

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
Faculdade de Direito de Alagoas - FDA

RAYANNE HONORATO DA SILVA

**A QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DAS PROVAS DIGITAIS À LUZ DO
PACOTE ANTICRIME (LEI Nº 13.964/2019): uma breve análise das decisões do
Superior Tribunal de Justiça.**

MACEIÓ
2024

RAYANNE HONORATO DA SILVA

A QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DAS PROVAS DIGITAIS À LUZ DO PACOTE ANTICRIME (LEI N° 13.964/2019): uma breve análise das decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Monografia de conclusão de curso, apresentada à Faculdade de Direito de Alagoas (FDA/UFAL) como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Dr. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar.

Assinatura do orientador

MACEIÓ

2024

Catálogo na Fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecário: Marcelino de Carvalho Freitas Neto – CRB-4 – 1767

S586q Silva, Rayanne Honorato da.
 A quebra da cadeia de custódia das provas digitais à luz do Pacote Anticrime
(Lei no 13.964/2019) : uma breve análise das decisões do Superior Tribunal de
Justiça / Rayanne Honorato da Silva. – 2024.
 52 f. : il.

Orientadora: Rosmar Anttoni Rodrigues Cavalcanti Alencar.
Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade
Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2024.

Bibliografia: f. 48-52.

1. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. 2. Quebra da cadeia de custódia. 3. Prova
digital. 4. Processo penal. I. Título.

CDU: 343.1(81)

“O amor também combate, não vegeta na turva paz dos compromissos; mas combate os leões como leões e só chama cães aos que o são. Essa luta com um inimigo a quem se compreende é a verdadeira tolerância, a atitude própria de toda alma robusta.” - Ortega y Gasset (Meditações do Quixote)

AGRADECIMENTOS

A conclusão desta monografia é resultado de uma jornada intensa de formação acadêmica que eu não trilhei sozinha. Sem dúvidas, trafegar por um ambiente universitário, com todas as incertezas da juventude, é uma abertura ao imprevisível. Contudo, o privilégio de encontrar pessoas com quem compartilhar vivências e orientações trouxe o renascimento do entusiasmo pelo caminho e uma leveza indescritível.

Estou absolutamente consciente de que há diversas razões para agradecer e celebrar.

De uma forma especial, agradeço ao professor Dr. Rosmar Antonni Cavalcanti de Alencar pela sua generosidade extraordinária. Seu empenho e incentivo foram essenciais e me moldaram significativamente. Obrigada por aceitar a orientação de monitoria, do Pibic/CNPq e do Trabalho de Conclusão de Curso.

É importante registrar aqui minha gratidão aos meus amigos da Abc² Maceió. Conviver com pessoas inteligentes, sensíveis e com carreiras brilhantes, como na Abc², é motivo de imensa felicidade.

À Ana Grasielly, por ser uma grande amizade que ganhei na graduação. Quando a época conturbada da pandemia chegou, aprendi a preciosidade da sua amizade em incentivar o “olhar para frente”, bem como nas comemorações pelas conquistas vivenciadas e nas viagens realizadas. Obrigada pelas memórias!

À Érika Paixão, por mais de uma década de amizade. Obrigada pelos cafés, livros e incentivo para perseguir os objetivos! Vida longa ao querido Prosa à mesa!

Aos meus pais, Rubenon e Márcia, e irmãos, Rubenon e Ramon, meus agradecimentos por fazerem o que podiam, obrigada!

Ao meu primo, Patrick, por compartilhar interesses filosóficos e literários, obrigada!

À Mônica, minha tia, agradeço por emprestar a sua casa para direcionar meus estudos em solidão. Obrigada!

Aos contribuintes que custearam minha formação acadêmica, deixo meus agradecimentos com a esperança de conseguir honrar, retribuir e ampliar o investimento concedido.

Aos servidores da Faculdade de Direito de Alagoas, meu agradecimento pelo seu trabalho essencial.

A Deus toda glória por tudo! Tenho certeza de que o seu amor me salvou e escreveu todos os meus dias. SDG!

RESUMO

O presente trabalho tem a intenção de investigar o impacto da quebra da cadeia de custódia das provas digitais no processo penal e, para tanto, adota-se como referência os entendimentos do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Esse tema se reveste de relevância ao tomar por base os longos debates acerca da importância das provas no campo criminal, principalmente, tendo em vista a sua essencialidade para a formação da atividade cognitiva do julgador, que se demonstra na externalização dos julgados. Com a atual dinâmica, de um cenário inevitavelmente tecnológico em que cresce a demanda pela admissibilidade de provas digitais na persecução penal, é inegável que deve crescer igualmente a cautela em sua valoração e admissão. Isso porque, diferente de outras provas, a prova digital possui aspectos distintivos significativos, a saber, a sua não materialidade, volatilidade e fragilidade, que acarretam probabilidades de sua destruição e adulteração quando ausente o manejo adequado. No decorrer do trabalho, observa-se que, em que pese a aproximação relacional entre o Direito Digital e o Processo Penal, no geral a legislação e jurisprudência ainda não acompanharam adequadamente o cenário hodierno, porém já se presencia uma crescente atuação jurisprudencial significativa do STJ na problemática das provas digitais, sendo permitida uma visão mais ampla da utilização desse acervo probatório digital, com a ressalva de assegurar as garantias e direitos fundamentais. A partir dessas questões, uma alternativa para o enfrentamento das lacunas existentes é a inserção da cadeia de custódia, sendo, pois, o intuito deste trabalho analisar os avanços dessas decisões do STJ acerca da quebra da cadeia de custódia de provas digitais, sem esgotar a temática.

Palavras-chave: Quebra da cadeia de custódia; STJ; Provas Digitais; Processo Penal

RESUMEN

El presente trabajo pretende investigar el impacto de la ruptura de la cadena de custodia de la prueba digital en el proceso penal y, para ello, se adoptan como referencia los entendimientos del Tribunal Superior de Justicia (STJ). Este tema es relevante cuando se fundamenta en los largos debates sobre la importancia de la prueba en el campo penal, principalmente en vista de su esencialidad para la formación de la actividad cognitiva del juez, lo que se demuestra en la exteriorización de los juzgados. Con la dinámica actual de un escenario inevitablemente tecnológico en el que crece la exigencia de admisibilidad de la prueba digital en el proceso penal, es innegable que también debe aumentar la cautela en su valoración y admisión. Esto se debe a que, a diferencia de otras pruebas, las pruebas digitales tienen aspectos distintivos importantes, a saber, su falta de materialidad, su volatilidad y su fragilidad, que conducen a la probabilidad de su destrucción y adulteración cuando no se realiza un tratamiento adecuado. Durante el trabajo, se observa que, a pesar del enfoque relacional entre el Derecho Digital y el Procedimiento Penal, en general, la legislación y la jurisprudencia aún no se han adaptado adecuadamente al escenario actual, pero ya existe un papel jurisprudencial significativo y creciente del STJ en la cuestión de la evidencia digital, permitiendo una visión más amplia del uso de esta colección de evidencia digital, con la excepción de garantizar garantías y derechos fundamentales. A partir de estos temas, una alternativa para abordar las brechas existentes es la inserción de la cadena de custodia, por lo que el propósito de este trabajo es analizar el avance de estas decisiones del STJ respecto de la ruptura de la cadena de custodia de evidencia digital, sin agotar el tema.

Palabras-clave: Rompiendo la cadena de custodia; STJ; evidencia digital; Procedimientos criminales.

ABSTRACT

The present work intends to investigate the impact of breaking the chain of custody of digital evidence in the criminal process and, to this end, the understandings of the Superior Court of Justice (STJ) are adopted as a reference. This theme is relevant when based on the long debates about the importance of evidence in the criminal field, mainly in view of its essentiality for the formation of the judge's cognitive activity, which is demonstrated in the externalization of those judged. With the current dynamics of a technological scenario in which the demand for the admissibility of digital evidence in criminal prosecution is growing, it is undeniable that caution in its valuation and admission must also increase. This is because, unlike other evidence, digital evidence has significant distinctive aspects, namely its non-materiality, volatility and fragility, which result in the likelihood of its destruction and adulteration when appropriate handling is absent. In the course of the work, it is observed that, as this is a relational approach between Digital Law and Criminal Procedure, in general, legislation and investigations have not yet supervised the current scenario, but there is already a growing significant jurisprudential performance of the STJ in the issue of digital evidence, allowing a broader view of the use of this digital evidence collection, with the exception of guaranteeing fundamental guarantees and rights. Based on these issues, an alternative to addressing existing gaps is the insertion of the chain of custody, and the aim is therefore to analyze the progress made in these STJ decisions regarding breaking the chain of custody of digital evidence, without exhausting the topic.

Keywords: Breaking the chain of custody; STJ; Digital Evidence; Criminal Proceedings

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgRg no RHC	AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS
ARE	AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO
AREsp	AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL
ART.	ARTIGO
CF/88	CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988
CPP	CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
INFO	INFORMATIVO
ISO	INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION
MIN	MINISTRO
REL	RELATOR
RHC	RECURSO EM HABEAS CORPUS
STF	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
STJ	SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. A LÓGICA DAS PROVAS DIGITAIS.....	14
1.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS.....	16
1.2 INSERÇÃO DAS PROVAS DIGITAIS NO PROCESSO PENAL.....	18
2. PANORAMA CONSTITUCIONAL DA CADEIA DE CUSTÓDIA.....	20
2.1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA.....	21
2.2 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	22
2.3 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.....	22
3. A QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DAS PROVAS DIGITAIS.....	24
4. VISÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ: ANÁLISE DE CASOS.....	39
4.1 Informativo nº 720 do STJ e HC 653.515- RJ.....	40
4.2 AREsp 1.847.296 - PR (2021).....	40
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	45
REFERÊNCIAS.....	48

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento de novas tecnologias ganhou contornos impressionantes e complexos que não podem ser ignorados pelos juristas. O Direito, como campo influenciador de processos e práticas sociais, bem como influenciado pela sociedade, vê-se envolto pelas mais variadas exigências próprias desse cenário tecnológico.

Especialmente, no sistema probatório do direito processual penal no Brasil, detentor de características reguladoras da jurisdição, surgiu a demanda por um exame detalhado das denominadas provas digitais e de suas multifacetadas características a fim de verificar seus impactos processuais.

No geral, as provas digitais podem ser compreendidas por serem dados em formas digitais, inseridos em um sistema não binário e com aspectos próprios, por exemplo, a não materialidade, o seu desprendimento do suporte físico originário, a volatilidade, a suscetibilidade, a fácil contaminação, a possibilidade de clonagem e a necessidade de equipamentos para intermediar o seu acesso.

Pode-se dizer que como os elementos probatórios são todos os capazes de demonstrar a veracidade de uma alegação fática, reconstruir uma história, verificar hipóteses e atuar como forma de convencimento do magistrado, as provas digitais merecem especial atenção por suas particularidades já mencionadas, que tornam a sua análise mais sensível em relação às provas tradicionais, além reclamarem uma melhor compreensão por todos os sujeitos envolvidos nos atos processuais.

Ainda sobre a prova, constitui-se recurso íntimo para a garantia do Estado Democrático de Direito e para assegurar o funcionamento previsto dos princípios constitucionais. Isso porque, apesar do dever estatal na atividade persecutória, sempre que se constatar uma conduta penalmente imputável, postulando a pretensão punitiva do autor, a sua função é agir em busca da verdade, a fim de alcançar a justiça, por meio do processo penal adotado e moldado pelo parâmetro constitucional.

A consequência disso é que, além de apresentar a pretensão punitiva estatal, há um desafio em obter uma estruturação que seja demonstrável e correspondente à realidade, ao mesmo tempo que não sacrifique os direitos constituídos.

Dessa forma, uma alternativa que surge para manter a fiabilidade da prova digital, promover a sua adequação diante dessas características, bem como assegurar a garantia de preservação dos direitos fundamentais, é por meio da cadeia de custódia. Esta tem com o Pacote Anticrime (Lei 13.964/19), em seus artigos 158 - A até 158 - F, a sua regulamentação

para os procedimentos adotados em todo país no tocante às provas, com enfoque especial para a manutenção da higidez probatória, além de abarcar todo o percurso da prova, com a sua devida proteção, desde a sua coleta no local inicial até o descarte, no qual a prova perde a sua utilidade.

Embora a cadeia de custódia não seja uma ideia nova, tendo em vista a sua aparição em iguais características nos meios não jurídicos, como no caso de registro de documentos, a sua utilização é uma demonstração contemporânea que surge como um desdobramento do próprio tempo.

Entretanto, apesar desses avanços, a lei se mostrou silente acerca das consequências da inobservância da cadeia de custódia e provocou uma série de questionamentos. Destaca-se que antes da redação da referida Lei, com especial atenção ao artigo 58 - A do CPP, não estava presente qualquer correspondente legal para a cadeia de custódia, o que pode explicar em parte a imprecisão legal em aspectos relevantes que acabam por ser destinados ao judiciário.

