



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

GABRIELA ALMEIDA ARARUNA PIRES REBELO

CADEIA DE CUSTÓDIA DE PROVAS DIGITAIS

FORTALEZA

2023

CADEIA DE CUSTÓDIA DE PROVAS DIGITAIS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a Obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Nestor Eduardo Araruna Santiago

FORTALEZA

2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Sistema de Bibliotecas

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

R234c Rebelo, Gabriela.

Cadeia de custódia de provas digitais / Gabriela Rebelo. – 2023.
57 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará,
Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2023.

Orientação: Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago.

1. Cadeia de custódia. 2. Provas Digitais. 3. Processo Penal. 4. Quebra da cadeia de
custódia. I. Título.

CDD 340

GABRIELA ALMEIDA ARARUNA PIRES REBELO

CADEIA DE CUSTÓDIA DE PROVAS DIGITAIS

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao curso de Direito, da
Universidade Federal do Ceará, como
requisito parcial para a Obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

Aprovada em: 10/07/2023.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Isaac Rodrigues Cunha
Universidade Federal do Ceará (UFC)

João Paulo De Carvalho Barbosa
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Dedico essa monografia à Deus e à minha família, por serem meu suporte.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à Deus.

Agradeço imensamente aos meus pais, por todo o esforço que fizeram para garantir minha educação e formação. À minha irmã Isis, por ser minha melhor amiga e confidente, principalmente nos momentos de incertezas.

Aos meus amigos da Universidade Federal do Ceará, que fizeram da graduação uma experiência inesquecível, com uma caminhada mais leve e engraçada.

Aos meus amigos do Povinho, que acompanham mais uma etapa da minha vida desde o ensino fundamental.

RESUMO

A presença constante das tecnologias no cotidiano exige uma abordagem que considere a interação entre as dimensões tecnológicas, sociais e jurídicas. É crucial estabelecer parâmetros transparentes para garantir a autenticidade e integridade das provas digitais, evitando a nulidade de evidências por negligência metodológica. A cadeia de custódia desempenha um papel fundamental na preservação da autenticidade das provas e sua definição está no Código de Processo Penal. No entanto, as consequências da quebra da cadeia de custódia de dados digitais não são especificamente abordadas na lei, resultando na ilicitude de todas as provas relacionadas ao material violado. A exclusão dessas provas busca preservar a integridade e confiabilidade no processo penal, garantindo a observância dos direitos fundamentais. O trabalho aborda a relevância desse tema recente para o sistema de justiça, analisando a Teoria da Prova, provas digitais, cadeia de custódia e os efeitos de sua quebra. A abordagem adotada é dedutiva, com métodos descritivos e argumentativos, utilizando análise bibliográfica e jurisprudencial como técnica de pesquisa.

Palavras-chave: Cadeia de custódia. Provas digitais. Processo Penal. Quebra da cadeia de custódia.

ABSTRACT

The constant presence of technologies in everyday life requires an approach that considers the interaction between technological, social and legal dimensions. It is crucial to establish transparent parameters to guarantee the authenticity and integrity of digital evidence, avoiding the nullity of evidence due to methodological negligence. The chain of custody plays a key role in preserving the authenticity of evidence and its definition is in the Code of Criminal Procedure. However, the consequences of breaking the chain of custody of digital data are not specifically addressed in the law, resulting in the illegality of all evidence related to the infringed material. The exclusion of this evidence seeks to preserve the integrity and reliability of the criminal process, guaranteeing the observance of fundamental rights. The work addresses the relevance of this recent issue for the justice system, analyzing the Theory of Evidence, digital evidence, chain of custody and the effects of its breakdown. The adopted approach is deductive, with descriptive and argumentative methods, using bibliographical and jurisprudential analysis as a research technique.

Keywords: Chain of custody. Digital evidence. Criminal proceedings. Breaking of the chain of custody.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	A PROVA NO PROCESSO PENAL	12
2.1	Conceito	12
2.2	Terminologia	13
2.2.1	<i>Destinatários da prova</i>	15
2.2.2	<i>Elemento de prova e resultado da prova</i>	15
2.2.3	<i>Sujeitos</i>	16
2.2.4	<i>Fonte de prova, meios de prova e meios de obtenção de prova</i>	16
2.2.5	<i>Finalidade</i>	20
2.3	Conceito de provas digitais	23
2.3.1	<i>Características das provas digitais</i>	27
3	CADEIA DE CUSTÓDIA	28
3.1	Conceito e finalidade	29
3.2	Procedimentos e etapas da cadeia de custódia	33
4	CADEIA DE CUSTÓDIA DE PROVAS DIGITAIS	40
4.1	Efeitos da quebra da Cadeia de Custódia	44
5	CONCLUSÃO	51
	REFERÊNCIAS	54

1 INTRODUÇÃO

A onipresença de tecnologias na vida cotidiana, tanto em escala individual quanto coletiva, adquire um caráter tão intrínseco que se torna desafiador ponderar determinados aspectos da vida social sem considerar devidamente o impacto do ambiente tecnológico. Dessa forma, a sociedade informacional enfatiza a relevância do contexto tecnológico para a compreensão da vida social, demandando uma abordagem que leve em consideração a interação constante entre as dimensões tecnológicas, sociais e jurídicas.

Diante disso, prevalece a necessidade de estabelecer parâmetros transparentes e reafirmar a importância de determinar os aspectos técnicos que devem garantir a autenticidade e integridade de provas obtidas por meios digitais (como smartphones, e-mails, dados em nuvem, entre outros). De fato, qualquer negligência metodológica deve resultar na nulidade e na impossibilidade de atribuir-lhes valor prejudicial a um indivíduo em um processo penal.

Ainda nesse aspecto, a cadeia de custódia é o instituto responsável por garantir e proteger a prova penal em todas as suas etapas. Ela desempenha um papel fundamental na preservação da autenticidade do material probatório, contribuindo para alcançar a verdade processual e assegurar a segurança jurídica.

A definição da cadeia de custódia está contemplada no Código de Processo Penal, mais especificamente no artigo 158-A, que foi introduzido pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como Lei Anticrime. Conforme essa definição, a cadeia de custódia abrange todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a trajetória cronológica das evidências coletadas em locais de crime ou em vítimas, permitindo rastrear sua posse e manuseio desde a coleta até o descarte adequado.

No entanto, a mesma lei que conceituou a cadeia de custódia não abordou especificamente as consequências da sua quebra, sobretudo quando se trata de dados digitais. Portanto, com base na doutrina e jurisprudência, pode-se concluir que a quebra da cadeia de custódia de dados digitais resultará na ilicitude de todas as provas relacionadas ao material violado.

Em decorrência dessa quebra, todas as provas derivadas de uma contaminada serão excluídas, conforme disposto no artigo 157, juntamente com seus parágrafos 1º e 3º, do Código de Processo Penal. Essa exclusão se dá como uma medida para preservar a integridade e a confiabilidade das provas no processo

penal, garantindo assim a observância dos direitos fundamentais e a busca pela verdade processual.

Dessa forma, neste trabalho, busca-se inicialmente considerar o surgimento recente desse tema e sua relevância para os diferentes participantes do sistema de justiça, principalmente no que tange ao avanço das novas formas de desenvolvimento tecnológico.

Isto posto, o primeiro capítulo discorre sobre a Teoria da Prova, analisando a conceituação e terminologia. Dentro deste capítulo, busca-se, também, a análise do conceito e características de provas digitais.

Em seguida, adentra-se na cadeia de custódia, com o estudo dos dispositivos legais que tratam do assunto, bem como seu conceito e a particularidade envolvida quando referente às provas digitais.

Por fim, trata-se dos efeitos da quebra da cadeia de custódia, a partir da teoria de doutrinadores, bem como da atual posição dos Tribunais Superiores.

O método adotado na abordagem foi o dedutivo e os métodos procedimentais foram o descritivo e argumentativo. Ademais, a técnica de pesquisa baseou-se na análise bibliográfica e jurisprudencial.

2 A PROVA NO PROCESSO PENAL

Acerca da importância do tema, menciona Fernando Capez (2022, p. 143)

Sem dúvida alguma, o tema referente à prova é o mais importante de toda a ciência processual, já que as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual. Sem provas idôneas e válidas, de nada adianta desenvolverem-se aprofundados debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre temas jurídicos, pois a discussão não terá objeto.

Antes de adentrar no cerne da presente monografia, portanto, faz-se necessário tratar sobre a prova no processo penal.

2.1 Conceito

Considerando sua natureza polissêmica, o termo “prova” tem múltiplos significados e pode ser entendida de diferentes formas, a depender do contexto em que é utilizado.

Conforme Nucci (2015, p. 27),

O termo *prova* possui, fundamentalmente, três sentidos: a) como ato: é o processo pelo qual se verifica a exatidão do fato alegado pela parte (ex.: fase da prova); b) como *meio*: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) como *resultado*: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato.

No mesmo sentido, Giacomolli (2020, p. 68) destaca

A expressão prova, no processo penal, passou a representar tudo o que a ela pertence, ou seja, os meios empregados na demonstração dos fatos ou do *thema probandum*, a atividade utilizada pelas partes para levar ao processo os meios de prova, bem como o próprio resultado do procedimento probatório, ou seja, o convencimento exteriorizado pelo julgador.

O uso do termo “prova” é uma questão complexa dentro do contexto da ciência processual. Embora seja frequentemente utilizado pelos profissionais do Direito em todos os seus sentidos atribuídos, a linguagem é considerada insuficiente e superficial. Por esse motivo, a doutrina se preocupa em definir e estabelecer distinções precisas para o termo no âmbito da atividade probatória. É importante compreender essas nuances para uma aplicação adequada da prova no processo. No entanto, os profissionais do Direito frequentemente utilizam a prova em todos os

seus sentidos atribuídos.

Fernandes, Almeida e Moraes (2011, p.10) explicam que

[...] no tratamento da matéria relacionada à disciplina da prova, parte da dificuldade encontrada pelos estudiosos do direito reside na imprecisão da terminologia utilizada, bem como em uma não uniformização do conceito técnico-processual da prova, resultando em redações equivocadas quanto aos textos legais e doutrinários e quanto à linguagem empregada na prática judiciária penal.

Desse modo, a compreensão adequada do conceito de prova e de sua diversidade é essencial para garantir a justiça e a efetividade do sistema penal.

2.2 Terminologia

A terminologia da prova penal refere-se ao conjunto de termos, expressões e conceitos utilizados para descrever os diversos tipos de evidências apresentadas no decorrer de um processo criminal, abrangendo diversas formas de evidência, como testemunhos, documentos, laudos periciais, provas materiais, entre outras, além dos termos utilizados para descrever a relevância e a validade dessas evidências para a tomada de decisões no processo penal.

O assunto, portanto, é de extrema importância para garantir uma comunicação precisa e uniforme entre os profissionais envolvidos no processo penal, bem como para a compreensão adequada dos termos pelos réus, vítimas e testemunhas envolvidos no processo. A clareza na terminologia da prova ajuda a assegurar que todas as partes envolvidas tenham uma compreensão precisa dos elementos de prova apresentados e que as decisões tomadas sejam justas e baseadas em evidências confiáveis.

O artigo 155 do Código de Processo Penal (CPP) estabelece uma distinção importante em relação à terminologia utilizada, diferenciando "prova" de "elementos informativos".

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (BRASIL, 2008).

Assim, frisa Renato Brasileiro (2020, p. 176), acerca dos elementos informativos

[...] são aqueles colhidos na fase investigatória, sem a necessária participação dialética das partes. Em relação a eles, não se impõe a obrigatória observância do contraditório e da ampla defesa, vez que nesse momento ainda não há falar em *acusados em geral* na dicção do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. Apesar de não serem produzidos sob o manto do contraditório e da ampla defesa, tais elementos são de vital importância para a persecução penal, pois, além de auxiliar na formação da *opinio delicti* do órgão da acusação, podem subsidiar a decretação de medidas cautelares pelo magistrado ou fundamentar uma decisão de absolvição sumária (CPP, art. 397).

Portanto, prova refere-se aos elementos produzidos durante o processo judicial, com a participação das partes e garantia do contraditório e da ampla defesa, podendo inclusive ser adiada. Por outro lado, os elementos informativos são obtidos durante a fase inquisitiva, ou seja, durante as investigações da polícia judiciária ou do órgão acusador, sem a devida participação das partes e sem a garantia do contraditório e da ampla defesa.

É interessante ressaltar, ainda, a diferença entre prova cautelar, prova não repetível e prova antecipada.

As provas cautelares são aquelas que têm por objetivo garantir a efetividade da produção da prova no processo, ou seja, são medidas tomadas antes da instauração do processo ou durante a sua tramitação para evitar que as provas se percam ou sejam destruídas, visto o risco de perecimento ao decorrer do tempo, razão pela qual possuem o contraditório efetivado somente em momento posterior. Cita-se como exemplo a busca e apreensão, a interceptação telefônica e o exame pericial em local de difícil acesso.

Já as provas não repetíveis são extremamente sensíveis em sua fonte probatória, o que implica que, uma vez produzida, não é possível obtê-la novamente nas mesmas condições originais. Desse modo, não podem ser produzidas novamente no futuro, seja por sua natureza ou pela impossibilidade de reprodução do fato, como a realização de exame pericial em cadáver, a produção de imagens de um crime em andamento. Por serem provas únicas e irrepetíveis, sua produção deve ser garantida o quanto antes, ainda na fase pré-processual, para evitar a perda de sua eficácia probatória, porém produzidas em qualquer momento da persecução penal, não necessitando autorização judicial.

Por fim, a prova antecipada é aquela produzida antes do início do processo, com a finalidade de garantir a efetividade da prova no momento

processual adequado, principalmente quando há risco de perda ou degradação da prova no futuro. Pode ser requerida pela parte interessada ou pelo Ministério Público e sua produção deve ser submetida à garantia do contraditório e ampla defesa. Um exemplo de prova antecipada é a oitiva de uma testemunha que está prestes a falecer ou que se encontra em local distante e de difícil acesso.

2.2.1 Destinatários da prova

Os destinatários da prova são aqueles que devem formar sua convicção com base nela. Em geral, o órgão jurisdicional é considerado o destinatário da prova.

Portanto, o destinatário primordial da prova é o órgão jurisdicional competente, seja o juiz de primeira instância ou o tribunal, que irá analisar e avaliar a prova apresentada. No entanto, existe uma corrente doutrinária que argumenta que o Ministério Público, na qualidade de titular da ação penal pública, também seria destinatário da prova, uma vez que tudo o que foi produzido na fase inquisitiva influencia sua convicção sobre o delito.

Conforme defende Renato Brasileiro (2020, p. 660), essa linha de pensamento não merece prosperar:

Com a devida vênia, como visto anteriormente, na fase investigatória, não se pode usar a expressão 'prova', salvo no caso de provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Objetiva o inquérito policial a produção de *elementos de informação*. Por isso, preferimos dizer que o órgão do Ministério Público é o destinatário desses elementos, e não da prova, cuja produção se dá, em regra, somente em juízo, quando a decisão acerca da prática de determinado fato delituoso compete única e exclusivamente ao juiz natural.

Nesse sentido, refuta-se a ideia de que o Ministério Público seja destinatário da prova, quando se busca a precisão dos termos utilizados, uma vez que as leis não incluem palavras desnecessárias.

2.2.2 Elemento de prova e resultado da prova

Elementos de prova (*evidence*, em inglês) são todos os dados objetivos que confirmam ou refutam uma alegação relacionada a um fato relevante para a decisão do caso. É importante utilizar o termo no plural - elementos de prova ou elementos probatórios - pois, em princípio, a convicção judicial resulta de múltiplas

informações.

Para Fernandes, Almeida e Moraes (2011), refere-se ao elemento prova quando “referir-se aos dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção sobre determinado fato que interessa à decisão da causa”. Pode-se citar como exemplo a opinião de um perito sobre a matéria de sua especialidade, a declaração de uma testemunha quanto ao fato ocorrido ou o conteúdo de um documento.

Por outro lado, o termo prova pode ser entendido como a conclusão derivada da análise dos elementos de prova presentes no processo. É o resultado da prova (*proof*, em inglês), obtido não apenas pela soma dos elementos de prova, mas também por meio da atividade intelectual do magistrado, que permite estabelecer se a afirmação ou negação do fato é verdadeira ou não.

2.2.3 Sujeitos

Os sujeitos da prova são as pessoas ou objetos dos quais a prova se origina, podendo ser de natureza pessoal ou real. A prova pessoal consiste em declarações baseadas no conhecimento direto ou na certificação de fatos relacionados ao processo. Por outro lado, a prova real é a evidência que emana diretamente da própria coisa que constitui a prova, como uma lesão corporal ou um projétil balístico proveniente da arma utilizada em um crime.

2.2.4 Fonte de prova, meios de prova e meios de obtenção de prova

Utiliza-se o termo “fonte de prova” para referir-se às pessoas ou objetos dos quais a prova é obtida, resultando na distinção entre fontes pessoais (vítima, peritos, acusado, testemunhas) e fontes materiais (documentos e outros registros). Após a ocorrência do delito, qualquer elemento que possa esclarecer a existência desse fato pode ser considerado uma fonte de prova. Essas fontes derivam diretamente do próprio crime, independentemente da existência do processo, e são introduzidas nos autos por meio dos meios de prova

A incorporação dessas fontes de prova ao processo ocorre por meio dos meios de prova, que são os instrumentos legítimos utilizados para introduzir a prova nos autos. Esses meios já possuem a característica de serem endoprocessuais, pois envolvem a participação dialética das partes na presença do juiz, com base nas

garantias constitucionais. Enquanto as fontes de prova são anteriores ao processo e extraprocessuais, os meios de prova somente existem no processo.

Portanto, meios de prova, ou meios de produção de provas, referem-se aos “instrumentos ou atividades por meio dos quais os dados probatórios (elementos de prova) são introduzidos e fixados no processo (produção da prova)” (Fernandes, Almeida e Moraes, 2011, p. 10). Sendo assim, entende-se como as formas pelas quais os elementos probatórios do fato são obtidos, tais como a inspeção judicial, a perícia, a interceptação telefônica, a busca e apreensão, entre outros. Nesse tópico é interessante diferenciar os denominados meios prova e os meios de pesquisa ou de investigação da prova.

Para os autores, os meios de prova se referem a atividades que ocorrem durante o processo judicial e envolvem a introdução e a fixação de dados probatórios, com a participação das partes e sob a supervisão do juiz. Por outro lado, os meios de pesquisa ou investigação são procedimentos regulados por lei que visam obter provas materiais, geralmente realizados fora do processo e que envolvem certa dose de surpresa para garantir sua efetividade, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários que não o juiz. Para Renato Brasileiro (2020), no Código de Processo Penal, a busca pessoal ou domiciliar deve ser compreendida como meio de investigação, apesar de inserida entre os meios de prova, uma vez que seu objetivo não é a obtenção de elementos de prova, mas sim de fontes materiais de prova.

Uma importante diferença entre esses dois tipos é que nos meios de prova é necessário seguir rigorosamente o princípio do contraditório, enquanto nos meios de pesquisa ou investigação é comum a utilização de táticas surpresa para obter as fontes de prova.

Por fim, é importante destacar que a presença de irregularidades nos meios de prova pode levar à nulidade da prova em questão, enquanto que nos meios de pesquisa ou investigação, a presença de irregularidades pode resultar na inadmissibilidade da prova no processo (Fernandes, Almeida e Moraes, 2011, p. 10).

De fato, qualquer vício relacionado aos meios de prova resultará na nulidade da prova produzida, uma vez que se refere a uma atividade interna ao processo. Por outro lado, se for constatada qualquer ilegalidade na obtenção de determinado meio de prova, a consequência será o reconhecimento de sua inadmissibilidade no processo, em virtude da violação das regras pertinentes à sua

obtenção (conforme o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal), seguido do seu desentranhamento dos autos do processo (conforme o artigo 157, caput, do Código de Processo Penal).

Conforme destaca Renato Brasileiro (2020, p. 662)

Os meios de prova podem ser lícitos ou ilícitos. Somente os primeiros podem ser admitidos pelo magistrado, dispondo o art. 157 do CPP que são inadmissíveis as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, devendo ser desentranhadas dos autos do processo.

Nesse sentido, os meios ilícitos englobam não apenas aqueles expressamente proibidos por lei, mas também os que são considerados imorais, antiéticos, prejudiciais à dignidade e à liberdade da pessoa humana, bem como contrários aos bons costumes e aos princípios gerais de direito.

Ressalta-se, ainda, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), que no RHC 90.376/RJ decidiu acerca da ilicitude por derivação, de forma que as provas devidas obtidas de provas originalmente ilícitas não podem ser apreciadas pelo julgador e são passíveis de nulidade.

No mencionado julgado, uma busca e apreensão foi realizada em um quarto de hotel sem o respectivo mandado judicial, o que resultou na consideração da ilicitude do ato e, conseqüentemente, de todas as provas obtidas. Isso porque, para fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, inciso XI, na Constituição Federal, o conceito normativo de “casa” revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, §4º, inciso II), compreende os quartos de hotel (BRASIL, 2007).

Portanto, o princípio da ilicitude por derivação é baseado na ideia de que as provas obtidas a partir de provas originalmente ilícitas também são consideradas ilícitas e, desse modo, não podem ser usadas como evidência em um julgamento. Tal princípio visa a garantir a proteção dos direitos fundamentais e a justiça no processo legal.

Nesse sentido, de acordo com o Código de Processo Penal, em seu artigo 573, parágrafo primeiro, quando uma prova é considerada ilícita, é necessário analisar se outras provas foram contaminadas por ela.

Por outro lado, princípio da ilicitude por derivação e o princípio da contaminação estão relacionados, mas são conceitos distintos. O princípio da

contaminação é baseado na ideia de que se uma prova foi obtida de maneira ilegal, todas as outras provas obtidas a partir dela também são consideradas ilegais e não podem ser usadas como evidência em um julgamento. Tale princípio é conhecido como "teoria dos frutos da árvore envenenada" (*the fruit of the poisonous tree*) e foi criado pela Suprema Corte Norte Americana no caso *Silverthorne Lumber & Co v. United States*, em 1920. Através deste caso, a Suprema Corte Norte Americana criou e aperfeiçoou a teoria dos frutos da árvore envenenada mencionada no RHC 90.376/RJ, através da qual conclui-se que as provas derivadas da ilícita também deveriam assim ser reputadas.

Em resumo, o princípio da ilicitude por derivação trata da inadmissibilidade de provas obtidas a partir de provas originalmente ilícitas, enquanto o princípio da contaminação trata da inadmissibilidade de todas as provas obtidas a partir de uma prova ilegal.

E M E N T A: [...] ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. - A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "*due process of law*", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "*male captum, bene retentum*". Doutrina. Precedentes. A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("*FRUITS OF THE POISONOUS TREE*"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "*due process of law*" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. [...]. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida

como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. - A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOUTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)", v.g..(BRASIL, 2007)

2.2.5 Finalidade

A finalidade da prova é contribuir para a formação da convicção íntima do magistrado, evidenciando a veracidade ou falsidade de um fato. Seu propósito é demonstrar e persuadir o órgão julgador de que os fatos ocorreram ou não conforme alegado.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve uma mudança, mesmo que implícita, no sistema processual acusatório, sendo adotado pelo processo penal brasileiro, visto que a separação entre as funções de acusar, defender e julgar foi estabelecida.

Fernandes, Almeida e Moraes (2011, p. 10) frisam que

[...] é importante registrar que, embora o Código de Processo Penal brasileiro tenha entrado em vigor em 1941, espelhando o regime autoritário no qual estava inserido, carecendo, portanto, de uma reforma estrutural compatível com o regime democrático, inaugurado com a Constituição de 1988, por questão de política legislativa, vem sofrendo, ao longo dos anos, mudanças pontuais, sendo que, recentemente, foram aprovados importantes projetos de lei, já em vigor, que trouxeram nova disciplina à prova e, portanto, merecem ser analisados.

Embora tardia, a Lei n. 13.964/2019 reforçou essa constatação doutrinária ao incluir o artigo 3º-A no Código de Processo Penal em vigor, que determina que "o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação" (BRASIL, 2019).

O sistema acusatório, desse modo, surge em oposição ao sistema

inquisitório, o qual teve origem no direito romano e se desenvolveu durante a Idade Média. Esse sistema arcaico se caracteriza pela concentração de poderes nas mãos do magistrado, que é responsável por conduzir a investigação, coletar provas e decidir sobre a condenação ou absolvição do acusado, que é considerado culpado até que prove sua inocência. A busca pela verdade, portanto, era realizada de forma secreta e unilateral, sem que o acusado tivesse direito à ampla defesa e contraditório.

Conforme explica Nucci (2023b), a transição do sistema inquisitório ao acusatório ocorreu com o advento da Revolução Francesa e os ideais iluministas. No entanto, apesar de evidentes abusos inerentes ao sistema antigo, algumas de suas características não são totalmente despropositadas e inválidas para garantir a eficiência de uma investigação criminal, de forma que, no Brasil, é o sistema eleito para a investigação do delito, antes que a peça acusatória seja apresentada em juízo.

Tem-se, por conseguinte, o que o autor Aury Lopes Jr (2023) denomina de mito da verdade. Durante o sistema inquisitório, buscava-se pela verdade dos fatos de modo mais material e consistente e com menos limite de busca, produzindo-se uma verdade de menor qualidade e com o pior trato para o acusado, vez que não existia ideia de limite, sendo aceito e justificado o uso de torturas, o que levou gente a confessar não somente delitos cometidos, mas também alguns sequer possíveis de serem realizados.

Dessa forma, segundo o autor, não se pode atribuir ao processo penal a missão de buscar a verdade real ou substancial, pois a verdade não é fundante no processo penal democrático e acusatório, vez que o resultado final nem sempre é a “verdade”, já que é um conhecimento inacessível ao ser humano mas sim o resultado do seu convencimento, construído nos limites do contraditório e do devido processo penal.