Neste cenário, este projeto demonstra que algumas zonas cinzentas estão presentes na Lei 13.964/192, advindas das soluções esperadas para as provas digitais, com a quebra da cadeia de custódia.

Por se tratar de uma temática relativamente recente (em sua proposta com as provas digitais, entendimentos jurisprudenciais e visão doutrinária), será utilizado um referencial teórico que contará tanto com autores clássicos como contemporâneos.

Compreenda-se este referencial teórico não como o conceito simplório de que são os estudiosos mais repetidos ou referenciados neste trabalho de conclusão de curso, mas sim como os autores essenciais para um resgate dos pensamentos fundamentais na construção do raciocínio jurídico adequado.

Pois bem.

Entre os diversos autores que foram analisados, como autor basilar, adotou-se Malatesta, especificamente nas suas classificações e concepções acerca da prova e, como atuais, os estudos de Prado e Badaró, justificados por serem fortemente referenciados pelos pesquisadores do assunto e pelo Superior Tribunal de Justiça, nos argumentos sobre seus últimos entendimentos.

O esboço metodológico se deu por meio da análise dogmática, com estudos bibliográficos acerca do direito probatório, conforme o Código de Processo Penal e a Constituição Federal, além de recorrer aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, estes emitidos pelo Superior Tribunal de Justiça. Também, ainda sobre a metodologia,

optou-se por uma abordagem qualitativa dos julgados, isso porque, no geral, este projeto visa conceber o estudo de caso observacional como categoria principal, que se inicia no quarto capítulo.

Como a problemática mais enfatizada, no que tange à quebra da cadeia de custódia, reside na divergência da questão probatória, este trabalho assume a presença de duas correntes quanto à admissibilidade das provas digitais.

A primeira corrente é de que a quebra da cadeia de custódia da prova digital pode levar a não admissibilidade da prova, sendo desentranhada do processo por ser uma prova considerada ilegítima. Enquanto, para a segunda corrente, o vício apresentado na cadeia de custódia não impede a admissão da prova e nem a torna ilícita, porém o seu valor probatório diminui.

Dito isso, deve-se traçar um recorte.

A despeito do pouco avanço na temática, há um enfrentamento expressivo, no que tange a qualidade das abordagens, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em sua jurisprudência sobre a cadeia de custódia das provas digitais, superando em parte a lacuna existente, sendo uma demonstração dos esforços em reverter o cenário supracitado, junto como o surgimento do Pacote Anticrime (Lei 13.964).

Diante desse quadro, há boas razões para uma análise minuciosa de como adequar a avaliação dessas novas provas digitais no cenário processualista atual, com suas limitações e avanços, bem como compreender qual o posicionamento acolhido pela jurisprudência.

Dessa forma, no primeiro capítulo, este trabalho se volta à descrição da lógica das provas digitais com um apanhado geral de seus aspectos e conceitos, além de tratar da inserção dessas provas no processo penal.

Em seguida, apresenta-se uma importante reflexão sobre o panorama constitucional da cadeia de custódia e alguns dos princípios nitidamente determinantes na abordagem das provas digitais no processo penal.

No terceiro capítulo, inicia-se, de fato, a apresentação da discussão central deste projeto com a análise da quebra da cadeia de custódia das provas digitais e as principais problemáticas levantadas. Além disso, é realizada a introdução do leitor às primeiras considerações acerca das duas correntes doutrinárias mais requisitadas, quando se objetiva responder ao questionamento acerca da admissibilidade ou inadmissibilidade das provas digitais, após a constatação da quebra da cadeia de custódia.

Buscar-se-á, também, explorar alguns entendimentos jurisprudenciais relevantes somente com intuito de promover um panorama do assunto e o porquê da sua utilidade no cenário jurídico brasileiro.

O próximo capítulo é voltado especificamente para a análise da visão do Superior Tribunal de Justiça acerca das principais decisões que englobam um recorte temporal de 2021-2024. A partir desse capítulo é que se examinam as reflexões da corte sobre o tema, então, o recorte temporal utilizado para as considerações finais também parte deste tópico, ou seja, as análises propriamente ditas se iniciam providencialmente no capítulo quatro. Isso porque os entendimentos jurisprudenciais devem ser avaliados após o vigor do Pacote Anticrime e por se compreender como suficiente um breve esclarecimento neste momento textual, tudo isso a fim de responder algumas indagações fundamentais, a saber:

- i) Qual o entendimento adotado pelo STJ sobre a quebra da cadeia de custódia?
- ii) Qual corrente de admissibilidade probatória é considerada apta para o Superior Tribunal de Justiça?

Nas considerações finais, busca-se rememorar os principais pontos explanados neste trabalho, avaliar o recorte temporal das decisões tratadas no capítulo anterior e fornecer uma visão sobre os possíveis padrões interpretativos adotados pelo Superior Tribunal de Justiça que podem ser úteis à resolução dos questionamentos provocados.

Assim sendo, a finalidade deste trabalho é clara em sua manutenção do devido crédito aos avanços legislativos vigentes, porém também explora as principais alterações fornecidas sobre um viés mais aprofundado, com a devida exposição das zonas que apresentam falhas a serem superadas e as suas alternativas.

1. A LÓGICA DAS PROVAS DIGITAIS

No direito processual penal brasileiro, como anteriormente abordado, é imperioso o respeito aos limites legais para a aplicação do sistema probatório e, como exemplo do desdobramento dessa percepção, consiste na derivação da presunção da inocência como um princípio reitor, além da ideia de busca pela verdade.

Como processo apto a reconstruir os fatos pretéritos, para solucionar uma lide por meio da sentença, não são raros os debates acerca do que seria a verdade e discussões para verificação da materialidade e autoria do crime. Ocorre que, por se portar como um instrumento de garantia do acusado, há quem enfrente o processo penal como responsável por buscar o conhecimento da verdade real ou material, típico da noção inquisitorial, como também existem os que creem na busca pela verdade formal relacionada ao sistema acusatório.¹

Ainda para Aury Lopes essas discussões acerca da verdade real ou material é um mito, sendo o processo penal um instrumento de convencimento do juiz, por vezes, acaba por esbarrar na impossibilidade do alcance da verdade real, em razão de diversos fatores, entre eles, a falibilidade humana na reconstrução dos fatos.²

Pois bem, antes de prosseguir para as próximas considerações, merece destaque o que Malatesta intitulou por *estados de espírito relativamente ao conhecimento da realidade*, para melhor compreensão da verdade e prova, que preleciona:

Sendo a prova o meio objectivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade, a eficácia da prova será tanto maior, quanto mais clara, ampla e firmemente ela fizer surgir no nosso espírito a crença de estarmos de posse da verdade.³

Longe de explorar as concepções mais profundas do estimado jurista, observa-se claramente que as provas precisam ser expressas da maneira mais assertiva possível por sua capacidade de trazer a crença de detenção da verdade. Nesses tempos, a verdade processual parece a mais adequada, mas como já dito anteriormente, pelas diversas considerações acerca da verdade, importa neste trabalho não se deter a esse debate e sim demonstrar que, independentemente da percepção adotada, há uma noção de verdade a ser criada e,

¹ GRUBBA, Leilane Serratine. **A verdade no processo penal: (im)possibilidades?** Revista de Direito Público, Londrina, v. 12. 2017, p.271.

² JUNIOR, Aury Lopes. 2010. **Direito Processual Penal**, 11ª edição, São Paulo, Saraiva, 2014. p. 389

³ MALESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 2ª ed Livraria clássica editora. 1927, p.19.

inegavelmente, as provas surgem como impulsionadoras que precisam evitar ou, pelo menos, não contribuir com a possibilidade da falibilidade do julgador, ao passo que devem ter sua demonstração acurada o suficiente para cumprir a função punitiva dos que ultrapassam os limites legais.

Malatesta classificava as provas sob um duplice aspecto quanto à natureza e à sua produção; e sobre o efeito que gerava no espírito perante quem é produzida, sendo, grosso modo, a relação concreta entre a verdade e o espírito humano nas suas determinações de credibilidade, de probabilidade e de certeza.⁴

Todos esses pontos não podem ser dissociados do supremo objetivo do processo penal que se respalda na verificação do delito, na sua individualidade subjetiva e objetiva, sendo apenas duas alternativas esperadas que são: absolvição ou condenação, de modo que a primeira só se configura com a presença da certeza e a última requer a dúvida ou não certeza.

Afinal, é esperado que a intervenção penal seja a *ultima ratio*. Conforme abordou Regis Prado, a intervenção da lei penal só pode ocorrer quando for absolutamente necessária, como fato que se espera por incontroverso no direito penal, voltada à sobrevivência da comunidade, reduzindo-se a um mínimo imprescindível, sendo preferencial que seja feita na medida em que tenha capacidade de ter eficácia.⁵

Ao passo que, como preleciona Bitencourt:

Quando as infrações aos direitos e interesses do indivíduo assumem determinadas proporções, e os demais meios de controle social mostram-se insuficientes ou ineficazes para harmonizar o convívio social, surge o Direito Penal com sua natureza peculiar de meio de controle (...) suturando eventuais rupturas produzidas pela desinteligência dos homens.⁶

Com efeito, o processo penal como instrumento do direito penal, que não o torna simplório ou menos importante, deve se atentar em convergir com louvor todos os fundamentos esperados em seus procedimentos em consonância com o que os princípios constitucionais, a finalidade do direito penal e sua função como parte harmonizadora da esfera social.

Todavia, ao se abordar sobre as provas digitais, todos esses contornos tradicionais descritos por Malatesta, bem como os já apontados no tocante aos direitos humanos, são

⁴ MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 2ª ed Livraria clássica editora. 1927, p.84.

⁵ PRADO, RÉGIS. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 9º ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010, p. 148

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.31.

transportados para esse novo cenário digital, ainda que seu comportamento possa ser distinto das provas tradicionais, por isso foram rememorados.

1.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Este breve tópico tem como escopo analisar a questão terminológica sobre a prova digital, suas características e sua admissibilidade no processo penal, bem como a essencialidade de uma visão panorâmica sobre a lógica probatória.

O primeiro ponto que merece atenção ao se abordar a concepção de prova é o fato de que as provas digitais possuem características responsáveis por permitir a aplicação do termo em diversos sentidos. Na doutrina inglesa e norte-americana, é comum a adoção do termo *digital evidence*, que também apresenta uma variedade de sentidos ou corresponde ao sentido de “elemento de prova”.⁷

Cumprido destacar que essa dificuldade de conceituação decorre, em grande medida, da restrita quantidade de escritos que versam sobre a prova digital com mais rigor terminológico. A título de trazer clareza ao ponto, os autores Rennan Faria Kruger Thamay e Maurício Tamer recorrem à semântica do termo digital, com apontamento para duas acepções de compreensão.⁸

A primeira trata da prova como a demonstração de um fato que ocorreu nos meios digitais e a segunda afirma que, apesar de o fato não ter sido presenciado em meio digital, a demonstração da sua ocorrência pode ser feita por esse meio. Os exemplos são inúmeros, a saber, o envio de e-mail, mensagens pelos variados aplicativos como WhatsApp, Telegram, bem como a cópia de software.

Ademais, os autores supracitados apontam para possibilidade de se conceituar prova digital como um instrumento jurídico vocacionado a demonstrar o acontecimento ou não de um dado fato, bem como suas circunstâncias, tendo sua ocorrência total ou parcialmente envolvida nos meios digitais, ou até mesmo, ainda que sua ocorrência seja fora, pode-se demonstrar pelos meios digitais.⁹

⁷ PROVASI, Denise Vaz. **Provas digitais no processo penal: formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório**. Tese (doutorado em Direito) Universidade de São Paulo - USP. 2013.

⁸ THAMAY, Rennan; TAMER, Maurício. **Provas no direito digital [livro eletrônico]: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie** / Rennan Thamay e Maurício Tamer. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.p. 56.

⁹ *Ibidem*,p.56.

Contudo, não se deve confundir essas provas digitais com a prestação de informações em formato digital, ou seja, as encaminhadas ao juízo para uma investigação em que são apenas requisitadas a alguma entidade.

Assim sendo, a melhor definição encontrada para a prova digital seria de que são dados em forma digital, constante em um suporte eletrônico, ou transmissíveis com representação de fatos ou ideias.¹⁰

Ainda para Eoghan Casey há uma diferenciação relevante entre prova digital e eletrônica, sendo a primeira correspondente aos dados binários e a segunda aos suportes físicos responsáveis pelo armazenamento dos arquivos digitais.¹¹

Embora a prova digital seja relativamente recente, sob a ótica de inserção histórica e processual penal brasileira, os impactos sofridos pela má condução das provas e falta de zelo são debates levantados pelos antigos juristas, conforme se vê nas próximas linhas o que ocorre é uma nova roupagem que merece retorno às relíquias do direito para uma visão mais acurada. Quando comparadas às provas tradicionais, como as fontes reais de provas, comumente vistas nos documentos, ainda que os problemas sejam similares no que tange à verificação de determinado grau de certeza, as abordagens precisam de diferenciação.