O mito da verdade, assim, real está ligado ao sistema inquisitório e com o argumento falacioso de preservação do interesse público, que serviu de argumento para a prática das maiores atrocidades da nossa história.

O processo penal brasileiro, pautado em sua estrutura acusatória, em contrapartida, busca fornecer condições para que as partes apresentem suas versões sobre um determinado evento e produzam elementos de prova ao longo da instrução. A coleta desses elementos tem como objetivo convencer o julgador a

aceitar ou rejeitar a existência de um fato, além de permitir a reconstrução das circunstâncias do delito por meio de fontes pessoais e materiais.

É no mesmo sentido que Nucci (2023a, p. 448) explica a finalidade da prova

É preciso destacar que a descoberta da verdade é sempre relativa, pois o verdadeiro para uns, pode ser falso para outros. A meta da parte, no processo, portanto, é convencer o magistrado, por meio do raciocínio, de que a sua noção da realidade é a correta, isto é, de que os fatos se deram no plano real exatamente como está descrito em sua petição. Convencendo-se disso, o magistrado, ainda que possa estar equivocado, alcança a certeza necessária para proferir a decisão. Quando forma sua convicção, ela pode ser verdadeira (correspondente à realidade) ou errônea (não correspondente à realidade), mas jamais falsa, que é um “juízo não verdadeiro”.

O autor ressalta que a prova é um elemento fundamental para a realização da justiça, pois é por meio dela que se busca alcançar a verdade dos fatos. Por esse motivo, a coleta e a análise das provas devem seguir princípios e regras bem definidas, garantindo a imparcialidade e a efetividade do processo.

Para Aury Lopes Jr. (2023), a finalidade da prova não se limita à condenação do réu, mas também à sua absolvição, caso não haja elementos suficientes para sustentar a acusação. Além disso, a prova é importante para garantir a imparcialidade do julgamento, pois permite que o juiz decida com base em fatos comprovados, e não em meras conjecturas ou preconceitos.

O autor apresenta os meios de prova previstos no Código de Processo Penal brasileiro, como os depoimentos de testemunhas, a prova pericial, os documentos, os indícios, as declarações do investigado ou acusado, dentre outros. Ele destaca que a escolha dos meios de prova adequados para cada caso é de responsabilidade do juiz, que deve levar em conta as particularidades de cada situação e as garantias constitucionais dos acusados.

Sendo assim, a prova no processo penal é um conjunto de elementos que visa esclarecer a verdade dos fatos, constituindo-se em um dos princípios fundamentais do processo penal e devendo ser produzida em contraditório, ou seja, mediante o confronto de versões, argumentos e evidências apresentadas pelas partes envolvidas. Além disso, a prova no processo penal deve ser avaliada pelo juiz de forma criteriosa e imparcial, considerando a força probatória de cada elemento apresentado e a sua consistência com os demais elementos probatórios. Em caso de dúvida, a decisão deve ser favorável ao réu, garantindo-se o princípio da

presunção de inocência.

A jurisprudência brasileira tem reconhecido a importância da produção de provas robustas e consistentes para a condenação de réus em processos penais, evitando condenações injustas ou baseadas em meras conjecturas. Nesse sentido, é fundamental que as partes envolvidas no processo penal tenham acesso irrestrito a todos os elementos probatórios apresentados, garantindo o princípio da ampla defesa.

A Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, trouxe uma discussão relevante sobre o tema. De acordo com o artigo 157, §5º, do Código de Processo Penal, a nova legislação visa não apenas excluir a prova obtida ilegalmente do processo, mas também anular parcial ou totalmente o processo que contenha essa prova. Para Rogério Sanches (2020, p. 173), o objetivo do dispositivo legal é claro:

Todo o processo que contenha prova dessa natureza deve ser anulado, total ou parcialmente. Caso já tenha decisão, esta também deve ser anulada. O processo será refeito ou nova sentença será proferida, não se admitindo nessa reconstrução a participação do magistrado que conheceu seu conteúdo, agora presumidamente não parcial. A autoridade judiciária que tomou conhecimento do conteúdo da prova declarada inadmissível, psicologicamente contaminado, não poderá proferir decisão (sentença ou acórdão).

Isso significa que o processo deve ser refeito ou uma nova sentença deve ser proferida sem a participação do juiz que teve conhecimento do conteúdo da prova inadmissível.

2.3 Conceito de provas digitais

Com o advento da internet e a crescente digitalização das relações sociais, comerciais e jurídicas, tornou-se cada vez mais relevante discutir a importância das provas digitais no processo penal brasileiro. A internet trouxe consigo novas formas de comunicação e interação, bem como novos tipos de crimes e infrações que podem ser cometidos no ambiente virtual. Diante desse cenário, é fundamental que o sistema jurídico esteja preparado para lidar com as peculiaridades das provas digitais e garantir que elas sejam tratadas de forma adequada no processo penal.

Ante esse cenário tão dinâmico, é válido ressaltar que o legislador não

conseguiria prever todos os tipos de prova que eventualmente poderiam ser produzidos, sendo, portanto, as provas classificadas em típicas ou atípicas.

As primeiras são aquelas expressamente previstas no Código de Processo Penal como meios de prova. O Código de Processo Penal traz em seu Título VII, dos artigos 155 à 250, os meios de prova existentes de uma forma não taxativa. São eles os meios úteis para a formação direta ou indireta da verdade real, sendo portanto regularizados em lei para produzir efeitos dentro do processo. Alguns exemplos de provas típicas previstas no Código de Processo Penal são: o depoimento pessoal das partes, a prova testemunhal, a prova documental, a prova pericial e a inspeção judicial.

Já as provas atípicas são aquelas que não estão expressamente previstas em lei como meios de prova. No entanto, o Código de Processo Penal permite a utilização de provas atípicas, desde que sejam lícitas e moralmente legítimas. O artigo 155 do referido dispositivo legal estabelece que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação.

Isso significa que, embora as provas atípicas não estejam expressamente previstas em lei como meios de prova, elas podem ser utilizadas para formar a convicção do juiz, desde que sejam produzidas em contraditório judicial e sejam lícitas e moralmente legítimas.

Portanto, no ordenamento jurídico brasileiro, prevalece a regra da vedação da prova ilícita, conforme já tratado, e são admitidos todos os meios probatórios, desde que legal ou moralmente legítimos. A prova obtida por meio eletrônico é válida, mas para ter validade deve ser coletada eletronicamente, com preservação da cadeia de custódia.

Dessa forma, as provas digitais são meios de prova atípica que pressupõem fatos ou informações obtidas em meio virtual e podem ser obtidas em ambiente da internet (fontes abertas - livre acesso; ou fechadas - necessidade de *login* e senha) ou mesmo armazenadas em dispositivos eletrônicos. Ademais, podem ser usadas para demonstrar um fato ocorrido no meio digital ou fora dele, bem como servir para comprovar a autoria de um ato através do conteúdo digitalizado da informação.

Nesse contexto, para Furlaneto e Santos (2020), no processo penal, a prova digital relevante “contempla os arquivos informáticos que podem estar em poder do investigado ou de terceiros que contém informações úteis à busca da verdade”, compreendendo “todos os dados ou informações armazenadas em dispositivos informáticos”.

Entretanto, os autores ressaltam que o processo penal contempla algumas informações como provas documentais que estão armazenadas em bancos de dados digitais. Um exemplo disso são os dados cadastrais do cliente do provedor de conexão à internet (FURLANETO E SANTOS, 2020).

A Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime foi assinada em 2001, na cidade de Budapeste, Hungria, com o objetivo de aprimorar e fortalecer os meios de prevenção e combate aos crimes cibernéticos. Em 2021, o Brasil aderiu a essa convenção, o que foi considerado um marco significativo pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP). Em 2023, a Convenção foi promulgada no Brasil, proporcionando às autoridades brasileiras mais recursos para investigar crimes cibernéticos, bem como outras infrações penais que envolvam a obtenção de provas eletrônicas/digitais armazenadas em outros países.

Nesse sentido, o artigo 1º da mencionada Convenção (HUNGRIA, 2001) assim define

a) “Sistema informático” significa qualquer dispositivo isolado ou grupo de dispositivos relacionados ou interligados, em que um ou mais de entre eles, desenvolve, em execução de um programa, o tratamento automatizado dos dados; b) “Dados informáticos” significa qualquer representação de factos, de informações ou de conceitos sob uma forma susceptível de processamento num sistema de computadores, incluindo um programa, apto a fazer um sistema informático executar uma função;

Gregório Guardia (2012), por sua vez, em sua dissertação de mestrado, ao tratar acerca da definição dada por Eoghan Casey e trazer o conceito da *commom law*, resgata sua definição, ao comparar prova digital com *digital evidence*, e a define como “qualquer dado armazenado ou transmitido por computador, que seja capaz de corroborar ou refutar uma tese sobre a prática de um crime, ou que esclareça elementos determinantes de um crime como a intenção do agente e álibi”.

Já Denise Provassi Vaz, em sua tese de doutorado, importa a definição de Eoghan Casey e Benjamin Silva Rodrigues e expõe as particularidades da prova digital, definindo-a como “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” (VAZ, 2012, p. 63).

É importante ressaltar que a definição mencionada, conforme a autora, não inclui meios de prova que utilizam sistemas de informática para auxiliar na interpretação e análise de dados presentes no processo. Isso inclui animações ou simulações criadas em computador e reconstituições de eventos em programas de informática (Ibid., p. 63).

Ainda diferencia a autora (Ibid, p. 64)

Logo, a prova digital não se confunde com a prestação de informações em formato digital. Trata-se, isso sim, de prova que tem por base os arquivos informáticos, em poder do investigado ou de terceiros ou enviados pelas redes informáticas, que possam conter informações úteis à busca da verdade. O que interessa é o próprio arquivo informático. Importa, nesse ponto, observar que o dado digital pode ser obtido quando está armazenado em um dispositivo eletrônico ou quando está sendo transmitido. As duas situações estão insertas, respectivamente, no que se denomina informática e telemática.

A prova digital, portanto, não apresenta distinção da prova física, posto que ambas possuem a mesma finalidade de convencer o juiz acerca de um determinado fato ou direito, conforme seu livre convencimento motivado. A única diferença se dá “pelo seu suporte, uma vez que “enquanto a prova tradicional se dá por meio de papel ou objetos corpóreos, a prova eletrônica é constituída por meio de *bits*, que nada mais é do que uma unidade de informação” (BERBERI E HANTHORNE, 2021, p. 146).

Sob esse contexto, Berberi e Hanthorne (2021, p. 147) definem prova digital como

[...] um “instrumento jurídico vocacionado a demonstrar a ocorrência ou não de determinado fato e suas circunstâncias, tendo ele ocorrido total ou parcialmente em meios digitais ou, se fora deles, esses sirvam como instrumento para a sua demonstração”. Trata-se de compreender que a prova digital “é o meio de demonstrar a ocorrência de um fato ocorrido em meio digital, ou que tem no meio digital um instrumento de demonstração de determinado fato de seu conteúdo”.

Desse modo, no contexto jurídico brasileiro, a prova digital é compreendida como qualquer elemento obtido ou armazenado em formato digital, que tem a capacidade de comprovar a existência ou inexistência de um fato, possuindo características específicas que garantam sua confiabilidade e valor como evidência probatória.

2.3.1 Características das provas digitais

Realizada a conceituação do tema, é oportuno adentrar nas suas características.

As principais características das provas digitais são: imaterialidade, volatilidade, suscetibilidade de clonagem e facilidade de dispersão, bem como necessidade de dispositivo informático para transmissão (VAZ, 2012).

A primeira característica consiste na desnecessidade de “suporte físico originário para existir, podendo ser transferido a outros dispositivos eletrônicos, sem perder sua essência”, de forma a ser possível grandes níveis de armazenamento de informações e acumulação de dados nos sistemas informáticos, bastante superior aos documentos tradicionais (Ibid., p. 68).

Por outro lado, a volatilidade corresponde ao fato de que a mera modificação numérica na sequência que compõe a prova acarreta, facilmente, sua alteração e mesmo desaparecimento. Assim, é passível de sofrer constantes mudanças.

No que tange à suscetibilidade de clonagem e facilidade de dispersão, tem-se a possibilidade da criação de infinitas cópias iguais e transmissão a outros dispositivos eletrônicos, visto que basta a repetição da sequência numérica que compõe a prova para que esta seja repetida, sem que se possa falar em um exemplar original.

Por fim, a necessidade de dispositivo informático para transmissão decorre da necessidade do uso de um equipamento eletrônico que seja capaz de ler a sequência numérica que constitui a prova, além de processá-la e disponibilizá-la à compreensão humana.

Percebe-se, então, que a lei processual penal vigente é silente lacunoso acerca do conceito da prova digital.

Entretanto, o Projeto de Lei nº 4939/20, que pretende alterar o atual Código de Processo Penal, estabelece diretrizes e normas para a obtenção e admissibilidade de provas digitais no âmbito de investigações e processos criminais. O projeto de lei atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados propõe a inclusão de dez novos artigos (158-G a 158-P) no Capítulo II do Título VII do Código de Processo Penal, que trata da prova, exame de corpo de delito, cadeia de custódia e perícias em geral. Esses novos artigos visam estabelecer diretrizes para a

aplicação da cadeia de custódia de dados digitais, com o objetivo de garantir a confiabilidade do material probatório

No entanto, ao analisar o projeto de lei, percebe-se a omissão em relação às etapas específicas da cadeia de custódia da prova digital. O texto concentra-se principalmente na temática da busca e apreensão de dados digitais, deixando lacunas significativas quanto aos aspectos práticos da cadeia de custódia de dados digitais. Ademais, não há uma definição explícita do que constitui dados digitais, sendo mencionado apenas que a cadeia de custódia da prova digital visa preservar a integridade dessas provas.

A admissibilidade de provas natodigitais (originadas em formato eletrônico) ou de provas digitalizadas em investigações ou processos judiciais está condicionada à disponibilidade dos metadados e à descrição dos procedimentos para verificar a autenticidade e integridade da prova.

Com o objetivo de investigação ou instrução processual, os interessados legítimos têm o direito de solicitar uma ordem judicial para a guarda e acesso às provas digitais sob o controle de terceiros, respeitando os critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade. Nesse sentido, o texto estabelece a obrigação dos provedores de infraestrutura, conexão e aplicação em manter, além das informações de guarda legal previstas em lei, os registros de dados necessários e suficientes para identificar inequivocamente os usuários de seus serviços pelo período de um ano.

Por conseguinte, ante as características peculiares das provas digitais, observa-se a imprescindibilidade de sua preservação na cadeia de custódia, mediante procedimentos específicos.

3 CADEIA DE CUSTÓDIA

O estudo da cadeia de custódia da prova desempenha um papel fundamental na construção de um processo penal em que a busca pela verdade desempenha um papel crucial na verificação da acusação apresentada. Além disso, a epistemologia atua como um elo entre a prova e a busca pela verdade no contexto do processo penal e está relacionada aos registros que conectam o elemento ou fonte de prova às restrições e exceções impostas à atividade probatória, visando

proteger os direitos fundamentais dos envolvidos, como será explorado posteriormente neste capítulo.

3.1 Conceito e Finalidade

Conforme amplamente exposto no capítulo anterior, a prova desempenha um papel essencial no sistema legal brasileiro, pois tem o propósito de comprovar a existência e a veracidade de um evento, investigando como ocorreu ou está ocorrendo, permitindo que o juiz forme sua convicção sobre o caso em questão com base nesses elementos. Ademais, constitui um meio de reconstruir um evento histórico de relevância jurídica, com o intuito de auxiliar o juiz em sua atividade de análise e formação de convicção, vez que a análise do conjunto probatório é o método mais adequado para se aproximar da realidade dos fatos.

Por tal razão, conforme Menezes, Borri e Soares (2018, p. 281) torna-se essencial a preservação das provas obtidas.

A partir daí deve se tomar o devido cuidado com as fontes de prova obtidas fora do processo, não apenas pela dificuldade do réu em contraditar tais elementos, mas também porque, na maioria das vezes, o acusado fica “nas mãos” do Estado-acusação, já que o elemento probatório, além de produzido pelo órgão acusador, fica sob seus cuidados. Desse modo, “o tema de provas exige a intervenção de regras de ‘acreditação’, pois nem tudo que ingressa no processo pode ter valor probatório; há que ser ‘acreditado’, legitimado, valorado desde sua coleta até a sua produção em juízo para ter valor probatório”.

Dessa forma, a produção da prova deve ser realizada em conformidade com o princípio normativo do devido processo legal, em conformidade com o contraditório e a ampla defesa. Assim, as provas apresentadas no processo penal devem ser válidas e confiáveis, fortalecendo a credibilidade do sistema jurídico e protegendo os direitos dos indivíduos envolvidos, visando a contribuir para a efetividade da justiça, promovendo a imparcialidade e a transparência nos processos legais.

Nesse sentido, a implementação da cadeia de custódia teve origem na lei 13.964/2019, juntamente com o Pacote Anticrime. A cadeia de custódia foi introduzido no sistema jurídico brasileiro por essa legislação, sendo abordado em dois artigos específicos: no artigo 158-A do Código de Processo Penal, que define o conceito e todo o procedimento relacionado a ele, e no parágrafo 3º do artigo 9-A da

Lei de Execuções Penais, que trata da garantia do acesso do titular dos dados genéticos às informações contidas nos bancos de perfis genéticos, bem como a todos os documentos referentes à cadeia de custódia que tenham gerado esses dados.

A Portaria nº 82, de 16 de julho de 2014, da Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), conceitua a cadeia de custódia como “o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte” (BRASIL, 2014, anexo I – 1.1).

O artigo 158-A do Código de Processo Penal (BRASIL, 2019) define a cadeia de custódia como

[...] o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte”.

Entretanto, antes mesmo da implementação do conceito de cadeia de custódia no sistema jurídico brasileiro, com o Pacote Anticrime, o Código de Processo Penal já estabelecia a importância de preservar o local do crime. De acordo com o inciso I do artigo 6º e o artigo 169, a autoridade policial tem a responsabilidade de manter o local do crime intacto até a chegada dos peritos criminais.

Para Janaina Matida (2020), é possível perceber, ao analisar os artigos que tratam da cadeia de custódia, que a intenção foi enfatizar a importância de documentar a história cronológica do que pode vir a ser usado como prova em um processo criminal. No entanto, a redação é um pouco restrita, pois os dispositivos legais determinam que a cadeia de custódia se aplica apenas a “vestígios”, definidos tecnicamente como “todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal” (BRASIL, 2019). Essa definição tem sido criticada por ser muito estreita, já que o importante é que o objeto seja capaz de auxiliar na determinação da infração penal. Embora objetos tangíveis possam ser considerados vestígios, não há razão para não reconhecer que uma troca de e-mails, uma interceptação telefônica ou mesmo a memória de alguém também têm potencial para reconstruir fatos juridicamente relevantes (MATIDA, 2020).

Percebe-se que a conceituação e regulamentação da legislação pátria

apresenta deficiências, uma vez que conta apenas com dispositivos dispersos. Nesse sentido, é essencial que o estudo se baseie principalmente na doutrina para suprir essas lacunas e obter uma compreensão mais abrangente e precisa.

Badaró expõe que cadeia de custódia deve ser entendida como a sucessão encadeada de indivíduos que tiveram contato com a fonte de prova física, desde o momento em que foi coletada até sua apresentação em juízo. Trata-se de um conjunto de pessoas sequenciais (por exemplo: investigador, delegado de polícia, perito, escrivão do cartório, entre outros) que tiveram contato com um determinado item (como uma arma, um líquido, um feixe de cabelos). Esse conjunto de indivíduos e os momentos específicos em que cada um deles teve contato com a evidência devem ser registrados e documentados, a fim de se ter um registro preciso de quem teve contato com o item e quando tal contato ocorreu (BADARÓ, 2018).

Para Marinho (2011, p. 42)

A cadeia de custódia é constituída por uma série de atos interligados, sem deixar lacuna, visando a segurança e confiabilidade do processo em que os vestígios estão submetidos, bem como a manutenção da integridade conforme sua natureza. Todos os atos devem ser registrados, inclusive os profissionais que preservaram o local e os que manusearam com os vestígios desde a coleta, transporte, recebimento pelos órgãos de perícia oficial e armazenamento.

No mesmo sentido, define Lima (2020, p. 718) que a cadeia de custódia

[...] consiste, em termos gerais, em um mecanismo garantidor da autenticidade das evidências coletadas e examinadas, assegurando que correspondem ao caso investigado, sem que haja lugar para qualquer tipo de adulteração. Funciona, pois, como a documentação formal de um procedimento destinado a manter e documentar a história cronológica de uma evidência, evitando-se, assim, eventuais interferências internas e externas capazes de colocar em dúvida o resultado da atividade probatória, assegurando, assim, o rastreamento da evidência desde o local do crime até o Tribunal.

Em sentido semelhante, Geraldo Prado explica que a cadeia de custódia “consiste em método por meio do qual se pretende preservar a integridade do elemento probatório e assegurar sua autenticidade” (PRADO, 2021).

Portanto, a cadeia de custódia, para garantia do devido processo legal, é fundamentada no princípio da autenticidade da prova, que estabelece que um determinado vestígio relacionado a uma infração penal, como aquele encontrado no local do crime, é o mesmo que o magistrado utiliza para formar sua convicção. Isso explica a importância de adotar precauções rigorosas na formação e preservação

dos elementos probatórios no âmbito do processo penal (LIMA, 2020).

Rebellato (2020) utiliza-se da explicação de Geraldo Prado para tratar dos princípios da mesmidade e da desconfiança.

Conforme o autor, o princípio da mesmidade deriva de “um neologismo extraído a partir do direito espanhol”, o qual estabelece que a prova da cadeia de custódia busca garantir que a evidência avaliada seja exatamente a mesma que foi coletada. Dessa forma, busca-se evitar que alguém seja julgado não com base no mesmo, mas sim no que foi selecionado pela acusação, o que resultaria em um desequilíbrio na relação processual entre as partes (REBELLATO, 2020, p. 245).

Por outro lado, a desconfiança consiste na exigência de que os elementos de prova sejam acreditados, por meio da submissão a procedimentos que demonstrem que os objetos correspondem ao que a parte alega. Isso evita a adoção de sistemas de confiança pré-estabelecidos em benefício de qualquer uma das partes e nos elementos por elas introduzidos. Assim, todos os elementos devem ser acreditados para que possuam valor probatório, e o julgador não pode depositar uma confiança especial em uma das partes, especialmente quando ela representa o Estado (Ibid., 2020).

Atesta-se, desse modo, que a mesmidade e integridade são características essenciais na confiabilidade do valor probatório da prova, de forma que somente com tais elementos presentes o juiz poderá se convencer da genuinidade das alegações feitas em juízo e, diante do conhecimento dos fatos, realizar a aplicação do direito.

A função da cadeia de custódia, portanto

[...] é assegurar, de maneira fiável, a autenticidade da prova. Ou seja, o objeto da cadeia de custódia fundamenta-se na lei da mesmidade, a qual determina que o elemento coletado é o mesmo a ser utilizado na decisão judicial, possuindo um caráter instrumental (GIACOMOLLI, 2020, p. 74).

É importante ressaltar que a preocupação em impedir a manipulação indevida das provas não visa a questionar a boa ou má-fé dos agentes estatais que a manusearam, “mas sim de objetivamente definir um procedimento que garanta e acredite a prova independente da problemática em torno do elemento subjetivo do agente” (LOPES JR, 2023, p. 195).

Destarte, é crucial garantir a integridade das fontes de prova como um elemento fundamental para a eficácia dos meios probatórios. Caso contrário,

surgirão questionamentos sobre a confiabilidade dos resultados periciais e a possibilidade de quebra da cadeia de custódia, o que terá um impacto direto na admissibilidade e/ou valoração da prova (GIACOMOLLI, 2020).

Por sua vez, a finalidade da cadeia de custódia, reside em promover um elevado grau de precisão ao decisor, que deve espelhar um discurso coerente acerca dos fatos. Nesse sentido, a assecuração de uma cadeia de custódia segura e confiável acarreta diretamente a rastreabilidade do elemento probatório, culminando em uma sentença de maior qualidade, ao prevenir a ocorrência de equívocos e abusos de poder por parte do sistema judiciário (Ibid., p. 75).

3.2 Procedimentos e etapas da cadeia de custódia

A cadeia de custódia é regulamentada pelos artigos 158-A a 158-F do Código de Processo Penal Brasileiro.

Assim, a cadeia de custódia tem início com a preservação do local do crime ou por meio de procedimentos policiais ou periciais nos quais sejam identificados vestígios, e se encerra exclusivamente com a eliminação do vestígio, normalmente ao término do processo penal (LIMA, 2020).

Giacomolli (2020) esclarece que o tempo da cadeia de custódia se dá com o início, a partir do momento da coleta do vestígio no local do crime, e finaliza com o trânsito em julgado da decisão acerca do mérito. Dessa forma, durante esse trâmite, tudo aquilo que for evidência deve ser objeto de proteção da cadeia de custódia.

Conforme art. 158-A, §1º, do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/19, o marco inaugural da cadeia de custódia pode ocorrer “com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio” (BRASIL, 2019).

A preservação do local do crime consiste na preservação e manutenção do estado original das evidências encontradas nos locais do crime até a chegada dos profissionais de perícia criminal. Portanto, os policiais responsáveis pelo isolamento e proteção do local exercem papel de extrema importância, razão pela qual devem ser devidamente capacitados na atuação dos procedimentos básicos, a fim de evitar que os materiais sejam contaminados, perdidos ou destruídos (LIMA, 2020).