A produção da prova informática demanda uma intervenção legislativa específica, com regras próprias para produzir, admitir e valorar, o que, segundo Badaró, grande parte das vezes não seria possível com as regras tradicionalmente adotadas.¹²

Conseqüentemente, merecem destaques duas diferenças sobre as provas digitais, a saber, a diferença ontológica e metodológica, sendo os elementos relevantes, no caso do *computer forensics*, conservados e transmitidos na linguagem não natural, além de inexistir uma materialidade constatável.¹³

As principais características das provas digitais são as que as fazem existir com uma categoria, para alguns englobam sua fragilidade, imaterialidade, fácil alteração, precariedade, não durabilidade e temporalidade, além da sua natureza ontologicamente volátil.¹⁴

¹⁰PROVASI, Denise Vaz, **Provas digitais no processo penal: formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório**. Tese (doutorado em Direito) Universidade de São Paulo - USP. 2013.

¹¹ CASEY, Eoghan. **Digital evidence and computer crime: forensic Science, computers and the internet**. Third Edition. Waltham: Elsevier, 2011.

¹² BADARÓ, Gustavo. **Os standards metodológicos de produção na prova digital e a importância da cadeia de custódia**. Revista IBCCRIM, 2021.

¹³ BADARÓ, Gustavo. **Os standards metodológicos de produção na prova digital e a importância da cadeia de custódia**. Revista IBCCRIM, 2021.

¹⁴ Vários autores como Giovanni Ziccardi, Luca Lupária e Benjamin Silva Rodrigues caracterizam as provas digitais com as mais diversas palavras, sendo mais concordantes quanto à fragilidade da prova. Por isso, com base no estudo da Denise Provasi, optou-se por citar superficialmente e depois delimitar com as características mais globais das provas.

Denise Vaz Provasi aponta como características mais fidedignas das provas digitais a imaterialidade e desprendimento do suporte físico originário, a volatilidade, a suscetibilidade de clonagem e a necessidade de intermediação de equipamento para ser acessada.¹⁵

Dessa forma, por obviedade, é crucial que sejam seguidos princípios informativos e jurídicos de forma conectada e alinhada a fim de garantir o manejo processual adequado, evitando, pois, uma imputação criminal indevida. Isso porque as particularidades dessas provas solicitam meios mais robustos para garantir a sua autenticidade e evitar sua contaminação, sob pena de gerar uma inutilização.

Contudo, observa-se uma posição silente do legislador que em grande parte se limita às informações sobre a cadeia de custódia, sem mencionar acerca das adaptabilidades dos meios tradicionais às novas dinâmicas digitais ou as consequências das inobservâncias das regras criadas pelo próprio legislativo, sendo a lei incompleta.¹⁶

1.2 INSERÇÃO DAS PROVAS DIGITAIS NO PROCESSO PENAL

Apesar dos diversos avanços da criminalidade nos cenários tecnológicos, a progressão do processo penal brasileiro em apresentar uma contrapartida foi pífia, de modo que se limitou às normas penais esparsas e não exaurientes frente ao cenário inevitável, além do Código de Processo Penal ser sem especificidades. Em outras palavras, o ambiente hodierno possibilitou a inserção dessas provas digitais como um desdobramento do crescimento natural dos crimes na sociedade, ou seja, surgiu de uma necessidade incontornável.

A presença do princípio da liberdade das provas também integra um fator impulsionador da desnecessidade de que todas as provas estejam expressamente descritas na legislação, desde que não sejam ilícitas ou imorais. Isso abre margem para a utilização das denominadas provas atípicas, ao menos no CPP essa abertura para o uso de provas atípicas se consagra, por aplicação analógica, com o artigo 369 do Código Civil.

Baseando-se nessa premissa de liberdade probatória, na seara de averiguação de crimes, as provas digitais passam a desempenhar papel fundamental para o desfecho de investigações com a efetiva condenação dos responsáveis, tornando-se em uma aliada.

¹⁵ PROVASI, Vaz Denise. **Provas digitais no processo penal: formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório.** Tese (doutorado em Direito) Universidade de São Paulo - USP. 2013.

¹⁶ BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia da prova digital. PUCRS. 2021. Moodle USP. disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7833426/mod_resource/content/1/U8%20-%20BADARO%20-%20A%20cadeia%20de%20custo%CC%81dia%20da%20prova%20digital%20PUCRS%20-%20co%CC%81pia.pdf

Todavia, por não haver um rito probatório preestabelecido pelo legislador, a sua admissibilidade se submete a um crivo mais rigoroso, sendo um ponto crucial o atendimento, em regra, a dois requisitos, a saber, serem epistemicamente úteis para a reconstrução histórica dos fatos e respeitarem as garantias constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana e as liberdades fundamentais das partes.¹⁷

Outrossim, conforme já mencionado no começo deste trabalho, é preciso respeitar alguns outros pressupostos, entre eles a autenticidade e integridade, além da famosa cadeia de custódia, com objetivo de minar a desconfiança processual¹⁸, bem como permitir a admissibilidade a valoração correta dessas provas digitais. Afinal, mais que punir os culpados, é primordial não punir os inocentes, por isso a convocação para não se negligenciar os princípios constitucionais estabelecidos.

No mais, não há dúvida de que, à medida que as tecnologias trouxeram desafios para o direito processual penal, ofereceu ferramentas de justiça criminal vantajosas em vários níveis, nas palavras de Cesari:

Além do processo penal ser um espelho da sociedade em que se vive, de modo que se hoje este se baseia num arsenal tecnológico em contínua expansão e evolução, é impossível ignorá-lo, há que admitir que as ferramentas tecnológicas mais sofisticadas oferecem uma ampla gama de benefícios potenciais ao sistema. (Cesari, 2019, tradução minha)¹⁹

Abordar as dificuldades do cenário atual importa, porém, há um panorama benéfico no que toca à possibilidade de proteção das vítimas e punição dos culpados, se feitas as devidas considerações técnicas e procedimentais.

¹⁷ BADARÓ, Gustavo. **A cadeia de custódia da prova digital**. PUCRS. 2021. Moodle USP. disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7833426/mod_resource/content/1/U8%20-%20BADARO%20-%20A%20cadeia%20de%20custo%CC%81dia%20da%20prova%20digital%20PUCRS%20-%20co%CC%81pia.pdf

¹⁸ O professor Geraldo Prado aborda o denominado Princípio Processual da Desconfiança que permeia os sentidos e se agrega na desconfiança processual. PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal** 2ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2021. p. 51

¹⁹ CESARI, Cláudia. Editoriale: **L'impatto delle nuove tecnologie sulla giustizia penale – un orizzonte denso di incognite**. RBDPP, volume 5 numero 3/2019

2. PANORAMA CONSTITUCIONAL DA CADEIA DE CUSTÓDIA

A constatação do fundamento constitucional da cadeia de custódia das provas digitais é inevitável e possui seu alicerce que perpassa desde os princípios mais básicos do processo penal até as concepções mais sofisticadas de direitos humanos por sua íntima ligação com o sistema probatório.

Primeiro, analisam-se os princípios que nada mais são do que a base ou fundamento em que se discorre a matéria e servem não só como norteadores, mas também como limitadores de arbítrios. Nas palavras de Maria Helena Diniz, é norma explícita ou implícita que determina as diretrizes fundamentais dos preceitos da Carta Magna e influencia a sua interpretação.²⁰

Diante da relevância dos princípios constitucionais, há uma racionalização e legitimação promovida pela Constituição Federal de 1988 para que o direito processual penal insira esses princípios em seu campo de atuação, como integrante obediente às normas.

Em outras palavras, admitem-se as provas e os movimentos criminalizadores, desde que compatíveis com o texto da Carta Magna vigente, bem como com seus princípios. Conforme já citado, o direito processual penal, por seu caráter de instrumentalidade, possui o papel, grosso modo, de tornar em realidade o direito penal.²¹ Isso porque o processo é uma adoção inevitável e essencial. Aliás, sem processo, sem pena.

Como questionou e respondeu Palma:

A pergunta é até onde é legítimo que o Processo Penal desempenhe uma função político-criminal relativamente semelhante à da pena, sem condenação antecipada do arguido e sem que as intervenções do Estado (...) a resposta: até ao ponto em que o Processo Penal funcione como controlo das reacções privadas expressivas das pretensões individuais e sociais e realize a elevação da discussão sobre o crime concreto para um plano do diálogo entre o arguido e a sociedade.²²

Em busca dessa relação dialógica para efetivação do direito penal, por intermédio do direito processual penal, também é preciso que o processo penal passe pelo crivo constitucional. Nas palavras de Cintra, Grinover e Dinamarco:

²⁰ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 1.ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2010. p. 467.

²¹ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**, 4 vol. 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 246

²² PALMA, Maria Fernanda. **O Problema Penal do Processo Penal. in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**, Coord. Maria Fernanda Palma. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 42.

A própria Constituição incumbe-se de configurar o direito processual não mais como mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas, cientificamente, como instrumento público de realização da justiça.²³

É imprescindível, como já delineado, uma visão mais sofisticada do direito processual penal que ultrapasse a ideia de mero instrumento de aplicação da pena. Dentro dessa percepção, para qualificar o processo penal como democrático, não se deve reduzir sua função à repressão, mas sim pressupondo um conjunto mínimo de princípios e regras que protegem o indivíduo e limitam o poder estatal.²⁴

Ademais, a depender da abordagem, a definição do rol dos princípios é extensa, por isso, decidiu-se trazer à tona uma breve exploração dos princípios que são essenciais ao estudar as provas.

2.1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

O princípio da presunção da inocência (ou não culpabilidade) possui sua previsão no artigo 5º, LVII, da CF/88. Segundo este princípio, é estabelecido que ninguém é culpado até a sentença condenatória ter transitado em julgado. A relação desse princípio com o direito probatório fica clarividente quando se vê que, para alguns autores, seria a versão técnica do *in dubio pro reo*, embora este último remonte desde os romanos.²⁵

A evidência da importância da presunção da inocência se desdobra na maneira como se vê a carga probatória e o tratamento oferecido ao imputado, sendo um princípio reitor do processo penal.²⁶

Dentro dessa lógica, o resultado da obediência a esse princípio é que se promova a garantia constitucional de proteção e se impeça condenações injustas, além de tornar a inocência como um estado natural a ser rebatido por quem acusa, ou seja, o ônus da prova é do acusador.

Na seara da regra probatória, espera-se que o juiz adote imparcialmente a presunção de inocência como um dever, configurando-se equidistante e disposto a decidir

²³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.80

²⁴ CRUZ, Rogério Schiatti Machado. **Rumo a um processo penal democrático**. Revista Emerj. 2019

²⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de direito penal e processual penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.102

²⁶ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 220

coerentemente, apesar da impossibilidade da neutralidade, por ser um humano dotado de uma cosmovisão.

Alberto Binder aponta que todas essas considerações servem para evitar que, por uma imposição constitucional, o acusado sofra com um pré-julgamento e seja tratado como culpado antes da sentença penal condenatória.²⁷

Assim, além de ser um pressuposto fundamental para o processo penal, comporta-se como um dos garantidores do princípio do devido processo legal.

2.2 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal, presente no artigo 5º, inciso LIV, da CF/88, versa sobre a obediência às normas processuais e suas garantias.

Para Nucci, esse princípio garante ao réu uma gama de possibilidades legais de demonstrar sua inocência ao juiz, ao mesmo tempo, em que garante ao promotor de justiça a possibilidade de demonstrar, por meios legais, a culpa do réu.²⁸

Cumprir destacar que o princípio do devido processo legal é uma garantia que possui como integrante outros princípios processuais penais constitucionais, como os vistos anteriormente, de modo que, por meio da cadeia de custódia, ao se assegurar a idoneidade das provas e sua preservação, também se garante o devido processo legal.

Logo, considerando que, como asseverou Geraldo Prado, o processo penal é regido pela presunção de inocência e com a indispensabilidade dos controles epistêmicos, cabe ao magistrado exercer um controle suficiente para assegurar a paridade de armas.²⁹

2.3 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Os princípios da ampla defesa e do contraditório, que, presentes no artigo 5º, LV, da CF, sem dúvida são um dos mais importantes do sistema acusatório e passaram a ter a sua implantação marcada nas constituições brasileiras a partir de 1824.

²⁷ BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 85

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p 96. 2010

²⁹ PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistemas de controles epistêmicos**. 1ª.ed. São Paulo. Marcial Pons, 2014. ,p. 80.