Nos termos da Portaria nº 82/2014 da SENASP, “a busca por vestígios em local de crime se dará em toda área imediata, mediata e relacionada”, sendo a primeira definida como a “área onde ocorreu o evento alvo da investigação”, onde “se presume encontrar a maior concentração de vestígios relacionados ao fato”. A área mediata, por sua vez, “compreende as adjacências do local do crime”, intermediação “entre o local onde ocorreu o fato e o grande ambiente exterior que pode conter vestígios relacionados ao fato sob investigação”, havendo uma continuidade geográfica entre o local imediato e o mediato. Por fim, a área relacionada é definida como “todo e qualquer lugar sem ligação geográfica direta com o local do crime e que possa conter algum vestígio ou informação que propicie ser relacionado ou venha a auxiliar no contexto do exame pericial” (BRASIL, 2014).

Os procedimentos policiais mencionados no texto correspondem a ação da Polícia ao encontrar possíveis evidências em procedimentos investigatórios e realizar sua coleta, iniciando, assim, a cadeia de custódia. Dessa forma, “o policial que tomar conhecimento de um elemento fundamental para a apuração do crime fica responsável pela sua preservação, portanto, não é somente o delegado” (NUCCI, 2023a, p. 466).

Finalmente, os procedimentos periciais referem-se às provas colhidas mediante trabalho técnico.

No parágrafo primeiro do 158-A, observa-se que, ao estabelecer que o início da cadeia de custódia ocorre com a preservação do local do crime ou por meio de procedimentos policiais ou periciais nos quais sejam identificados vestígios, o legislador transfere a responsabilidade pela custódia dos elementos materiais para fora do escopo da perícia. Isso implica que, embora a definição principal não englobe os vestígios obtidos por meio de busca e apreensão, é possível adotar uma interpretação ampliativa com base no parágrafo primeiro, compreendendo que as autoridades policiais também devem seguir os protocolos de custódia, a fim de assegurar a integridade dos vestígios (GIACOMOLLI, 2020).

Iniciada a cadeia de custódia, o artigo 158-B do CPP elenca suas etapas, que consistem, de acordo com o dispositivo legal e a Portaria nº 82/2014 da SENASP:

- a) Reconhecimento: identificação de elementos no local que podem servir de interesse à produção da prova pericial e à persecução penal;

- b) Isolamento: preservação e delimitação da área em que o vestígio foi localizado, a fim de evitar que se altere seu estado;
- c) Fixação: ato de descrever detalhadamente o vestígio encontrado, utilizando-se, para isso, recursos tecnológicos a disposição do agente, como croquis, fotos ou filmagens;
- d) Coleta: ato de recolher o vestígio, preservando ao máximo suas características originais, sua integralidade e sua natureza;
- e) Acondicionamento: envolve embalar cada vestígio coletado de maneira individual, levando em consideração suas propriedades físicas, químicas e biológicas, para que seja analisado posteriormente, devendo ser registradas informações como data, hora e o nome da pessoa responsável pela coleta;
- f) Transporte: transferência do vestígio para outro local, utilizando-se equipamentos adequados e mantendo suas características originais;
- g) Recebimento: processo formal de transferência da posse do vestígio, em que é importante documentar informações como o número do procedimento, a unidade de polícia judiciária relacionada, o local de origem do vestígio, o nome da pessoa que transportou o vestígio, o código de rastreamento, a natureza do exame a ser realizado, o tipo do vestígio, o protocolo e a assinatura e identificação da pessoa que recebeu o vestígio.
- h) Processamento: envolve o exame pericial do vestígio. Durante essa etapa, o vestígio é manipulado de acordo com uma metodologia apropriada para suas características biológicas, físicas e químicas, tendo como objetivo obter o resultado desejado, que será formalizado em um laudo pericial.
- i) Armazenamento: guarda do material em condições adequadas, devendo o armazenamento estar vinculado ao número do laudo correspondente. Esse material pode ser processado, guardado para realização de contraperícia, descartado ou transportado;
- j) Descarte: processo de liberação do vestígio, que deve respeitar a legislação vigente e, quando necessário, obter autorização judicial para sua realização.

Conforme o art. 6º, incisos I, II, III e IV, do Código de Processo Penal, é de responsabilidade do Delegado de Polícia etapas um a quatro mencionadas anteriormente. Cabe aos Peritos os demais atos.

Verifica-se, portanto, que quando a investigação envolver a coleta, o armazenamento ou a análise de evidências físicas, torna-se imprescindível adotar cuidados específicos a fim de garantir a autenticidade e integridade das mesmas, assegurando que o objeto apresentado ao juiz para ser valorado corresponda exatamente àquilo que foi encontrado e apreendido, razão pela qual é fundamental que a cadeia de custódia seja perfeitamente documentada (BADARÓ, 2018).

Cumprido frisar que o Ministério Público, como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado que tem, dentre as suas incumbências, o exercício do controle externo da atividade policial, conforme preceitua o art. 129, VI, da Constituição Federal, também tem papel importante na preservação dos vestígios na cadeia de custódia.

O Ministério Público, no momento em que tem ciência formal do fato, deve adotar as medidas mais eficazes, atuando na designação de diligências e “adiantando-se na análise da importância de eventuais vestígios que possam ser identificados pelos órgãos de perícia”. Ademais, tem o órgão do *parquet* a atuação mediante procedimentos extrajudiciais, principalmente o “Procedimento Investigatório Criminal, atuando de forma complementar e paralela à investigação conduzida pela Autoridade Policial” (PRATES, 2019, p. 10).

Destarte, de modo geral a atuação do Ministério Público deve focar a análise minuciosa dos resultados periciais em relação aos recursos e informações disponíveis ao responsável pela elaboração do documento, a fim de identificar eventuais inconsistências e propor as devidas correções ou complementações. Nos casos em que não seja viável realizar tais ajustes, é importante direcionar os esforços para mitigar os danos decorrentes da quebra da cadeia de custódia (Ibid., p. 13).

Prates (2019, p. 7) assim defende

Note-se, portanto, que a efetiva articulação de todos os órgãos envolvidos é imprescindível para que cada um dos elos da cadeia de custódia seja respeitado e a prova pericial daí resultante seja passível de valoração judicial. E, neste ponto, a função exercida pelo Membro do Ministério Público, de *dominus litis* da ação penal pública e detentor do poder-dever de fiscalizar externamente a atividade policial, concede-lhe os atributos necessários para promover a articulação entre os órgãos de persecução.

Apesar da previsão legal no tocante da indispensabilidade da apresentação de documentação que comprove de forma adequada a cadeia de custódia e todas as etapas percorridas pela prova, desde a sua coleta até a sua valoração no âmbito judicial, é válido ressaltar que a mera ausência de registros referentes aos profissionais que tiveram contato com a prova não implica necessariamente na violação da cadeia de custódia. Isso ocorre porque a conservação das condições ambientais, bem como a utilização dos equipamentos adequados, tem suma importância na preservação da prova.

Nesse contexto, Gustavo Badaró (2021) leciona que

No que toca às consequências da chamada “violação da cadeia de custódia”, é importante ressaltar que, do ponto de vista terminológico, não é possível violar a cadeia de custódia em si. Uma pessoa ou tem ou não tem contato com a fonte de prova. Por sua vez, essa fonte de prova – ou vestígio, como se refere o § 3º do art. 158-A do CPP – pode se manter íntegra ou ser adulterada. Falsificar a fonte de prova real não é violar a cadeia de custódia (isto é, a documentação da cadeia de custódia), é fraudar ou adulterar a própria fonte de prova. Não se viola a sucessão de pessoas que teve contato com a coisa, mas a documentação que atesta essa realidade.

No mesmo sentido, Alexandre Morais da Rosa (2020, p. 376, apud CARIONI, 2020, p. 25) dispõe

[...] o mero passar de mãos não precisa contar expressamente no relatório da cadeia de custódia, mas o trajeto do material utilizado pela acusação precisa estar delineado a partir de sujeitos humanos que fizeram a apreensão [...], manuseio e análise”.

O artigo 158-C, por sua vez, trata acerca da coleta dos vestígios de prova, determinando que a coleta dos vestígios deverá ser realizada preferencialmente por perito oficial, que será responsável por dar o encaminhamento preciso para a central de custódia, mesmo quando for necessária a realização de exames complementares.

Para Giacomolli (2020), o termo “preferencialmente” merece críticas, pois desperta a interpretação no sentido de que, em tese, qualquer pessoa poderia realizar a coleta, porém seria inadmissível que qualquer indivíduo tivesse acesso à coleta de vestígios em uma cena criminal. Desse modo para o autor, o referido artigo tem que ser interpretado juntamente com o § 2º do artigo 158-A, cuja redação determina que “o agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação” (BRASIL, 2019).

O segundo parágrafo desse artigo também merece ser interpretado à luz do § 2º do artigo 158-A, no sentido de que “apenas aos agentes públicos é permitida a entrada em locais isolados” (GIACOMOLLI, 2020, p. 86).

Destaca-se, inclusive, que a configuração do crime de fraude de acordo com primeiro parágrafo do artigo citado estará sujeita à comprovação dos elementos constitutivos do delito, estabelecidos nos artigos 347 do Código Penal¹, artigo 312 do Código de Trânsito Brasileiro² e nos artigos 23 e 24 da Lei de Abuso de Autoridade³.

Já o artigo 158-D trata sobre a natureza do material pelo qual será acondicionado o vestígio, ponto essencial na cadeia de custódia da prova pericial, pois o acondicionamento inadequado pode gerar mudanças nas características originais do vestígio.

Art. 158-D. O recipiente para acondicionamento do vestígio será determinado pela natureza do material

§ 1º Todos os recipientes deverão ser selados com lacres, com numeração individualizada, de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio durante o transporte.

§ 2º O recipiente deverá individualizar o vestígio, preservar suas características, impedir contaminação e vazamento, ter grau de resistência adequado e espaço para registro de informações sobre seu conteúdo.

§ 3º O recipiente só poderá ser aberto pelo perito que vai proceder à análise e, motivadamente, por pessoa autorizada.

§ 4º Após cada rompimento de lacre, deve se fazer constar na ficha de acompanhamento de vestígio o nome e a matrícula do responsável, a data, o local, a finalidade, bem como as informações referentes ao novo lacre utilizado.

§ 5º O lacre rompido deverá ser acondicionado no interior do novo recipiente (BRASIL, 2019).

Ante a omissão do legislador no tocante à descrição detalhada de qual recipiente é destinado a cada natureza de material, deve o referido artigo ser interpretado à luz do § 1º do artigo 158-C, de forma que cabe ao órgão central de perícia oficial de natureza criminal especificar quais os recipientes adequados em cada situação específica (GIACOMOLLI, 2020).

Já de acordo com o caput do artigo 158-E do Código de Processo Penal,

¹ “Art. 347. Inovar artificialmente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito” (BRASIL, 1940).

² “Art. 312. Inovar artificialmente, em caso de sinistro automobilístico com vítima, na pendência do respectivo procedimento policial preparatório, inquérito policial ou processo penal, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, a fim de induzir a erro o agente policial, o perito ou o juiz” (BRASIL, 1997).

³ “Art. 23. Inovar artificialmente, no curso de diligência, de investigação ou de processo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de eximir-se de responsabilidade ou de responsabilizar criminalmente alguém ou agravar-lhe a responsabilidade

Art. 24. Constranger, sob violência ou grave ameaça, funcionário ou empregado de instituição hospitalar pública ou privada a admitir para tratamento pessoa cujo óbito já tenha ocorrido, com o fim de alterar local ou momento de crime, prejudicando sua apuração” (BRASIL, 2019).

os vestígios coletados devem ser enviados à Central de Custódia dos Institutos de Criminalística, responsável pela guarda e controle desses elementos probatórios.

É imprescindível que as centrais de custódia sejam equipadas com serviços de protocolo, oferecendo espaços dedicados à conferência, recebimento e devolução de materiais e documentos, a fim de possibilitar a seleção, classificação e distribuição adequada dos elementos probatórios, garantindo assim a segurança e preservação dos vestígios, conforme estabelecido no § 1º do referido artigo. Essas centrais desempenham um papel fundamental na custódia das provas, pois muitas evidências permanecem sob responsabilidade do Estado por longos períodos. É essencial, também, que todas as informações referentes ao acesso, entrada e saída dos vestígios sejam devidamente registradas nos protocolos das centrais de custódia, incluindo os dados de identificação das pessoas que tiveram contato com os vestígios, como estabelecido nos §§ 2º, 3º e 4º.

Finalmente, o artigo 158-F determina que o material, após a realização de perícia, será devolvido à central de custódia, onde deverá permanecer.

Conforme estabelecido no parágrafo único do artigo 158-F, na hipótese de a central de custódia não dispor de espaço adequado ou condições para o armazenamento de determinado material, caberá à autoridade policial ou judiciária determinar as condições de depósito do vestígio em um local alternativo.

Cumprido destacar que

[...] o instituto não pretende colocar em dúvida a credibilidade da prova colhida pela autoridade policial, analisada por peritos ou de qualquer pessoa do Estado que tenha tido contato com o elemento probatório, mas garantir ao acusado que aquela prova possa ser acreditada, ou seja, “demonstre que tais objetos correspondem ao que a parte alega ser.” (MENEZES, BORRI E SOARES, 2018, p. 282-283).

Após análise minuciosa dos dispositivos legais acerca da cadeia de custódia, verifica-se que correspondem a procedimentos gerais, não abrangendo as particularidades dos diversos procedimentos periciais, os quais exigem constantes estudos científicos e estão sujeitos a mudanças rápidas. Ademais, pode-se apontar a falta de regulamentação das consequências decorrentes da violação da cadeia de custódia da prova no âmbito penal.

4 CADEIA DE CUSTÓDIA DE PROVAS DIGITAIS

Com o advento da internet e dos computadores pela sociedade, houve, também, o aumento do uso de ferramentas tecnológicas na obtenção e produção de provas, bem como o uso de tais ferramentas para a prática de crimes cibernéticos em todo o País.

É nesse sentido que surge a ciência forense digital, que é uma disciplina que se baseia na aplicação de técnicas científicas e analíticas especializadas em infraestruturas tecnológicas. Seu objetivo principal é identificar, preservar, analisar e apresentar dados que sejam válidos dentro do contexto de um processo legal. A área abrange a recuperação e investigação de material encontrado em dispositivos digitais relacionados a crimes cibernéticos.

O termo "forense digital" era inicialmente utilizado como sinônimo de "forense de computador", mas seu escopo se expandiu para englobar a investigação de qualquer dispositivo capaz de armazenar dados digitais.

Tal ciência é empregada em diversas aplicações, sendo a mais comum o suporte à comprovação ou refutação de hipóteses em processos criminais ou cíveis. Os casos criminais envolvem supostas violações das leis estabelecidas pela legislação, investigadas pela polícia e processadas pelo estado, como homicídios, roubos e agressões.

No mesmo sentido, expõe Martinez (2019, p. 17), citando John Vacca, que a

[...] *digital forensic* trata-se da análise forense dos computadores, a descoberta eletrônica, a descoberta de prova eletrônica, a descoberta e recuperação de dados, traduzindo-se na análise dos componentes do computador para efeitos probatórios. Ou seja, é a recolha, preservação, análise, e apresentação da prova eletrônico-digital. E de fato, para efeitos probatórios, acessar ao local do crime eletrônico-digital exige o respeito de vários protocolos, sob pena desse tipo de prova não poder ser admitido em juízo, estando aí presente a necessidade de manutenção da "*chain of custody*" ou "cadeia de controle" da produção da prova forense digital.

Martinez (2019), ao citar Kerr, ressalta que o mundo virtual difere do mundo material, de forma que a similaridade conceitual das infrações e dos bens jurídicos afetados, assim como a terminologia compartilhada entre os dois mundos, não conseguem superar essa diferença. Além disso, o autor destaca que, no âmbito processual, a prova digital não pode ser considerada uma extensão da prova física,

uma vez que são realidades distintas que requerem abordagens jurídicas diferentes, sem limitações da analogia e da subsidiariedade dos regimes planejados para a prova física.

Por conseguinte, a prova digital deve ser tratada com um regime autônomo, com remissões mínimas e necessárias às normas aplicáveis ao mundo físico, levando em consideração as particularidades da prova e do mundo digital. É imperativo a existência de normas que abranjam essas especificidades, incluindo garantias de confiabilidade na coleta e preservação da cadeia de custódia da prova digital.

Portanto, se a obtenção de provas em ambiente digital não pode ocorrer da mesma maneira que a prova física em outros crimes, é necessário recorrer, na maioria dos casos, à Ciência Forense Digital mencionada (Ibid., p. 19).

A partir da interpretação literal dos dispositivos legais do Código de Processo Penal, percebe-se que não há disciplina da cadeia de custódia da prova digital, vez que a lei conceitua os vestígios como objetos ou materiais brutos, visíveis ou latentes, características contrárias aos atributos das provas digitais, conforme tratado no segundo capítulo desta monografia.

Em decorrência de tal motivo, Machado (2020) defende que as diretrizes estabelecidas pela norma ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013, que entrou em vigor na data de 09 de janeiro de 2014 e versa especificamente sobre os procedimentos de identificação, coleta, aquisição e preservação de evidência digital, devem ser observadas, a fim de padronizar o tratamento das evidências digitais.

A referida norma, embora não seja obrigatória por não ter um reconhecimento explícito na legislação, é atualmente a única norma elaborada por órgãos competentes e reconhecida no Brasil que aborda o assunto. Além disso, essa norma também descreve os procedimentos adotados em diversos países em sua versão internacional (ISO).

Conforme estabelecido na norma em questão, é fundamental que toda evidência digital válida possua três características essenciais. A primeira delas é a relevância, ou seja, a evidência deve ser direcionada a provar ou refutar um elemento específico do caso em investigação. A segunda característica é a confiabilidade, que se refere ao grau de fidelidade da informação em relação ao original, garantindo sua autenticidade e integridade. Por fim, a suficiência da evidência digital é indispensável, de forma que ela deve ser capaz de fornecer

informações adequadas para que elementos em questão sejam devidamente examinados ou investigados de forma precisa. Essas características visam assegurar a validade, a integridade e a confiabilidade das provas digitais, contribuindo para a sua admissibilidade em processos legais e garantindo a justiça no sistema de justiça criminal.

No que diz respeito à preservação da prova digital, a norma estabelece diretrizes para proteger a sua integridade, assegurando sua utilidade e validade como evidência probatória. O processo de preservação envolve a guarda cuidadosa da evidência digital e do dispositivo digital, com o objetivo de garantir a autenticidade da prova.

Ademais, é fundamental minimizar o manuseio da evidência e do dispositivo, a fim de evitar qualquer alteração indesejada. Todas as alterações realizadas e ações tomadas durante o processo devem ser devidamente documentadas. Além disso, é importante ressaltar que o perito forense deve atuar apenas dentro de sua área de expertise, realizando ações que estejam dentro de sua competência.

A importância da regulamentação cadeia de custódia de provas digitais ocorre, desse modo, porque “os dispositivos de armazenamento digital, em geral, são voláteis, frágeis e se não manuseados corretamente, podem acarretar na destruição ou deturpação das evidências do ilícito” (BECHARA, 2019).

Conforme Geraldo Prado (2021)

O valor da cadeia de custódia é sensivelmente incrementado quando o elemento probatório é de natureza digital. Releva notar que se manuais, guias de procedimento, atos normativos de toda espécie, estatais e supra estatais, enfatizam em geral o papel que a cadeia de custódia desempenha para assegurar integridade e autenticidade à prova digital, fato é que a jurisprudência firmada por cortes constitucionais e tribunais de direitos humanos assinala à cadeia de custódia da prova digital funções ainda mais relevantes.

Segundo Rebellato (2020), em virtude das características intrínsecas da prova digital, como sua fragilidade e a possibilidade de adulteração, modificação ou exclusão não intencional, a admissibilidade da cadeia de custódia deve garantir que a prova digital seja autêntica, completa, confiável e crível.

A autenticidade da prova digital exige a comprovação de sua origem no suporte eletrônico indicado e a preservação dos dados desde sua coleta, podendo ser verificada por meio de metadados relacionados aos dados extraídos.

A completude da prova visa evitar especulações de suspeitas alternativas, permitindo que as partes tenham acesso e possam analisar integralmente a fonte de prova da qual a evidência foi extraída, garantindo o contraditório e evitando a introdução acrítica no processo apenas do material que interesse a cada uma delas.

A confiabilidade da prova digital busca assegurar a legítima expectativa de confiança das partes na evidência coletada, o que requer a correta identificação das etapas da cadeia de custódia, a individualização dos equipamentos e softwares utilizados, bem como o manejo adequado das evidências por profissionais capacitados para evitar a adulteração da prova.

Por fim, a prova digital deve ser crível, ou seja, compreensível para as partes e o julgador, apresentando-se de forma clara que permita sua interpretação sem perder o rigor metodológico.

Portanto, as provas digitais possuem como características distintas das provas físicas a facilidade de mutação, muitas vezes despercebidas, bem como a grande possibilidade de contaminação.

Dessa forma, a cadeia de custódia possui grande relevância para garantir a originalidade das provas, e por isso todas as suas diretrizes devem ser respeitadas. Conforme Badaró (2021)

Se forem utilizados métodos não fiáveis, os elementos de prova digitais não terão o mínimo potencial epistêmico, e a prova eletrônica não será apta a provar qualquer fato. Em regra, portanto, é necessário o emprego de um método adequado, de acordo com as melhores práticas, e que haja a documentação completa da cadeia de custódia. Se o método for inadequado ou se, embora adequado, não houver comprovação de seu emprego por ausência de registro da cadeia de custódia, não há como garantir a tutela da genuinidade e não alteração do dado informático devido a sua natureza frágil e volátil.

Dessa forma, a utilização de métodos inadequados de aquisição altera fundamentalmente a natureza da prova, resultando em sua completa falta de idoneidade para comprovar qualquer fato, uma vez que fica irremediavelmente contaminada.

No entanto, a aplicação da redação dos artigos 158-A a 158-F do Código de Processo Penal aos vestígios digitais é falha.

A partir da análise literal do texto legal, constata-se a ausência de regulamentação da cadeia de custódia da prova digital. A legislação trata os vestígios como objetos ou materiais que possuem características tangíveis, visíveis

ou latentes, o que é totalmente oposto aos elementos da prova digital, os quais são caracterizados por sua natureza imaterial, incorpórea e intangível. Além disso, observa-se que a lei estabelece a garantia da cadeia de custódia somente para vestígios coletados em locais ou em vítimas de crimes, o que vai de encontro aos princípios relacionados à prova digital, uma vez que suas fontes são obtidas a partir de dispositivos eletrônicos de armazenamento, redes de comunicação, servidores e serviços de computação em nuvem. Adicionalmente, as diretrizes presentes no artigo 158-B do Código de Processo Penal deixam claro que o procedimento de preservação e rastreabilidade dos vestígios, estabelecido por lei, diz respeito a elementos tangíveis, não havendo previsão de etapas específicas e adequadas para o manuseio de elementos digitais (MACHADO, 2022).

Fernando Machado (2022), ao citar Cani e Rosa, explica que existe uma disparidade tecnológica decorrente da falta de mecanismos que assegurem o controle e a verificação das provas digitais apresentadas no processo, especialmente em casos nos quais a acusação utiliza tecnologias sofisticadas que não estão disponíveis ou são de difícil acesso para a defesa, vez que isso dificulta a realização do contraditório e o controle adequado da cadeia de custódia. Consequentemente, a ausência de uma cadeia de custódia da prova digital resulta em uma ampla margem de discricionariedade em um contexto em que esses elementos estão cada vez mais presentes no processo penal, permitindo a tomada de decisões que reduzem o contraditório e a paridade de armas.

Diante disso, constata-se que os dispositivos em questão não apresentam orientações suficientes para a preservação da integridade e a garantia da autenticidade da prova digital.

Assim, a previsão legal de procedimentos técnicos a serem adotados na preservação de vestígios digitais é de extrema importância. Porém, deve-se ponderar acerca do constante surgimento de novas tecnologias, o que atesta a impossibilidade do legislador prever normas específicas para a cadeia de custódia digital. O ideal, portanto, seria a previsão de normas gerais, que pudessem ser utilizadas em vários tipos de vestígios digitais, restando à capacidade técnica do perito a realização de atos específicos em cada caso.

4.1 Efeitos da quebra da cadeia de custódia

Observa-se que a legislação não aborda o impacto da não preservação da cadeia de custódia. Em outras palavras, embora os artigos da lei abordem aspectos relevantes, não há nenhuma determinação legislativa sobre o momento processual adequado para examinar a regularidade ou irregularidade da cadeia de custódia, nem qualquer explicitação sobre as consequências que devem ser atribuídas aos elementos probatórios cuja custódia tenha sido interrompida. A falta de observância das consequências decorrentes dessa quebra resulta em uma insegurança jurídica no âmbito do processo penal.

No que se refere a essa questão, a doutrina penal apresenta diferentes posições, sendo alguns defensores da exclusão inevitável da prova em casos de ruptura da cadeia de custódia, enquanto outros argumentam que cabe ao juiz avaliar e decidir, em cada caso, a importância a ser atribuída a um elemento probatório cuja custódia tenha sido irregular, por isso a relevância do assunto.

No âmbito da persecução penal, é incumbência do Estado assegurar que todas as provas obtidas sejam adequadamente acondicionadas, custodiadas e posteriormente submetidas à perícia, a fim de viabilizar o contraditório diferido em relação a essas provas ou permitir o questionamento acerca de sua credibilidade.

A quebra da cadeia de custódia ocorre quando há interferência no trajeto estabelecido para a manipulação e preservação de provas até sua análise pelo magistrado. Essa violação pode englobar situações como a entrega de uma substância apreendida para perícia em uma embalagem inadequada e sem o devido lacre, ou a falta de documentação sobre os métodos utilizados para o acondicionamento de dispositivos e a extração de seus dados.