Por serem princípios explícitos, é possibilitado às partes a prática de atos de influência no convencimento do juiz, bem como consagrar o binômio ciência e participação. Leia-se tal princípio:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.³⁰

Ressalte-se que os princípios do contraditório e da ampla defesa estão em uma relação funcional estreita. Por isso, a sua abordagem é conjunta, porém, importa trazer algumas ponderações.

Inicialmente, como apontou Aury Lopes, o contraditório deve ser encarado como um método voltado à confrontação da prova e comprovação da verdade, sendo imprescindível para a estrutura dialética do processo e fundando-se no conflito entre as partes contrapostas.³¹

Considerando que a função do direito em manter o equilíbrio é imperiosa na investigação, a fim de cumprir o papel designado pela lei, e, ao mesmo tempo, é crucial a preservação da privacidade dos investigados, deve-se ter cautela na coleta de provas. Isso porque, a aquisição probatória não deve causar dano à rede de garantias constitucionais.

Tudo isso recebe mais rigor graças às provas digitais e ao tratamento sobre as essenciais diligências executadas nos aparelhos telefônicos, redes e interceptações.

Nesse contexto, o impasse levantado é a admissibilidade dessas provas frente aos princípios referidos e, sobretudo, ao princípio do devido processo legal. Nesse cenário, há grandes questões a serem levantadas, entre elas, quanto à prova digital:

- i) seria possível garantir o lastro de certeza imprescindível para sua admissão?
- ii) Até que ponto podemos valorar as provas digitais que sofreram de alguma forma a violação da cadeia de custódia?

Para esclarecer essas dúvidas e sustentar uma posição favorável aos direitos instituídos, este trabalho, nos próximos capítulos, abordará a inserção da cadeia de custódia das provas digitais e o entendimento sobre a valoração probatória sob a ótica vigente.

³⁰ Art. 5º. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm

³¹ JR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 19 ed. São Paulo, 2022, p. 120

3. A QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA DIGITAL

A cadeia de custódia passou a ter sua regulamentação com o advento do Pacote Anticrime (Lei 13.964/19), mais precisamente do artigo 158 - A ao artigo 158 - F do Código de Processo Penal.

A partir desta Lei ficou estabelecida sua definição como um conjunto de todos os procedimentos utilizados para manutenção e documentação da história cronológica do vestígio coletado em locais ou vítimas de crimes, sendo rastreada sua posse e manuseio do reconhecimento ao descarte e até depois, conforme artigo 158-A do CPP.

Em outras palavras, é uma sistematização do procedimento voltado à preservação do valor da prova que visa diminuir a probabilidade de violação ou contaminação das provas coletadas. Como se vê especificamente na redação legal, a demarcação da cadeia de custódia seria desde o momento da fase processual até o momento em que o vestígio não seja mais interessante ao feito, assim sendo, cabe a todos, como obrigação interinstitucional, a responsabilidade sobre o vestígio.³²

No Brasil, diferente de alguns países como Chile, Colômbia e Equador em que se há maior consolidação da cadeia de custódia com regulação nas leis e manuais de boas práticas, não faz parte da cultura um direcionamento específico de atuação, mesmo que não seja totalmente desconhecida.³³

Embora a cadeia de custódia tenha sido introduzida como obrigatória para todos os estados graças à Lei nº. 13.964/2019, no tocante à prova pericial, já mostrava sua presença, conforme disposto no artigo 6º do CPP:

Art. 6º - Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: I – dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; (Redação dada pela Lei 8.862/1994.) II – apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; (Redação dada pela Lei 8.862/1994.) III – colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; IV – ouvir o ofendido; V- ouvir o indicado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura; VI – proceder o reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; VII – determinar, se for o caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; VIII – ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópicos, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes; IX – averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica

³² COMPLOIER, Mylene; MAGNO, Levy Emanuel. **Cadeia de custódia da prova penal. Cadernos jurídicos da Escola Paulista de Magistratura.** São Paulo, p. 195, 2021.

³³ Cf. MARINHO, Girlei Veloso, **Cadeia de custódia da prova pericial**, Fundação Getúlio Vargas, Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Rio de Janeiro, 2011 – Dissertação de Mestrado

e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuïrem para a apreciação de seu temperamento e caráter; X – colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. (Acrescentado pela Lei 13.257/2016)

Ressalte-se que os crimes cibernéticos já são dotados de um procedimento um processo de identificação cuidadoso com a idoneidade da prova digital obtida. No entanto, no cenário atual de tecnologias efervescentes é lugar-comum que a pertinência de uma rigorosa cadeia de custódia das provas digitais seja inevitável e moldada para essas provas, devido às características peculiares apresentadas. Soma-se a isso, o que já fora abordado, a escassa posição do nosso arcabouço jurídico sobre a temática.

Assim sendo, surgem debates para resolver uma problemática relevante na persecução penal: a preservação das provas e a fiabilidade. No processo penal é notório que o campo probatório se reveste de um rigoroso sistema de controles epistêmicos como fundamento ético. Diferente do processo civil, no campo penal as garantias do imputado estão em jogo.³⁴

Atualmente, sinaliza Geraldo Prado que a adoção desse controle epistêmico é indispensável justamente por surgir um cenário em que há uma vulgarização, no âmbito da investigação, aos métodos ocultos de pesquisa, como, as interceptações e afastamento de sigilos.³⁵

Sucintamente, o primeiro dispositivo do sistema de controle epistêmico é a etapa preliminar de admissibilidade da denúncia contra acusações infundadas, basicamente passa pela etapa da investigação criminal, admissibilidade da acusação e instrução probatória.

A primeira - admissibilidade da acusação - possui sua obrigatoriedade com o artigo 364, § 4º do Código de Processo Penal (CPP). Outro aspecto é o que o autor intitula por *A discovery e o sistema de controle epistêmicos*, sendo importante por sua introdução como elemento no sistema acusatório brasileiro, sendo fruto da confluência idealizada entre o equilíbrio entre as partes, como fim último a produção de uma decisão justa, bem como a busca por assegurar a concretização do referido equilíbrio.³⁶

Especialmente, adotar a Discovery é favorecer à parte contrária sua defesa, de modo que permita o acesso às fontes de provas e, com isso, pode-se avaliar a legalidade do acesso somado ao filtro processual.

³⁴ Taruffo, Michele. **Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial**, obra citada, p 48

³⁵ Prado, Geraldo. **Prova Penal e sistemas de controles epistêmicos**, 1ªed. São Paulo. Marcial Pons, 2014 p. 43

³⁶ *Ibidem*, p.72

No âmbito de possibilidades de crescentes intervenções, implementadas pelos já referidos métodos de investigações ocultas autorizados judicialmente, a saber, a interceptações e infiltrações de atuação, em uma zona particular do indivíduo quando se estende aos aparelhos celulares de uso cada vez mais íntimo, cabe uma linha tênue entre privacidade e a legalidade penal.

Na doutrina alemã, Schunemann elencou bem um fenômeno conhecidíssimo na seara penal por “efeito Hidra” ou “pescaria predatória”, prática proibida pelo ordenamento jurídico brasileiro, em que há uma procura especulativa sem uma causa provável. Isso pode facilmente ocorrer quando os limites penais são ultrapassados e o desejo eminente de incriminar ganha contornos exacerbados, a exemplo, a apreensão de um aparelho telefônico pode abrir margens para investigações excessivas e que até busquem incriminar por provas antes desconhecidas ou desligadas da premissa inicial de averiguação delitiva.

Alexandre Morais da Rosa trata o *fishing expedition* como uma procura especulativa, no ambiente físico ou digital, sem uma causa provável ou alvo definido, como uma espécie de desvio de finalidade que enseja elementos capazes de atribuir uma responsabilidade penal a alguém.³⁷

Nessa perspectiva, as práticas de vasculhamento de celulares, busca e apreensão sem alvo determinado, a indefinição temporal do monitoramento das interceptações e as famosas quebras de sigilos devem ser revestidas de limites e prazos para sua utilização, sob pena de ir contra o ordenamento com a prática da pesca predatória.

Contextualizado o cenário, pode-se inferir a necessidade da cadeia de custódia com urgência nos casos das provas digitais.

Conforme dispõe o artigo 158-A, em seu § 1º, o marco inicial da cadeia de custódia respeita três formas, a saber, a preservação do local do crime, de modo a evitar que haja a contaminação/adulteração da cena do crime; os procedimentos policiais a serem adotados, sendo possível o primeiro vestígio obtido por meio das diligências policiais, militares ou não; e periciais com os vestígios das atividades ilícitas detectados pelo trabalho técnico.

Outro ponto que merece menção é a questão da fiabilidade probatória e a cadeia de custódia. Isso porque a aquisição de fontes de provas precisa ser embutida de idoneidade a fim de evitar a quebra da cadeia de custódia, que será explorada adiante.

Prado enfrenta a cadeia de custódia como um objeto parte do sistema de controles epistêmicos conformado às regras e princípios de um processo equitativo e segundo o devido

³⁷ ROSA, Alexandre Morais da. **Limites penal da prática fishing expedition**. Revista Conjur, 2021.

processo legal. Por esse prisma é que seriam desenvolvidas noções subjacentes basilares da “integridade da prova” e, em consequência, alguns enfoques devem ser analisados, como, a fiabilidade probatória e valoração das provas.³⁸

Essa fiabilidade seria a etapa do “controle de entrada”, isto é, o esquema de ingresso do elemento no procedimento que, em momento posterior, será escrutinado. Enquanto a avaliação da prova seria a corroboração de uma hipótese apresentada que se desdobrará em um juízo de valor relativamente ao grau de convencimento alcançado.³⁹

Em geral, no Brasil a cadeia de custódia verificará a autenticidade da prova a fim de garantir que os indícios coletados no início da investigação seja o mesmo que será apreciado em juízo, ou seja, que se manteve incólume até o julgamento. Exposta tal conceituação, ao abordar as dinâmicas das provas digitais, com seu aspecto de volatilidade e fragilidade, há uma maior preocupação acerca da possibilidade de falsificação ou destruição dessas provas.

Certamente, essa preocupação ocorre porque as provas são detentoras de uma congênita mutabilidade. Assim, se for considerado esse fato, a probabilidade de falsificação de provas ou destruição sequer necessita da presunção de má-fé ou prática criminosa, mas apenas a inabilidade técnica do perito ou o mau armazenamento é condição suficiente para comprometer o acervo probatório e, em consequência, causar danos para a investigação.

Segundo o artigo 158-C da lei, é preciso que se diferencie o que seria uma fraude processual do simples erro acidental por ausência de conhecimento. Cumpre destacar que a leitura do artigo supracitado deve ser em concordância com as características do tipo penal da fraude, ou seja, não seria somente a retirada de vestígios ou entrada em zona isolada, porém a atitude de dolo junto a conduta, sem admissão de culpa e com relação ao que destaca o artigo 347 do Código Penal, que preceitua:

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: Pena – detenção, de três meses a dois anos, e multa. Parágrafo único – Se a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado, as penas aplicam-se em dobro.

A questão que se impõe agora é como construir formas adequadas de utilização dessas provas. Nesse ponto, há autores já conhecidos, nos estudos da denominada *computer forensics*, sendo os mesmos utilizados para definição das características das provas digitais,

³⁸ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. 2a ed São Paulo, Marcial Pons, 2021.p. 45

³⁹ *Ibidem*.,p.46

mais adiante, que sugerem instrumentos técnicos adequados para a investigação de dados digitais que se auxiliam em conseguir uma prova utilizável judicialmente.

Badaró faz um recorte desses autores e sugere uma possibilidade ao elencar as possíveis etapas, a exemplo, da individualização do suporte informático que detém o dado útil; a obtenção do dado digital por meio da técnica de interceptação, no caso do fluxo de comunicação; a conservação de dados digitais em local seguro; e a realização da análise dos dados obtidos — com exame exclusivo da cópia do suporte informático — relevantes para a investigação; e por fim, elenca a apresentação dos resultados em juízo, mediante prova pericial, e até mesmo com o suporte dos peritos para eventuais esclarecimentos verbais em audiência.⁴⁰

No tocante às melhores práticas de análise merecem destaques o International Organization for Standardization (ISO) e a International Electrotechnical Commission (IEC), ambos fornecem indicações quanto à adequação dos métodos investigativos e de garantia de idoneidade no campo internacional.

Sublinha-se que se vê algumas propostas interessantes, como as supracitadas, e que merecem ser levantadas para um suposto grau comparativo. Isso porque, tendo em vista que quase não há respaldo para se comparar o antes da redação do Pacote Anticrime e agora, por ausência de correspondentes legais, dada à inovação da Lei, é essencial uma série de ajustes procedimentais.

No mais, sobre o suporte técnico, bem como a já citada possibilidade de inabilidade pericial, o que se torna mais delicado com as provas digitais, o artigo 158 - E ainda acrescenta uma nova obrigação para os órgãos periciais, a saber, a criação de um central de custódia para as provas periciadas. Isso demandará certamente o custeio orçamentário para realização de concursos, procedimentos licitatórios, bem como até um treinamento adequado, principalmente no tocante ao manejo das provas digitais.