No contexto das provas digitais, a quebra da cadeia de custódia pode ocorrer quando não há um registro documental adequado dos procedimentos adotados pelas autoridades policiais para garantir a integridade, autenticidade e confiabilidade dos elementos informáticos. Por exemplo, se o conteúdo extraído dos dispositivos for analisado por terceiros antes mesmo de ser periciado pela polícia, ou se não houver um registro documental adequado sobre o processo de coleta e preservação dos dispositivos, bem como sobre as pessoas que tiveram acesso a eles, os momentos em que tais contatos ocorreram e o percurso administrativo interno percorrido pelos aparelhos desde a apreensão pela polícia.

As consequências da quebra de cadeia de custódia (*break on the chain of custody*) recairão em duas posições: valoração da prova ou admissibilidade.

Rogério Sanches (2020), adota a primeira posição. Para o autor, a não observância dos regramentos da cadeia de custódia não deve se confundir com obtenção ilegal da prova, uma vez que esta continua legítima e lícita. A prova, dessa forma deve ser valorada em juízo, de forma que seu valor deverá ser proporcional ao quanto se respeitou a cadeia de custódia, tendo em vista o disposto no artigo 182 do Código de Processo Penal, que determina que para o convencimento do magistrado, este não está vinculado à conclusão do laudo pericial.

Em sentido semelhante, Nucci (2023a, p. 466) explica que

É preciso considerar que, enquanto não for possível implementar exatamente a cadeia de custódia, como prevista na reforma implementada pela Lei 13.964/2019, cuida-se de nulidade relativa, vale dizer, pode ocorrer uma falha, mas ela depende da prova de prejuízo para a parte. Não se deve considerar a nulidade da prova de maneira automática, pois cada caso é um caso e há muitos anos tem-se feito o mais adequado para manter as provas inalteradas para a avaliação pericial, na medida do possível. Então, cumpre indicar como um defeito sanável ou superável, a menos que a parte interessada demonstre o contrário.

Por outro lado, Matida defende que a admissão desses elementos não confiáveis, embora relevantes, os quais podem “ser (super)valorados pelo juiz, representa um flerte desnecessário com o risco de condenação de inocentes” (MATIDA, 2020, p. 8).

A antijuridicidade da quebra da cadeia de custódia da prova no processo penal está relacionada ao caráter epistêmico do processo. O objetivo é buscar uma verdade alcançável sobre os fatos que têm relevância penal, respeitando os direitos fundamentais do acusado, por meio das provas, pois é assim que o poder legítimo da jurisdição pode ser exercido e as decisões relacionadas ao *status libertatis* de um indivíduo podem ser fundamentadas. No entanto, um elemento probatório que não possui uma credibilidade mínima em relação à sua origem ou ao percurso realizado até chegar ao processo não deve ser considerado válido para alcançar a verdade processual necessária.

Conforme Aury Lopes Jr. (2023, p. 197), a quebra da cadeia de custódia é uma temática intrinsecamente relacionada às regras do devido processo penal, visto que representa uma violação a uma forma-garantia.

Portanto, como regra, deve conduzir ao campo da ilicitude probatória, devendo esbarrar no filtro da admissibilidade/inadmissibilidade. Utilizando o mesmo raciocínio desenvolvido ao tratar das invalidades processuais, onde explicamos que a violação da forma traz a lesão atrelada a um direito

fundamental, é preciso compreender que a disciplina da cadeia de custódia é um meio para o cumprimento de regras probatórias diretamente vinculadas à concepção de devido processo penal. Dessarte, quebrar a cadeia de custódia é violar as regras que a definem e, portanto, é violar o devido processo. A quebra da cadeia de custódia faz com que ela seja considerada uma prova ilícita, na medida em que, na dicção do art. 157 do CPP, viola normas legais (CPP).

Já Prado (2021) elucida que a prova apresentada mediante quebra de cadeia de custódia é ilícita e, desse modo, inadmissível pela Constituição Brasileira.

[...] violada a cadeia de custódia da prova digital incide imperiosa proibição de valoração da prova assim obtida. É o corpo de delito que se converte em algo juridicamente imprestável à luz do direito fundamental à integridade dos sistemas informáticos e o igualmente fundamental direito à confidencialidade, princípios constitucionais implícitos assim como o é o direito fundamental à autodeterminação informativa.

A prova ilícita não deve ser admitida, pois confronta o filtro de admissibilidade estabelecido no momento de avaliação da prova. No entanto, caso a prova já esteja incorporada ao processo, seja por ter sido detectada a quebra posteriormente ao seu ingresso ou por ter sido produzida durante o curso do próprio processo, faz-se necessário declará-la como ilícita, desentranhá-la dos autos e proibir sua valoração probatória.

Quando ocorre uma violação, uma quebra, da cadeia de custódia, não se trata de questionar o valor probatório ou a relevância da prova em si; pelo contrário, uma prova obtida nessas circunstâncias simplesmente não pode ser valorada. O mesmo princípio deve ser aplicado ao material probatório digital.

No processo penal, não cabe a discricionariedade do magistrado no exercício de seu poder-dever de jurisdição sobre uma prova que não teve sua cadeia de custódia preservada. Nesse contexto, a prova em questão não deve ser considerada nem favorável, nem desfavorável ao réu, uma vez que não teve sua cadeia de custódia preservada, e por isso não alcançou o standard probatório mínimo necessário para a imputação de responsabilidade penal (CARIONI, 2020).

Em sentido semelhante, estabelece Menezes, Borri e Soares (2018, p. 292-293)

Aliás, a perspectiva da ilicitude da prova é adotada em razão da impossibilidade de se refazer o caminho empregado no meio de investigação que resultou na obtenção da prova, de modo que não seria possível praticar o ato investigativo/probatório novamente. Sob esse viés não há que se falar em problemas de nulidade e/ou valoração, mas sim de determinante exclusão do material com todas as suas consequências de não conhecimento pelo magistrado.

A constatação ou a ausência de validação da quebra da cadeia de custódia suscita uma dúvida razoável quanto à integridade e à mesmidade da prova, uma vez que a cadeia de custódia constitui um critério fundamental para a sua credibilidade. Quando ocorre a ruptura da cadeia de custódia, torna-se impossível conhecer o percurso seguido pela prova, e tem-se como possibilidade a manipulação com o propósito de induzir peritos ou juízes a erro. Portanto, diante da impossibilidade de afirmar com segurança se houve ou não adulteração da prova, é necessário presumir a inocência do acusado frente à dúvida razoável sobre a confiabilidade da prova.

A falha na preservação dos elementos probatórios pode impactar todo o conjunto probatório, com reflexos diretos na compreensão dos fatos pelo magistrado, podendo inclusive resultar em um julgamento injusto que viola os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido, resta igualmente prejudicado o exercício do contraditório, visto que, diante de possível prova ilícita, uma vez não aplicada a cadeia de custódia, torna-se praticamente impossível proceder no rastreio entre a fonte probatória e a prova analisada, verificando se de fato houve quebra da cadeia de custódia que comprometa a admissibilidade da prova (ALMAS, 2020, p. 21).

Portanto, considerando que não é possível afirmar de forma definitiva que não houve adulteração, é uma consequência lógica da presunção de inocência que essa situação gere uma dúvida razoável em relação à confiabilidade da prova. Diante dessa dúvida, aplicando o critério *favor rei*, deve-se descartar qualquer conhecimento derivado da análise do elemento probatório que prejudique a situação do réu.

Outrossim, deve-se levar em consideração a característica intrínseca da alterabilidade dos dados digitais, isto é, a possibilidade de ocorrência de mudanças e modificações no material probatório que suscitem dúvidas quanto à sua confiabilidade. A ausência de uma legislação específica que trate da cadeia de custódia para provas digitais resulta em significativa instabilidade e insegurança em relação aos dados informáticos utilizados como fonte probatória no processo penal. Essa ausência de regulamentação também pode levar à negligência por parte dos agentes estatais na apreensão das provas digitais, uma vez que a lacuna legal deixada pela cadeia de custódia das provas digitais permite que o Estado não

fiscalize adequadamente, por meio da correta execução das etapas de coleta, manuseio e armazenamento, o trajeto percorrido pelo meio probatório desde a sua apreensão (ALMAS, 2020), o que demonstra a necessidade da fiel observação dos preceitos da cadeia de custódia para preservação da prova digital.

Se forem utilizados métodos não fiáveis, os elementos de prova digitais não terão o mínimo potencial epistêmico, e a prova eletrônica não será apta a provar qualquer fato. Em regra, portanto, é necessário o emprego de um método adequado, de acordo com as melhores práticas, e que haja a documentação completa da cadeia de custódia. Se o método for inadequado ou se, embora adequado, não houver comprovação de seu emprego por ausência de registro da cadeia de custódia, não há como garantir a tutela da genuinidade e não alteração do dado informático devido a sua natureza frágil e volátil (BADARÓ, 2021, p. 4).

Dessa forma, quando ocorre a quebra da cadeia de custódia da prova, seja pela ausência de reconstrução das informações ou dúvidas relacionadas ao próprio elemento probatório, conclui-se pela ilicitude da prova de acordo com o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal e o artigo 157 do Código de Processo Penal. Além disso, devido à ligação imediata e direta entre as provas subsequentes à prova ilícita, há a existência de um vício original, exigindo o desentranhamento da prova conforme o § 2º do artigo 157 do Código de Processo Penal. Adicionalmente, é necessário analisar quaisquer outras provas derivadas daquela considerada ilícita que devem ser excluídas do processo, impossibilitando sua utilização como meio de prova, reforçando a importância da diligência que as autoridades legais devem empregar em relação ao tratamento adequado das provas.

No entanto, essa posição não é a adotada atualmente pela jurisprudência brasileira.

A quebra da cadeia de custódia não acarreta automaticamente a nulidade da prova obtida. Nesses casos, as eventuais irregularidades devem ser analisadas pelo juiz em conjunto com os demais elementos produzidos no processo criminal, a fim de determinar se a prova questionada ainda pode ser considerada confiável. Somente após essa avaliação, caso o magistrado não encontre respaldo na prova cuja cadeia de custódia foi violada, ele poderá removê-la dos autos ou declará-la nula. O entendimento predominante é de que, no processo penal, a declaração de nulidade requer a comprovação de um prejuízo efetivo, sendo ônus da defesa a comprovação desse prejuízo.

É entendimento consolidado, inclusive, que a arguição de quebra da

cadeia de custódia deve ser feita antes da preclusão, ou seja, antes que o prazo para apresentar essa alegação expire. Caso contrário, a parte perde o direito de questionar a validade da prova com base nesse argumento.

RECURSO EM HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. SUPOSTA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. ART. 563 DO CPP. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. FUNDAMENTAÇÃO A QUO SUFICIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA.

1. A pretensão de trancamento da ação penal ao fundamento da quebra da cadeia de custódia não merece guarida, porquanto foi conferido amplo acesso às partes aos elementos de provas documentados, no caso, a extração de todo o conteúdo existente no celular sem que houvesse seleção de provas, não havendo falar, portanto, na quebra da cadeia de custódia, não tendo a defesa se desincumbido do ônus de demonstrar eventual prejuízo na posterior formatação do aparelho celular.

2. O Tribunal de Justiça apresentou suficiente fundamentação para rechaçar vício por quebra na cadeia de custódia, eis que não demonstrado prejuízo na forma em que manipulado o material, razão pela qual prescindível a abordagem de todos os aspectos levantados pela Defesa (AgRg no AgRg no AREsp n. 2.027.796/RJ, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe de 13/12/2022.) 3. Incabível a anulação do decisum a quo, porque, etimologicamente, processo significa marcha avante, do latim *procedere*. Logo, a interrupção de seu seguimento, por meio da imposição de nulidades infundadas, fere peremptoriamente o instituto jurídico. **Em razão disso, segundo a legislação processual penal em vigor, é imprescindível - quando se trata de nulidade de ato processual - a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio pas de nullité sans grief, o que não ocorreu na espécie** (AgRg no REsp n. 1.802.798/AL, da minha relatoria, SEXTA TURMA, DJe 16/3/2020).

4. Recurso em habeas corpus improvido.

(RHC n. 156.700/PA, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 13/2/2023.) (grifo do autor).

No mesmo contexto, tem-se o Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 710082 de Mato Grosso

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO INTERNACIONAL. NULIDADES. ALEGADA QUEBRA DE CADEIA DE CUSTÓDIA. MATÉRIA NÃO ARGUÍDA DURANTE A INSTRUÇÃO DO FEITO. MANIFESTAÇÃO SOMENTE APÓS A SENTENÇA. PRECLUSÃO. CONTEÚDO DAS MÍDIAS DISPONIBILIZADO À DEFESA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. DEMAIS PROVAS DOS AUTOS SUFICIENTES PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. ALTERAÇÃO QUE DEMANDARIA REVOLVIMENTO FÁTICO PROBATÓRIO. COGNIÇÃO SUMÁRIA DO HABEAS CORPUS DIANTE DA PENDÊNCIA DO RECURSO DE APELAÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. **A alegação de quebra da cadeia de custódia por supostas nulidades que teriam ocorrido em razão de inconsistências, irregularidades e ausência de documentos, áudios e arquivos no processo digital não foi arguida durante a instrução do processo, somente tendo sido questionada após ter sido proferida sentença condenatória. Nesse contexto, é certo que não tendo sido apontada no momento oportuno,**

nos termos do art. 571, inciso II, do Código de Processo Penal - CPP, fica preclusa a apontada nulidade, supostamente ocorrida durante a instrução do feito.