Outra reflexão importante é que a problemática probatória não se limita ao preparo técnico dos peritos, porém no fato de que se deve promover uma confiança bastante sólida na eficiência e honestidade estatal. Ora, é claro que quanto aos manejos das provas digitais, fatalmente a análise pode ensejar desconfiças quando se assume que os riscos de manipulação dessas provas passam a ser aumentados.

⁴⁰ BADARÓ, Gustavo. **A cadeia de custódia da prova digital**. PUCRS. 2021. Moodle USP. disponível em: https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/7833426/mod_resource/content/1/U8%20-%20BADARO%20-%20A%20cadeia%20de%20custo%CC%81dia%20da%20prova%20digital%20PUCRS%20-%20co%CC%81pia.pdf

É verdade que, especificamente nas provas periciais, é possível a abertura do momento para questionamentos, após a emissão do laudo, proporcionado o contraditório diferido em juízo. Todavia, é insustentável a ideia dos riscos de punir inocentes por um relapso procedimental ou por uma quebra de confiança, principalmente, em um cenário de equipamentos sob custódia estatal.

Conforme apontam Nestor Távora e Rosmar Alencar, as regras do processo penal são destinadas à proteção do direito à liberdade, constituindo-se como direito de primeira geração, que visa coibir abusos estatais.⁴¹ Sob esses fundamentos, espera-se um zelo próprio do ideal do processo penal adequado às provas digitais coletadas e com o raciocínio correto.

Igual preocupação pode ser notada no julgamento do Ag. Rg. no RHC 143.169/RJ, pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no qual o Ministro Ribeiro Dantas expõe:

Da forma como redigidos os laudos, polícia e Ministério Público nos pedem, na prática, que apenas confiemos na eficiência e honestidade do perito e da atuação estatal como um todo – mesmo diante desses evidentes e graves lapsos de profissionalismo para acreditar que nenhum dado foi perdido ou alterado enquanto os computadores estiveram sob a custódia do Estado. Algo como: se o Estado diz que a prova é confiável, e ainda que tenha perdido todas as oportunidades de comprovar essa confiabilidade, então ela o é. Essa lógica ignora que, no processo penal, atividade do Estado é objeto do controle de legalidade, e não o parâmetro do controle

Assim, havendo provas digitais, pelas suas características particulares e necessidade de que produzam informação jurídica útil, seria preciso assumir que há riscos maiores em sua atividade de preservação de integridade e até mesmo de perseguição a grupos ou pessoas, se não for baseado em uma desconfiança mínima quanto aos procedimentos adotados no processo de análise.

Convém destacar que, além dessas cautelas, há uma abertura para nova era de concepção dos direitos próprios do fundamento da cadeia de custódia. Um exemplo é, além das já citadas questões do efeito Hidra, o direito à privacidade, em que há um maior óbice para a interceptação telefônica do que para acessar os dados contidos no aparelho celular de um investigado.

Em plenário recente, incluído na pauta de março deste ano, o Supremo Tribunal Federal-STF, retornou a análise sobre a violação do sigilo de celular do suspeito, em que se debateu a licitude ou não das provas, de um caso com julgamento iniciado em 2020. O caso versou sobre o suspeito, após o roubo, ter deixado seu celular no local e, com isso, a Polícia

⁴¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014

conseguiu investigar pelos contatos do suspeito até efetuar a prisão, a seguir a decisão do Agravo em Recurso Extraordinário 1042075 RG que versou sobre o caso:

ARE 1042075 Órgão julgador: Tribunal Pleno Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI
Julgamento: 23/11/2017 Publicação: 12/12/2017 Ementa EMENTA
CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PERÍCIA REALIZADA PELA
AUTORIDADE POLICIAL EM APARELHO CELULAR ENCONTRADO
FORTUITAMENTE NO LOCAL DO CRIME. ACESSO À AGENDA
TELEFÔNICA E AO REGISTRO DE CHAMADAS SEM AUTORIZAÇÃO
JUDICIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO EM QUE SE RECONHECEU A
ILICITUDE DA PROVA (CF, ART. 5º, INCISO LVII) POR VIOLAÇÃO DO
SIGILO DAS COMUNICAÇÕES (CF, ART. 5º, INCISOS XII). QUESTÃO
EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE
REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA DO
INTERESSE PÚBLICO. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL. Tema
977-Aferição da licitude da prova produzida durante o inquérito policial relativa ao
acesso, sem autorização judicial, a registros e informações contidos em aparelho de
telefone celular, relacionados à conduta delitiva e hábeis a identificar o agente do
crime. Ementa EMENTA CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL.
PERÍCIA REALIZADA PELA AUTORIDADE POLICIAL EM APARELHO
CELULAR ENCONTRADO FORTUITAMENTE NO LOCAL DO CRIME.
ACESSO À AGENDA TELEFÔNICA E AO REGISTRO DE CHAMADAS SEM
AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO EM QUE SE
RECONHECEU A ILICITUDE DA PROVA (CF, ART. 5º, INCISO LVII) POR
VIOLAÇÃO DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES (CF, ART. 5º, INCISOS XII).
QUESTÃO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE
REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA DO
INTERESSE PÚBLICO. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL. Tema
977-Aferição da licitude da prova produzida durante o inquérito policial relativa ao
acesso, sem autorização judicial, a registros e informações contidos em aparelho de
telefone celular, relacionados à conduta delitiva e hábeis a identificar o agente do
crime.⁴²

Em síntese, o debate central é acerca dos limites da proteção conferida pelo art. 5º, inciso XII, da CF/88, com a aferição da ilicitude da prova gerada no inquérito policial por

⁴² Ag. Rg. no RHC n.º 143.169/RJ. **Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Rel.: Min. Jesuíno Rissato. Rel. para acórdão:** Min. Ribeiro Dantas. Julgamento em: 7 de fevereiro de 2023.

supostamente ter ocorrido quebra de sigilo das informações do aparelho celular sem a autorização judicial.

Apesar dos entendimentos do STF não serem o enfoque deste trabalho, o caso merece atenção por se desdobrar em algumas nuances sobre a posição das cortes. Inicialmente, a condenação neste caso foi reformada em primeiro grau pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, com absolvição por ter ocorrido uma quebra da proteção constitucional em relação à inviolabilidade do sigilo de dados e comunicações.

Esse recurso merece atenção porque, como acertadamente apontou o professor Marcelo Crespo, a decisão possui potencial de gerar um precedente sobre como se equilibra o direito à privacidade e à justiça, além de influenciar a forma como as provas digitais são coletadas.⁴³

Para o min. Toffoli, o acesso pelos policiais seria possível porque era necessária a elucidação do crime. Contudo, os ministros Gilmar Mendes e Edson Fachin se pronunciaram contrários ao acesso. Isso porque, embora a doutrina adote a interpretação restrita da norma constitucional de inviolabilidade, que não se aplicaria ao caso dos dados do aparelho celular, a evolução tecnológica alterou os celulares para locais de amplo registro de informações.⁴⁴

Esse posicionamento apontou para uma limitação estatal sob o risco de enfraquecimento da proteção constitucional à luz dos direitos fundamentais à privacidade, à intimidade e ao sigilo de informações presentes no artigo 5º, X e XX, da CF/88.

Com essa visão ampliada dos direitos, apontadas pelos ministros, surgem noções novas resultantes da vida atual. Em que as provas digitais e a cadeia de custódia requisitam que se revise conceitos para a melhor compreensão do corpo de delito e responsabilidade criminal nesse cenário, bem como algumas percepções de direitos.

O primeiro conceito a ser retomado é o de corpo de delito que, no direito brasileiro, mesmo após as pequenas reformas do código processual penal, manteve-se utilizado nos casos em que sempre se deixa vestígios. Além disso, é possível contar com um sistema oficial de perícias em que é possível que as partes e interessados constituam os assistentes técnicos.

Neste modelo, para Geraldo Prado se torna inevitável que a perícia oficial cumprirá a função de garantia fundamental no contexto das provas digitais, porém é imprescindível que a cadeia de custódia seja adotada porque a etapa prévia depende da segurança dos vestígios,

⁴³ CONSULTOR. **Supremo vai retornar análise sobre violação de sigilo de celular**. Comentário extraído do boletim Conjur.2024

⁴⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário 1042075 RG / RJ**. 2023

como exemplo aborda o homicídio em que se é essencial que se verifique a causa da morte, mas antes mais relevante é saber se o cadáver é do investigado.⁴⁵

Certamente, neste caso específico se o homicídio foi de x pessoa, porém o cadáver é de y, não se fala em admissibilidade do laudo e muito menos em sua valoração. Com a violação da cadeia de custódia do elemento probatório não se assegura a integridade e autenticidade, sendo a prova inadmissível por ser insuscetível de peso ou força probatória.⁴⁶

Para Prado, ainda se pode utilizar o exemplo acima para a hipótese de violação da cadeia de custódia para quaisquer outros vestígios, a saber, drogas, armas e incluídos os elementos digitais, mesmo com corroboração de outras provas, por se tratar de atividades probatórias funcionalmente distintas.⁴⁷

Voltando à questão dos direitos, no campo internacional, a título de breve citação, o Tribunal Constitucional Federal alemão já expressa que o direito geral da personalidade versa sobre o direito fundamental à garantia da confidencialidade e integridade dos sistemas de tecnologia da informação.⁴⁸ Funções estas que também se destacam com o uso assertivo da cadeia de custódia da prova digital.

Esse trecho é importante apenas para ampliar a percepção de que tanto na suprema corte brasileira, como nos posicionamentos internacionais, há um apontamento doutrinário e legislativo com a preservação das provas e dos direitos, sem, contudo, o intuito aqui ser de direito comparado.

De todo modo, em que pese o constante aparecimento de novas tecnologias que desanime a classificação, nas palavras de Prado:

O surgimento quase cotidiano de novas tecnologias do gênero desanima a elaboração de uma taxonomia das «provas digitais», como, por exemplo, aparece sob a denominação de «ativos de Tecnologia de Informação e Comunicação (TIC)» nos artigos 3^a e 4^o da Portaria no 242 de 10 de novembro de 2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que cria o Comitê de Segurança Cibernética do Poder Judiciário brasileiro.⁴⁹

⁴⁵ PRADO, Geraldo. **Breves notas sobre o fundamento constitucional da cadeia de custódia da prova digital**. In: Núcleo de Estudos Luso-Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (NELB), 2021, Lisboa. Palestra. Lisboa: 2021. p. 1-35.

⁴⁶ *Ibidem.*, p.1-35

⁴⁷ PRADO, Geraldo. **Breves notas sobre o fundamento constitucional da cadeia de custódia da prova digital**. In: Núcleo de Estudos Luso-Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (NELB), 2021, Lisboa. Palestra. Lisboa: 2021. p. 1-35.

⁴⁸ (...) ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha). BVerfGE 120, 274. 1 BvR 370/07; 1 BvR 595/07. Decisão. Data: 27 de fevereiro de 2008

⁴⁹ PRADO, Geraldo. **Breves notas sobre o fundamento constitucional da cadeia de custódia da prova digital**. In: Núcleo de Estudos Luso-Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (NELB), 2021, Lisboa. Palestra. Lisboa: 2021. p. 33

Observa-se a urgência de uma mínima sistematização. No caso clássico das retiradas dos computadores, a mera apreensão não garante a integridade informacional ou autenticidade da fonte, porque se sujeitam a algoritmos criptográficos para preservar dados.

Um caso prático do STJ foi o julgado AgRg no RHC nº 143.169/RJ, abaixo:

Ementa PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO OPEN DOORS. FURTO, ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E LAVAGEM DE DINHEIRO. ACESSO A DOCUMENTOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA. FALHA NA INSTRUÇÃO DO HABEAS CORPUS. CADEIA DE CUSTÓDIA. INOBSERVÂNCIA DOS PROCEDIMENTOS TÉCNICOS NECESSÁRIOS A GARANTIR A INTEGRIDADE DAS FONTES DE PROVA ARRECADADAS PELA POLÍCIA. FALTA DE DOCUMENTAÇÃO DOS ATOS REALIZADOS NO TRATAMENTO DA PROVA. CONFIABILIDADE COMPROMETIDA. PROVAS INADMISSÍVEIS, EM CONSEQUÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO PARA PROVER TAMBÉM EM PARTE O RECURSO ORDINÁRIO. 1. O habeas corpus não foi adequadamente instruído para comprovar as alegações defensivas referentes ao acesso a documentos da colaboração premiada, o que impede o provimento do recurso no ponto. 2. A principal finalidade da cadeia de custódia é garantir que os vestígios deixados no mundo material por uma infração penal correspondem exatamente àqueles arrecadados pela polícia, examinados e apresentados em juízo. 3. Embora o específico regramento dos arts. 158-A a 158-F do CPP (introduzidos pela Lei 13.964/2019) não retroaja, a necessidade de preservar a cadeia de custódia não surgiu com eles. Afinal, a ideia de cadeia de custódia é logicamente indissociável do próprio conceito de corpo de delito, constante no CPP desde a redação original de seu art. 158. Por isso, mesmo para fatos anteriores a 2019, é necessário avaliar a preservação da cadeia de custódia. 4. A autoridade policial responsável pela apreensão de um computador (ou outro dispositivo de armazenamento de informações digitais) deve copiar integralmente (bit a bit) o conteúdo do dispositivo, gerando uma imagem dos dados: um arquivo que espelha e representa fielmente o conteúdo original. 5. Aplicando-se uma técnica de algoritmo hash, é possível obter uma assinatura única para cada arquivo, que teria um valor diferente caso um único bit de informação fosse alterado em alguma etapa da investigação, quando a fonte de prova já estivesse sob a custódia da polícia. Comparando as hashes calculadas nos momentos da coleta e da perícia (ou de sua repetição em juízo), é possível detectar se o conteúdo extraído do dispositivo foi modificado. 6. É ônus do Estado comprovar a integridade e confiabilidade das fontes de prova por ele apresentadas. É incabível, aqui, simplesmente presumir a veracidade das alegações estatais, quando descumpridos os procedimentos referentes à cadeia de custódia. No processo penal, a atividade do Estado é o objeto do controle de legalidade, e não o parâmetro do controle; isto é, cabe ao Judiciário controlar a atuação do Estado Acusação a partir do direito, e não a partir de uma autoproclamada confiança que o Estado-acusação deposita em si mesmo. 7. No caso dos autos, a polícia não documentou nenhum dos atos por ela praticados na arrecadação, armazenamento e análise dos computadores apreendidos durante o inquérito, nem se preocupou em apresentar garantias de que seu conteúdo permaneceu íntegro enquanto esteve sob a custódia policial. Como consequência, não há como assegurar que os dados informáticos periciados são íntegros e idênticos aos que existiam nos computadores do réu. 8. Pela quebra da cadeia de custódia, são inadmissíveis as provas extraídas dos computadores do acusado, bem como as provas delas derivadas, em aplicação analógica do art. 157, § 1º, do CPP. 34 9. Agravo regimental parcialmente provido, para prover também em parte o recurso ordinário em habeas corpus e declarar a inadmissibilidade das provas em questão. (AgRg no RHC n. 143.169/RJ, relator Ministro Messod Azulay Neto, relator para acórdão Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 2/3/2023.)

A quinta turma julgou o AgRg no RHC nº. 143.169/RJ sobre a operação policial denominada “*operação open doors*”, responsável por investigar furtos, organização criminosa e lavagem de dinheiro. Nesse caso, a defesa alegou inconsistência na instrução do habeas corpus por falha no acesso aos documentos da colaboração premiada, momento em que se debateu a quebra da cadeia de custódia, sendo as provas dos computadores da parte ré tidas como inadmissíveis, bem como as derivadas destas.

Conforme já elucidado, não se pode dissociar a ideia de cadeia de custódia de corpo de delito, entendimento semelhante no voto vencedor, proferido pelo relator do acórdão, em que afirma:

“Afinal, a ideia de cadeia de custódia é logicamente indissociável do próprio conceito de corpo de delito, constante no CPP desde a redação original de seu art. 158. Por isso, mesmo para fatos anteriores a 2019, é necessário avaliar a preservação da cadeia de custódia”⁵⁰

Expostas tais considerações, o julgamento concluiu pela inadmissibilidade das provas, aplicando-se de forma analógica o artigo 157, §1, do CPP, em decorrência da quebra da cadeia de custódia.

Como o ônus estatal consiste em comprovar a confiabilidade de todas as provas apresentadas ao processo, ainda, mas agora sobre a análise do RHC 143.169, outra questão foi levantada pelo STJ. No caso em questão, o banco vítima do crime fez uma verificação anterior à policial, sem especificação de como efetuou e de igual modo procedeu às autoridades policiais, quando não explicou a lógica da conduta de investigação.

Em seu voto, o min. Ribeiro Dantas, apesar de não apontar o que deveria ser feito, citou uma técnica, cada vez mais conhecida e consideravelmente efetiva, denominada por algoritmo *Hash*.

Um ponto que sustenta a necessidade da adoção de roteiros e métodos de investigação na cadeia de custódia é que no arsenal investigativo existem tecnologias que podem ter o acesso remotamente.⁵¹

O código Hash nada mais é que uma técnica em que se pode obter uma assinatura única para cada arquivo — similar a uma impressão digital ou DNA. De modo que esse código hash, perante qualquer modificação de um único bit de informação, demonstraria um

⁵⁰ Esse trecho consta no voto do relator vencedor, p.1. disponível em:https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100573956&dt_publicacao=02/03/2023

⁵¹PRADO, Geraldo. **Breves notas sobre o fundamento constitucional da cadeia de custódia da prova digital**. In: Núcleo de Estudos Luso-Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (NELB), 2021, Lisboa. Palestra. Lisboa: 2021. p. 1-35.

valor diferente e, em consequência, geraria um efeito avalanche e detectaria qualquer tentativa de alteração ou fraude.⁵²

Além disso, é possível utilizar as funções de hashing para codificar dados, transformando a entrada em um código ou valor de hash, o que também acelera a recuperação de registros, validação de dados e criptografia.⁵³

Assim, para essas coletas digitais seria feito o cálculo do hash da mídia, para fins comparativos com o hash calculado na coleta, após manuseio, e cópias forenses.⁵⁴

Isso merece destaque porque uma das formas apontadas para o requisito de validade jurídica também envolve cópias de segurança forense.

Para Geraldo Prado, há uma banalização da apreensão de computadores, similar ao que ocorreria com as interceptações das comunicações telefônicas e com múltiplas práticas inconstitucionais.⁵⁵ Partindo-se dessa ideia, hoje as práticas ilegais dessas interceptações foram repassadas quando há apreensão desnecessária do hardware, quando o esperado seria que o perito executor examinasse o dispositivo local e procedesse à cópia (lógica ou espelho) somente dos arquivos que devem ser alvo da investigação.⁵⁶

Com isso, retirando o caso de excepcionalidade, ou seja, os casos em que a valoração da prova digital pende a favor da comprovação da inocência e, mesmo com vedação expressa do uso de provas ilícitas, deve ser utilizada pelo bem maior de liberdade, espera-se que a prova ilícita não seja valorada.

Cumprir destacar para o caso as palavras de Alexandre da Rosa que preleciona, pertinente ao contexto em que há um desrespeito ao procedimento :

“Se a capacidade estrutural humana de relacionar as informações não estiver hígida, teremos uma patologia mental. De idêntica maneira, os conteúdos veiculados no processo devem respeitar os trilhos legais e constitucionais para viabilizar o seu conhecimento válido pelo juiz. (...) Esse rigor (cuidado, prudência) é indispensável na aplicação do ramo do direito que visa tutelar a liberdade humana, objetivando limitar a imprevisibilidade e o abuso do poder”⁵⁷

⁵² Informação extraída do Informativo 763 do STJ.

⁵³ Funções de hashing. **IBM PureData System for Analytics**, Version 7.1. 2021

⁵⁴ CARVALHO, R.W.R. **A importância da cadeia de custódia na computação forense. Revista Brasileira de Criminalística**. 2020.

⁵⁵ PRADO, Geraldo. **Breves notas sobre o fundamento constitucional da cadeia de custódia da prova digital. In: Núcleo de Estudos Luso-Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (NELB), 2021, Lisboa. Palestra**. Lisboa: 2021. p. 1-35

⁵⁶ *Ibidem*, p 1-35.

⁵⁷ ALENCAR, Rosmar; da Rosa, Alexandre Morais. **No processo penal a instrumentalidade é do direito material**. Revista Conjur 2019.

Antes de prosseguir, é preciso fazer algumas considerações acerca da contaminação das provas digitais, oriundas da sua fácil mutabilidade por pequenas intervenções, como já exposto anteriormente.

Sobre as considerações cabe destacar a necessidade de adotar um protocolo para análise pericial, a saber, pode-se ter ferramentas que registrem a memória do computador. Ademais, é preciso adotar cautelas ao desligar a energia local ou ao “acordar” o sistema em sleep mood, bem como importa o apreço pelos possíveis danos provocados pela investigação.⁵⁸ Esse cuidado deve ser direcionado, principalmente, nos sistemas relacionados à funcionalidade, no caso das empresas, que comprometem a estrutura financeira e, em consequência, podem gerar prejuízos à parte legítima.

Com isso se vê que é muito fácil perder a cadeia de custódia de um aparelho celular e invalidar a prova ao ligar o telefone celular no momento errado ou até mesmo o computador, isso porque essas sutis interações já podem provocar alterações.

A respeito disso, alguns questionamentos merecem melhor exploração, como: o que acontece nos casos em que não houve o recolhimento correto dos vestígios após o crime? Em outras palavras, o que acontece nos casos de quebra da cadeia de custódia, para além de comprometer a apuração da veracidade?

Nestes questionamentos, é essencial uma atenção em algumas considerações. Primeira consideração é que, a título de compreensão, os termos violação de cadeia de custódia e quebra de cadeia de custódia devem ser entendidos como iguais porque nos julgados não há uma diferenciação. A segunda é que ao se abordar as consequências da “violação da cadeia de custódia” não significa que de fato seja possível violar, ao menos não no sentido terminológico.

A explicação é que segundo Badaró, quando se utiliza da expressão cadeia de custódia, deve ser compreendida como elipse de documentação da cadeia de custódia.⁵⁹ Assim sendo, a cadeia de custódia em si é a sucessão encadeada de pessoas que tiveram o contato com a fonte da prova real, desde que foi colhida até sua apresentação em juízo.⁶⁰ Portanto, a cadeia de custódia seria o conjunto de pessoas, como o delegado, investigados, perito, escrivão do cartório, dentre outros, que tiveram o contato com a prova/coisa.⁶¹

⁵⁸ MARQUES, Pedro Lenha Leitão da Costa. **Informática forense: recolha e preservação da prova digital**. Dissertação de mestrado. Universidade Católica Portuguesa. 2013

⁵⁹ BADARÓ, Gustavo. **A cadeia de custódia da prova digital**. PUCRS. 2021. Moodle USP. disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7833426/mod_resource/content/1/U8%20-%20BADARO%20-%20A%20cadeia%20de%20custo%CC%81dia%20da%20prova%20digital%20PUCRS%20-%20co%CC%81pia.pdf

.p. 8

⁶⁰ *Ibidem*. p.8.

⁶¹ *Ibidem*. p.8.

Justamente é esse conjunto de pessoas que precisa ser analisado e, em consequência, na ausência de pessoas que tiveram contato com determinada prova, inexistente a “cadeia de custódia”. Contudo, pode-se falar, quando no sentido da documentação, que a cadeia de custódia foi violada quando não registrada em sua integridade.⁶²

Frise-se que uma problemática levantada acerca da cadeia de custódia reside não apenas na maneira de sua preservação _ como se relatou existem algumas alternativas de sistemas nacionais ou internacionais, bem como alguns registros anteriores à lei de como garantir a integridade das provas, até mesmo as digitais com um grau razoável de precisão _ mas sim com maior ênfase no fato do legislador não ter se manifestado quanto às consequências processuais da violação da cadeia de custódia no sentido de admissibilidade probatória, bem como no sentido da valoração da prova correspondente.

No caso em tela, observa-se uma divergência com correntes que assumem a não documentação integral da cadeia de custódia como suficiente para tornar a prova ilegítima, pois, inadmissível no processo, e outras que assumem que as provas que sofreram com a violação da custódia devem apenas ter um menor valor probatório.

Como representante da primeira corrente é possível citar Aury Lopes Júnior. Para Lopes, a eventual quebra da cadeia de custódia é condição suficiente não só para a ilicitude da prova, mas também para impedir a sua valoração probatória com a exclusão física completa desta prova e de suas derivadas.⁶³

Já para Eugênio Pacelli a segunda corrente é a mais adequada porque a quebra da cadeia de custódia não pode ser dissociada do caso concreto e, portanto, eventual falha no procedimento ou em parte dele não acarreta necessariamente na invalidação da prova coletada.⁶⁴

De forma similar, Badaró ao analisar o contexto geral afirma haver uma aparente defesa de que a constatação de vícios na cadeia de custódia não levaria necessariamente à ilicitude ou ilegitimidade da prova, que a tornaria inadmissível no processo, se o que há são as omissões ou irregularidades leves, sem indicativo de modificação ou adulteração, sendo a questão resolvida no âmbito da valoração.