2. "O entendimento jurisprudencial desta Corte está consolidado na linha de que a nulidade apontada deve estar sempre acompanhada da demonstração do efetivo prejuízo, o que não ocorreu na espécie. Aplicável ao caso o princípio *pas de nullité sans grief* (art. 563 do CPP)" (RHC 80.564/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JUNIOR, SEXTA TURMA, DJe 12/3/2019).

3. No caso dos autos, além de a Corte de origem ter afirmado que a defesa do paciente teve amplo acesso ao conteúdo das mídias, o qual lhe foi integralmente disponibilizado e que a condenação do agravante remanesce diante de outras provas e elementos contidos nos autos, a quebra da cadeia de custódia, considerando a cognição não exauriente do *habeas corpus*, não restou devidamente demonstrada, não tendo a defesa logrado em comprovar a existência de prejuízo daí decorrente.

4. A alteração da conclusão das instâncias ordinárias quanto à regularidade das provas que deram respaldo à condenação do paciente, dependeria de revolvimento do acervo fático fático-probatório, vedado na via estreita do presente writ, sobretudo quando há recurso de apelação criminal interposto pela defesa pendente de julgamento.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 710.082/MT, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 9/3/2023.) (grifo do autor).

Além disso, entende o STJ que prova suficiente afasta discussão sobre suposta quebra da cadeia de custódia. No caso do julgamento do AREsp 1.847.296, a Quinta Turma decidiu que a suposta quebra da cadeia de custódia não torna a condenação inválida se houver evidências suficientes da materialidade do crime. O colegiado seguiu o entendimento de que, no processo penal, a anulação requer a comprovação de um prejuízo efetivo.

O caso envolveu um homem acusado de armazenar uma grande quantidade de maços de cigarros estrangeiros sem a documentação regular de entrada no país. O auto de infração da Receita Federal registrou a apreensão de 1.050 maços, enquanto o auto de apreensão da Polícia Civil mencionou a quantidade de 10.050 maços. Com base nessa divergência, o acusado argumentou que deveria ser reconhecida a quebra da cadeia de custódia e a inutilização da prova.

O ministro Reynaldo Soares da Fonseca, relator do recurso, enfatizou que, apesar da discrepância quanto à quantidade apreendida, não se pode afirmar que houve quebra da cadeia de custódia, pois existem provas suficientes nos autos que embasam a condenação.

Discorda-se, portanto, da posição adotada nos Tribunais Superiores, uma vez que entende-se que as provas decorrentes de quebra de cadeia de custódia são

ilícitas e, por conseguinte, vedadas constitucionalmente e inadmissíveis no processo, devendo ser retiradas independentemente do tempo, pois configuram nulidade absoluta.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo principal a análise dos efeitos decorrentes da quebra da cadeia de custódia, prevista nos artigos 158-A a 158-F do Código de Processo Penal, incluídos a partir do Pacote Anticrime.

Ao abordarmos os aspectos relacionados ao tratamento da prova pericial e à manutenção da cadeia de custódia, é importante ressaltar que, embora a atenção a esse tipo de prova não seja uma novidade absoluta em nosso sistema jurídico, as alterações promovidas pela Lei n. 13.964/2019 foram de grande relevância.

A referida lei trouxe modificações significativas no que diz respeito à produção e utilização da prova pericial, estabelecendo diretrizes mais claras e rigorosas para garantir sua idoneidade e confiabilidade. A preocupação em preservar a integridade da cadeia de custódia, ou seja, o registro de todos os procedimentos e responsáveis pela guarda e manuseio da prova, ganhou ainda mais destaque. Tais mudanças representam um avanço no sistema processual penal, uma vez que visam assegurar a higidez probatória e prevenir eventuais vícios que possam comprometer a justiça das decisões.

No entanto, diante da pesquisa realizada, conclui-se que a ausência de legislação específica que trate da cadeia de custódia de provas digitais gera incertezas e insegurança quanto ao tratamento adequado dessas provas no âmbito do processo penal, uma vez que a regulamentação do manuseio dessas provas é essencial ante suas características que permitem uma maior contaminação em relação às provas físicas.

Assim, previsão de regramentos acerca da cadeia de custódia de provas digitais é de fundamental importância, a fim de que os procedimentos técnicos de preservação dos vestígios sejam devidamente aplicados. Ressalta-se que essa previsão deve ser de parâmetros gerais, ante a constante e rápida evolução tecnológica em que vivemos, de forma que o estabelecimento de normas demasiadamente específicas poderia dificultar o bom funcionamento da cadeia de

custódia de vestígios digitais.

Dessa forma, a cadeia de custódia é um instituto fundamental que assegura a autenticidade e integridade da prova penal, por meio de um cuidadoso armazenamento do material coletado, bem como da correta identificação e registro de todas as etapas percorridas.

A análise revela a fragilidade da cadeia de custódia, a qual, quando não é devidamente implementada e respeitada, resulta na quebra de sua sequência, impedindo o rastreamento das origens da prova. Essa situação acarreta o desrespeito às disposições legais e constitucionais que garantem o devido processo legal. Portanto, a quebra da cadeia de custódia prejudica a originalidade do vestígio coletado, indo de encontro à aplicação do princípio da mesmidade e prejudicando a confiabilidade da prova digital.

A respeito das consequências decorrentes da quebra da cadeia de custódia, observa-se que a Lei n. 13.964/2019 não abordou especificamente essa questão. No entanto, por meio da pesquisa realizada, é possível concluir que a violação da cadeia de custódia resultará na ilicitude de toda a prova relacionada ao material comprometido, que deverá ser excluído dos autos.

Entretanto, percebe-se, através das pesquisas jurisprudenciais, que este não é o entendimento adotado nos tribunais pátrios, o que pode acarretar diversos prejuízos ao processo penal.

REFERÊNCIAS

A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA PERICIAL NA LEI Nº 13.964/2019. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, v. 12, n. 27, 2020. Disponível em: <https://revistas.faculadadedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/1305/941>. Acesso em: 10 mar. 2023.

ABNT. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013** Tecnologia da informação — Técnicas de segurança — Diretrizes para identificação, coleta, aquisição e preservação de evidência digital. [S. l.: s. n.], 2013. Disponível em: <https://www.abntcatalogo.com.br/pnm.aspx?Q=NDILZHR1a1ZUajBveWkxL2VldGtONXAvR0paYzhSOFPcmHRXL1I2bEdYOD0=#hide1>. Acesso em: 9 maio 2023.

ALMAS, Amanda Costa das. **A aplicabilidade da cadeia de custódia em dados digitais utilizados como prova no processo penal brasileiro**. 2020. 30 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Laboratório de Ciências Criminais de Porto Alegre, Ibccrim, Porto Alegre, 2020. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/media/documentos/doc-07-10-2021-11-44-50-262499.pdf>. Acesso em: 16 maio 2023.

BADARÓ, Gustavo. **A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal**. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. (org.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

BADARÓ, Gustavo. **Os Standards Metodológicos De Produção Na Prova Digital E A Importância Da Cadeia De Custódia**. 31 maio 2021. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/747/8544>. Acesso em: 14 maio 2023.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Evidências digitais e a confiabilidade do conteúdo**. 16 jul. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/evidencias-digitais-e-a-confiabilidade-do-conteudo-16072019>. Acesso em: 20 maio 2023.

BERBERI, Marco Antonio Lima; HANTHORNE, Bruna de Oliveira Cordeiro. Aspectos controvertidos no uso da prova digital no ordenamento jurídico Brasileiro. **International Journal of Digital Law**, v. 2, n. 2, p. 137-165, 2021. Disponível em: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/article/view/hanthorne2021/229>. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 12 maio 2023.

_. Lei nº 13964, de 24 de dezembro de 2019. . Brasília, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3. Acesso em: 13 abr. 2023.

_. **Projeto de Lei nº 4291**, de 20 de agosto de 2020. . Brasília, Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1924108&filename=PL%204291/2020. Acesso em: 13 maio 2023.

_. Secretaria Nacional de Segurança Pública. **Portaria no 82, de 16 de julho de 2014**. Estabelece as Diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18/07/2014. Disponível em: https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Cadeia_de_Custodia_-_PORTARIA_SENASP_N_82DE_16_DE_JULHO_DE_2014.pdf. Acesso em: 19 abr. 2023

_. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso 1847296**. AgRg no AREsp 1847296 / PR. 22 jun. 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100493816&dt_publicacao=28/06/2021. Acesso em: 5 maio 2023.

_. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 710082**. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Agrg no Hc 710082. Brasília, .

_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 156700**. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 2021/0358839-2. Brasília, .

_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 90376**. Relator: Ministro Celso de Mello. Rio de Janeiro, . Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=456098>. Acesso em: 30 abr. 2023.

BUDAPESTE. **Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime**. Budapeste. Publicado em 23 nov. 2011. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/normas-e-legislacao/legislacao/legislacoes-pertinentes-do-brasil/docs_legislacao/convencao_cibercrime.pdf. Acesso em: 23 abr. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 29. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

CARION, Ana Caroline Lacerda. **A QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA E AS DECISÕES JUDICIAIS PÓS LEI ANTICRIME**. 2020. 49 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime - Lei 13.964/2019: Comentários Às Alterações no CP, CPP e LEP**. Salvador: Juspodivm, 2020.

FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). **Provas no processo penal – estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GIACOMOLLI, Nereu José; AMARAL, Maria Eduarda Azambuja. **A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA PERICIAL NA LEI Nº 13.964/2019** THE CHAIN OF

CUSTODY OF EXPERT EVIDENCE IN LAW 13.964/2019. **Duc In Altum - Cadernos de Direito**, v. 12, n. 27, 29 set. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.22293/2179-507x.v12i27.1305>. Acesso em: 30 mai. 2023.

GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. **Comunicações Eletrônicas e Dados Digitais no Processo Penal**. 2012. 256 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02042013-102504/publico/Dissert_Gregorio_Edoardo_Raphael_Selingardi_Guardia.pdf. Acesso em: 3 abr. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

MACHADO, Fernando Alves. **A cadeia de custódia e a prova penal**. 2022. 85 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Pampa, Sant'Ana do Livramento, 2022.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Aplicação da cadeia de custódia da prova digital**. 31 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-31/academia-policia-aplicacao-cadeia-custodia-prova-digital>. Acesso em: 10 maio 2023.

MARINHO, Girlei Veloso. **CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA PERICIAL**. 2011. 110 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Administração Pública, Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Rio de Janeiro, 2011.

MARTINEZ, Thiago Hartmann. **OS DIREITOS FUNDAMENTAIS X SEGURANÇA PÚBLICA: A ADMISSIBILIDADE DE MÉTODOS OCULTOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL EM AMBIENTE DIGITAL**. 2019. 145 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019.

MATIDA, D. A cadeia de custódia é condição necessária para a redução dos riscos de condenações de inocentes . **Boletim IBCCRIM**, [S. l.], v. 28, n. 331, p. 6–9, 2020. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/541. Acesso em: 10 jun. 2023.

MENEZES, Isabela Aparecida de; BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 4, n. 1, p. 277-300, 2018. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/6739/673971400008.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2023.

NETO, Mário Furlaneto; DOS SANTOS, José Eduardo Lourenço. APONTAMENTOS SOBRE A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA DIGITAL NO BRASIL. **Revista Em Tempo**, [S.l.], v. 20, n. 1, nov. 2020. ISSN 1984-7858. Disponível em:

<<https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3130>>. Acesso em: 28 maio 2023. doi: <https://doi.org/10.26729/et.v20i1.3130>.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

__, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

__, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PRADO, Geraldo. **Breves notas sobre o fundamento constitucional da cadeia de custódia da prova digital | Geraldo Prado**. 22 jan. 2021. Disponível em: <https://geraldoprado.com.br/artigos/breves-notas-sobre-o-fundamento-constitucional-da-cadeia-de-custodia-da-prova-digital/>. Acesso em: 18 abr. 2023.

PRATES, André Ruiz. **A ATIVIDADE FISCALIZATÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO SOBRE A CADEIA DE CUSTÓDIA**. 2019. 14 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Escola Superior do Ministério Público do Paraná, Paraná, 2019. Disponível em: https://site.mppr.mp.br/sites/hotsites/arquivos_restritos/files/migrados/File/TCCs/2019/Andre_Prates_-_A_atividade_fiscalizatoria_do_Ministerio_Publico_sobre_a_cadeia_de_custodia.pdf. Acesso em: 16 maio 2023.

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

VAZ, Denise Provasi. **PROVAS DIGITAIS NO PROCESSO PENAL: Formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório**. 2012. 198 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.