Percorrendo a temática, observou-se que pelas correntes supracitadas há juristas que compreendem pela admissibilidade ou inadmissibilidade da prova que sofreu pela violação da

⁶² BADARÓ, Gustavo. **A cadeia de custódia da prova digital**. PUCRS. 2021. Moodle USP. disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7833426/mod_resource/content/1/U8%20-%20BADARO%20-%20A%20cadeia%20de%20custo%CC%81dia%20da%20prova%20digital%20PUCRS%20-%20co%CC%81pia.pdf. p. 8

⁶³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15 ed. São Paulo, Saraiva. 2018, p. 413.

⁶⁴ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 25 ed. São Paulo, Atlas. 2021, p. 351.

cadeia de custódia. Em decorrência dessa acentuada divergência, importa trazer à baila as principais decisões do Superior Tribunal de Justiça-STJ sobre a quebra da cadeia de custódia das provas digitais, prosseguindo com um recorte maior dos entendimentos jurisprudenciais.

Antes de entrar no mérito dos entendimentos jurisprudenciais adotados, importa traçar uma consideração, a saber, que o cenário jurisprudencial caminha para adotar a segunda corrente, como será avaliado nos julgados. Entretanto, para ter uma percepção geral dos direcionamentos do STJ, optou-se por trazer casos que envolvem a quebra da cadeia de custódia de forma generalista, não sendo apenas acerca das provas digitais.

A ampliação se justifica quando o proposto no projeto é explanar o raciocínio dos ministros e traçar possibilidades de como se vê a afetação das provas digitais em comparação com as tradicionais.

Acontece que, apesar da posição cada vez mais pacífica sobre o tema, ainda persiste um impasse em como lidar com as falhas da cadeia de custódia quando as provas forem digitais, como obter a avaliação pericial correta e a rigidez que incumbe ao magistrado, no momento do sopesamento, caso adote a segunda corrente, de todo modo, essas discussões serão destrinchadas no próximo capítulo.

4. VISÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ: BREVE ANÁLISE DE CASOS

O Superior Tribunal de Justiça, criado pela CF/88 e instalado em 7 de abril de 1989, por isso também conhecido por “tribunal da cidadania”, é a corte responsável pela uniformização da interpretação da lei federal no Brasil nos acontecimentos em que há envolvimento de casos cíveis e criminais que não versem sobre matéria constitucional ou justiça especializada.

Em especial, no final do capítulo anterior, foram abordados alguns posicionamentos jurisprudenciais que já forneceram alguns parâmetros relacionados à posição sobre direitos por parte das cortes brasileiras e de seus componentes, sob uma ótica mais ampliada.

Agora, o próximo passo, no capítulo quatro, é apresentar, especificamente a visão do STJ sobre a quebra da cadeia de custódia das provas, sendo esmiuçados os posicionamentos à luz da análise dos casos.

Dessa forma, as principais controvérsias levantadas para este projeto foram relacionadas às possíveis consequências da quebra da cadeia de custódia das provas digitais, sendo tema expressivo nos últimos posicionamentos do STJ, razão pela qual foi o órgão escolhido para esta pesquisa.

O efeito desse silenciamento pelo legislador proporcionou uma série de julgados do STJ principalmente voltados a não admissão das provas digitais sem o registro dos procedimentos adotados pela polícia; a irregularidade na guarda de provas; a análise do tema em ação e habeas corpus e a utilização ou não de outros meios suficientes para a confiabilidade probatória.

Pois bem.

Como relatado nos trechos anteriores, atualmente há dois entendimentos principais a serem analisados:

I) a violação da cadeia de custódia implica na impossibilidade de admissão das provas ou sua nulidade e, em consequência, é possível a adoção de regras para excluir a prova tida como ilícita e;

II) a violação da cadeia de custódia deve ser submetida ao sopesamento do magistrado a fim de, como uma análise ampliada dos elementos de instrução, definir a confiabilidade da prova.

Com a constatação desses posicionamentos, importa a partir deles fazer um exame dos principais direcionamentos feitos pelo Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. Para tanto, a amostra escolhida para esta monografia se baseia nas decisões e manifestações sobre

o tema compreendidas no período de 2021 a 2024, no caso da pesquisa da jurisprudência foi adotado o termo “cadeia de custódia das provas digitais” e “quebra da cadeia de custódia”.

Apesar de ser possível pesquisas anteriores, o enquadramento temporal escolhido é suficiente para abordar os principais questionamentos tratados neste trabalho, bem como fornece uma visão da perspectiva atual do STJ.

4.1 Informativo nº 720 do STJ e HC 653.515 - RJ

O primeiro destaque é para o informativo 720 que abordou o HC 653.515-RJ, da Sexta Turma, por maioria, julgado em 23/11/2021, e que trouxe luz acerca da consequência da quebra da cadeia de custódia.

O entendimento no caso, por maioria dos votos, foi para concessão do habeas corpus e absolvição do réu acusado por tráfico de drogas. Entre os pontos trazidos pelos ministros, os principais são a perícia inadequada, bem como a ausência de confirmação da origem e condições da prova pelo juízo.

Nesse contexto, prevaleceu o voto do min. Rogério Schietti Cruz, em que enfatizou a fragilidade da acusação decorrente da quebra da cadeia de custódia e apontou para a possibilidade de desfechos distintos a depender do caso concreto analisado.

Assim sendo, com a ausência de confissão ou outras provas para apoiar a condenação, o ministro absolveu o réu quanto ao crime de tráfico e manteve a condenação somente quando à associação para o tráfico, conforme art. 35 da Lei 11.343/2006. Esse posicionamento do STJ é emblemático e nas palavras do ministro supracitado é possível notar o raciocínio jurídico adotado pelo integrante da corte, conforme se vê abaixo:

Com a mais respeitosa vênua àqueles que defendem a tese de que a violação da cadeia de custódia implica, de plano por si só, a inadmissibilidade ou a nulidade da prova, de modo a atrair as regras de exclusão da prova ilícita, parece-me mais adequada aquela posição que sustenta que as irregularidades constantes da cadeia de custódia devem ser sopesadas pelo magistrado com todos os elementos produzidos na instrução, a fim de aferir se a prova é confiável.

Segundo analisado no Info. 720, restou evidente que se espera que o magistrado faça o sopesamento, em caso de irregularidades na cadeia de custódia, dos elementos estabelecidos na instrução, como claramente expressou o então ministro.

Conforme se vê neste informativo, a escolha do STJ foi favorável à segunda corrente, em que a quebra da cadeia de custódia não implica em uma ilegitimidade probatória

automaticamente, se for possível a utilização de outros elementos que confirmem confiabilidade.⁶⁵

4.2 AREsp 1.847.296 - PR (2021)

De modo similar com o caso anterior, o julgamento do AREsp 1.847.296/PR, ainda que também não trate especificamente da quebra da cadeia de custódia das provas digitais, versa sobre o afastamento da quebra da cadeia de custódia perante a suficiência de outras provas. Leia-se:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRABANDO. ART. 334-A, § 1º, INCISO IV, DO CP. CIGARROS. MATERIALIDADE COMPROVADA. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NÃO DEMONSTRADA. NULIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o instituto da quebra da cadeia de custódia diz respeito à idoneidade do caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade. Tem como objetivo garantir a todos os acusados o devido processo legal e os recursos a ele inerentes, como a ampla defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita (AgRg no HC 615.321/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 03/11/2020, DJe 12/11/2020). 2. In casu, embora tenha se reconhecido a divergência da quantidade de cigarros apreendidos constantes no auto de infração confeccionado pela Receita Federal (1.050 maços) e no auto de apreensão e exibição da polícia civil (10.050 maços), não se pode falar na quebra da cadeia de custódia, uma vez que há provas suficientes nos autos para a condenação, tendo em vista que ficou comprovado que o acusado manteve em depósito pelo menos 1.050 maços de cigarros estrangeiros sem a devida documentação da regular internalização em território nacional. Assim, tal situação não induz à imprestabilidade da prova, tendo em vista que ficou comprovado que os 1.050 maços pertencem mesmo ao acusado, o que configura o delito. 3. Ademais, importante destacar que a jurisprudência desta Corte Superior se firmou no sentido de que, no campo da nulidade no processo penal, vigora o princípio *pas de nullité sans grief*, previsto no art. 563, do CPP, segundo o qual, o reconhecimento de nulidade exige a comprovação de efetivo prejuízo. Desse modo, a contradição do número de cigarros apreendidos não proporcionou prejuízo para a demonstração da materialidade do crime imputado ao acusado, sendo indubitável que o réu manteve em depósito pelo menos 1.050 maços de cigarros estrangeiros sem a devida documentação da regular internalização em território nacional. Assim, a defesa não logrou demonstrar prejuízo em razão do alegado vício, visto que a condenação se sustenta nos 1050 maços apreendidos.⁶⁶

⁶⁵ STJ. Notícias. **A cadeia de custódia no processo penal: do pacote anticrime à jurisprudência do STJ.** 2023.

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp 1.847.296/PR**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?pesquisaAmigavel=+%3Cb%3EAREsp+1.847.296%3C%2Fb%3E&b=ACOR&tp=T&numDocsPagina=10&i=1&O=&ref=&processo=&ementa=-a=&filtroPorNota=&orgao=&relator=&uf=&classe=&juizo=&data=&dtpb=&dtde=&operador=e&thesaurus=JURIDICO&p=true&livre=AREsp+1.847.296>

Esse recorte é interessante porque versou sobre uma acusação por armazenamento de grande quantidade de cigarros estrangeiros em que ocorreu uma divergência entre a quantidade de maços registrados no auto de infração da Receita Federal e os registrados nos autos da Polícia Civil.

No caso, a alegação do acusado foi de que a existência sobre a imprecisão da quantidade apreendida seria suficiente para a imprestabilidade da prova. Todavia, sua alegação foi afastada, isso porque a materialidade do crime restou intacta, portanto, não ocorreu prejuízo em decorrência do vício alegado. Esse julgado, apesar de não envolver as provas digitais, reitera que o STJ caminha para o sopesamento probatório, como consta no info. 720.

Outrossim, no processo datado de 07/02/2023, em segredo de justiça, com o relator Ministro Messod Azulay Neto, Rel. Acd. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, por maioria, adotou um teor que consistiu na inadmissibilidade das provas digitais sem o registro documental acerca dos procedimentos adotados pela polícia na preservação dos elementos informáticos, entre eles os próprios das provas digitais, a saber, integridade, autenticidade e confiabilidade dos elementos informáticos.⁶⁷

Nesse caso, a presença de decorrência lógica entre a cadeia de custódia e corpo de delito, conforme artigo 158 do CPP, foi o ponto destacado. A sustentação traçada pela defesa foi que não ocorreu a documentação dos procedimentos utilizados pela polícia ao manusear os computadores apreendidos na casa do investigado. Diante disso, por conta da volatilidade dos dados, apontou-se que seria necessário que fossem adotadas técnicas para assegurar a integridade, por exemplo, com a utilização do código *hash*.

Assim sendo, consideram-se as provas inadmissíveis por quebra da cadeia de custódia, bem como as provas delas derivadas, com aplicação analógica do art. 157, § 1º, do CPP. Tal entendimento se perpetuou a partir de fevereiro de 2023, momento em que, em síntese, o STJ mostrou ser favorável a não admitir as provas digitais sem o registro dos procedimentos adotados pela polícia, por meio da Quinta Turma.

Outro ponto relevante é que, na concepção do min. Rogério Schietti Cruz, a busca do acerto fático, como elemento justo do processo penal, precisa respeitar os direitos

⁶⁷ **Extração de informativo número 17** : <https://scon.stj.jus.br/SCON/IndexPdf?username=dFZMKnXVITXZK6KrqECRgmJ6tlc7AkkG693TUVit&thesaurus=JURIDICO&p=true&o=tmt&b=INFJ&livre=%40cnot%3D%22020521%22&criterioDePesquisa=%28%2207926%22+OU+-COM+OU+RESP%29>

fundamentais do réu, da eventual vítima e da sociedade.⁶⁸ Esse foi um ponto já discutido neste trabalho de conclusão em linhas anteriores.

Diante de todos esses casos, com ações registradas até o ano vigente, com a última decisão a respeito da quebra da cadeia de custódia, presente na Edição comemorativa vol. 1, datada de 03 de abril de 2024, que aponta a relevância do tema, é preciso algumas observações.

Cumprido destacar que, ao tratar da inadmissibilidade das provas digitais sem registro documentais, as decisões anteriores já versavam sobre o fato da quebra da cadeia de custódia por si só não ensejar a nulidade obrigatória da prova colhida. Dito isso, observa-se que as decisões do STJ acataram a prudência entre as correntes abordadas.

Dessa forma, é perceptível a inclinação da corte para adoção da segunda corrente, por convergir favorável ao sopesamento e, em consequência, permitir a valoração do magistrado nos casos concretos.

Basicamente, o Superior Tribunal de Justiça tem adotado uma postura de inadmitir as provas que sofreram a quebra da cadeia de custódia quando não há nenhuma forma distinta de comprovação ou quando o comprometimento da prova foi significativo, para além de eventuais falhas admissíveis, conforme visto no HC. 653.515.⁶⁹

Um exemplo desse equilíbrio é o RHC 189078 - RJ, decisão monocrática, com min. Jesuíno Rissato, que versou sobre acesso policial aos dados telefônicos, devidamente autorizado pelo juízo e sem nenhum indício de manipulação dos dados acostados aos autos, e decidiu por negar o provimento ao recurso em habeas corpus, tendo em vista que a cadeia de custódia não é sinônimo de nulidade processual, porém deve avaliar em cada caso a eficácia da prova.⁷⁰ Logo, é preciso avaliar cada situação.

Os resultados da análise comparativa apontam a obrigação do Estado, como órgão acusador, de afastar dúvidas e produzir as provas necessárias. Além disso, os julgados que envolvem as provas digitais apresentam mais rigor em comparação com os casos em que a avaliação considera as provas tradicionais.

Destacando-se os julgados, a alegação de violação da cadeia de custódia por si só não foi suficiente, no caso das provas tradicionais, para desentranhar a prova, porém as provas

⁶⁸ **Trecho** **extraído** **de**
:https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/23042023-A-cadeia-de-custodia-no-pr
ocesso-penal-do-Pacote-Anticrime-a-jurisprudencia-do-STJ.aspx

⁶⁹ STJ. Informativo de jurisprudência. **Edição especial comemorativa de 35 anos do STJ**, volume 1. Brasília, DF, 3 de abril. 202

⁷⁰ Acesso a decisão monocrática em
:https://processo.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=DTXT&livre=%28%28+%28189078+-+RJ%29..PART.%29%2
9+E+%2217002+235545657%22.COD.&thesaurus=&p=true&operador=E

digitais foram mais favoráveis no sentido de apontar os efeitos prejudiciais quando o procedimento não foi seguido corretamente.

Como se vê, os casos em que se constata a presença das provas digitais exigem a adoção de diversos procedimentos para a sua preservação, inclusive com sugestão de códigos computacionais específicos e conhecidos por maior benefício pericial, entre eles, o código hash.

Entretanto, toda essa avaliação do STJ não se mostrou dissociada da realidade contextual do caso concreto, fato que se demonstra positivo a fim de evitar aventuras jurídicas que tenham como fim último a mera inadmissibilidade probatória por violação da cadeia de custódia, conforme notório nos HC e RHC trazidos anteriormente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cadeia de custódia passou a ter uma definição mais ampla, vastamente explorada neste projeto, para o procedimento de utilização, de manutenção e de documentação das provas, com a história cronológica dos vestígios que se apresenta do início da coleta até o descarte, inclusive, até o momento em que a prova não é considerada mais viável.

Dentre as inovações traçadas pelo Pacote Anticrime, nota-se que o legislador se manteve inerte e proporcionou diversos questionamentos acerca do que deve ser feito em caso da quebra da cadeia de custódia, sendo, portanto, presentes correntes favoráveis à valoração da prova e outras contrárias, conforme exploradas nas hipóteses iniciais.

O objetivo deste trabalho consistiu em fornecer um breve contributo acerca da quebra de cadeia de custódia das provas digitais, regulamentada pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964/19), sob a ótica das mais recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Para tanto, foi realizado um estudo que compreendeu um recorte dos principais julgados e posicionamentos dos anos de 2021 a 2024 e os termos adotados na pesquisa jurisprudencial foram “quebra da cadeia de custódia das provas digitais” e “cadeia de custódia”.

Com base nos dados avaliados, apresentam-se as seguintes considerações:

a) Se os casos abordados envolvem a cadeia de custódia das provas digitais, há uma probabilidade maior de aceitação do argumento de quebra como forma de inadmissibilidade da prova, quando não há formas de sustentar o ônus probatório;

b) Se os casos abordados envolvem a quebra da cadeia de custódia das provas tradicionais, é possível a possibilidade de a alegação do desrespeito à cadeia ser insuficiente frente a outras formas de comprovação que podem ser sopesadas pelo magistrado, desde que sua decisão seja devidamente fundamentada;

c) Os maiores problemas levantados pela regulamentação da Lei 13.964/19 residem em seu direcionamento ser voltado à prova pericial e na ausência de consequências para a não observância da cadeia de custódia. Por isso, nos julgados é comum que, além da decisão, sejam apresentadas sugestões sobre possíveis recursos tecnológicos para resguardar a aptidão da prova digital pela conservação da sua integridade;

d) Com a existência de duas correntes principais na doutrina, as demandas do Superior Tribunal de Justiça apontam para a adoção da segunda corrente. Esta permite que, ainda que ocorra a quebra da cadeia de custódia, exista a valoração probatória. Isso porque a

corde se mostra favorável ao sopesamento do magistrado, desde que devidamente fundamentada a sua decisão e com a existência de outras formas que apontem a confiabilidade das provas, bem como análise da afetação da violação no caso concreto;

e) Ao que parece, os procedimentos que envolvem a adoção da cadeia de custódia das provas digitais, devem permitir, por obviedade, o exercício dos princípios constitucionais. Contudo, ainda se faz necessária uma implementação mais sofisticada, principalmente ao abordar o princípio do contraditório, para uma adequação ao cenário tecnológico. O que Prado abordou como princípio do contraditório digital.

Ao analisar essas considerações, percebe-se que, apesar do tema ser recente e não ter raramente sido alvo dos mais respeitados estudiosos, diversos utilizados neste trabalho e referidos pelo próprio STJ, o órgão caminha para o cumprimento da sua função de harmonizador e uniformizador de decisões.

Todavia, merece destaque o fato que os recentes posicionamentos conferem um caminho a ser seguido, tendo em vista que o avanço tecnológico nos últimos momentos se mostrou mais acelerado do que a capacidade jurídica de acompanhamento.

Em todo esse cenário probatório, não só o Brasil, como também outros países citados, impera a urgência em manter intactas disposições relacionadas aos direitos fundamentais do homem. Inclusive, fala-se em um desdobramento de direitos à privacidade em extensão, afinal, os aparelhos como computadores e celulares apresentam atualmente uma funcionalidade mais ampliada, bem como maior capacidade de detenção de informações privadas.

Tudo isso para o processo penal é de suma relevância, não só no tocante à privacidade em si, mas também na probabilidade de abusos investigativos que levem até uma produção de provas para imputações criminais fora das inicialmente propostas, como o caso do efeito hidra.

Além disso, a possibilidade de novos meios tecnológicos para fins probatórios não deve apenas ser vislumbrada na ótica de afastar as provas, porém de utilizar com o devido manejo a fim de não incriminar inocentes e, ao mesmo tempo, punir devidamente os culpados.

Por isso, entende-se que o posicionamento do STJ, até o momento, demonstra uma prudência considerável.

Por fim, espera-se que as pesquisas levantadas durante esta breve monografia sirvam para esclarecer a temática, levantar reflexões sobre a sua importância redobrada para a violação da cadeia de custódia das provas digitais frente aos princípios processuais.

Dessa forma, espera-se que seja possível que se torne os temas das novas tecnologias no sistema probatório do processo penal menos turvo.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha)**. BVerfGE 120, 274. 1 BvR 370/07; 1 BvR 595/07. Decisão. Data: 27 de fevereiro de 2008. Ementa. Versão em inglês disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2008/02/rs20080227_1bvr037007en.html. acesso em -01-04-2024

ALENCAR, Rosmar; ROSA, Alexandre Morais da. **No processo penal a instrumentalidade é do direito material**. Revista Conjur 2019.

BADARÓ, Gustavo. **A cadeia de custódia da prova digital**. PUCRS. 2021 Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7833426/mod_resource/content/1/U8%20%20BADARO%20%20A%20cadeia%20de%20custo%CC%81dia%20da%20prova%20digital%20PUCRS%20-%20co%CC%81pia.pdf

BADARÓ, Gustavo. **Os standards metodológicos de produção na prova digital e a importância da cadeia de custódia**. Boletim IBCCRIM, 2021. disponível em: <https://www.academia.edu/50832962/OS_STANDARDS_METODOL%C3%93GICOS_DE_PRODU%C3%87%C3%83O_NA_PROVA_DIGITAL_E_A_IMPORT%C3%82NCIA_DA_CADEIA_DE_CUST%C3%93DIA>

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** 1. 15ª ed. Saraiva, 2010. BRASIL. [Constituição (1988)].

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Dispõe sobre o aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal [...]. Brasília, DF, [2019]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm . Acesso em: 30 mar. 2024.

CARVALHO, R.W.R. **A importância da cadeia de custódia na computação forense**. Revista Brasileira de Criminalística. 2020.

CASEY, Eoghan. **Digital evidence and computer crime: forensic Science, computers and the internet.** Third Edition. Waltham: Elsevier, 2011.

CESARI, Cláudia. Editoriale: **L’impatto delle nuove tecnologie sulla giustizia penale – un orizzonte denso di incognite.** RBDPP, volume 5 numero 3/2019.

Cf. MARINHO, Girlei Veloso. **Cadeia de custódia da prova pericial,** Fundação Getúlio Vargas, Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Rio de Janeiro, 2011 – Dissertação de Mestrado

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini . **Teoria Geral do Processo.** 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COMPLOIER, Mylene; MAGNO, Levy Emanuel. **Cadeia de custódia da prova penal.** Cadernos jurídicos da Escola Paulista de Magistratura. São Paulo, p. 195, 2021

CONJUR. **Supremo vai retornar análise sobre violação de sigilo de celular. Comentário extraído do boletim.** 2024 Disponível: <https://www.conjur.com.br/2024-mar-08/supremo-vai-retomar-analise-sobre-violacao-de-sigilo-de-celular-de-suspeito/>

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico.** 1.^a Ed. São Paulo. Saraiva, p. 467, 2010.
GOMES, Luiz Flávio. Estudos de direito penal e processual penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.102.

GRUBBA, Leilane Serratine. **A verdade no processo penal: (im)possibilidades?.** Revista de Direito Público, Londrina, v. 12. p.271, 2017.

ISO – INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO); INTERNATIONAL ELECTROTECHNICAL COMMISSION (IEC). ISO/IEC 27.037/2012: Information technology — Security techniques — Guidelines for iden-Escola Superior do Ministério Público do Ceará – Ano 13, nº1 / Jan./Jul. 2021 / Fortaleza-CE 33 typification, collection, ac ed. acquisition and preservation of digital evidence. first ed. Geneva: ISO: IEC, 2012. Disponível em: <https://www.iso.org/standard/44381.html> Acesso em: 30 mar. 2024

IBM PureData System for Analytics, Version 7.1. **Funções de hashing**. Disponível em: <https://www.ibm.com/docs/pt-br/psfa/7.1.0?topic=toolkit-hashing-functions>

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**, 5ª ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro, Forense, 1995. p. 123

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**, 11ª edição, São Paulo, Saraiva, 2014.

MALESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 2ª ed Livraria clássica editora. 1927

MARQUES, Pedro Lenha Leitão da Costa. **Informática forense: recolha e preservação da prova digital**. Dissertação de mestrado. Universidade Católica Portuguesa. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 25 ed. São Paulo, Atlas. 2021, p. 351.

PALMA, Maria Fernanda. **O Problema Penal do Processo Penal. in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**, Coord. Maria Fernanda Palma. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 42.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. **Os mais importantes princípios que regem o processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revista da Emerj, p.225, 2006.

PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. 2ª ed São Paulo, Marcial Pons, 2021

PRADO, Geraldo. **Breves notas sobre o fundamento constitucional da cadeia de custódia da prova digital**. Disponível em: <https://geraldoprado.com.br/artigos/breves-notas-sobre-ofundamento-constitucional-da-cadeia-de-custodia-da-prova-digital/>.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1. 2010.**

PROVASI, Denise Vaz, **Provas digitais no processo penal: formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório.** Tese (doutorado em Direito) Universidade de São Paulo - USP. 2013.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Limites penal da prática fishing expedition.** disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-penal/#:~:text=Autor&text=Fishing%20expedition%2C%20ou%20pescaria%20probat%C3%B3ria,atribuir%20responsabilidade%20penal%20a%20algu%C3%A9m.>

STJ. **Informativo de jurisprudência. Edição especial comemorativa de 35 anos do STJ,** volume 1. Brasília, DF, 3 de abril. 2024. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?pesquisaAmigavel=+%3Cb%3EAREsp+1.847.296%3C%2Fb%3E&b=ACOR&tp=T&numDocsPagina=10&i=1&O=&ref=&processo=&ementa=-a=&filtroPorNota=&orgao=&relator=&uf=&classe=&juizo=&data=&dtpb=&dtde=&operador=e&thesaurus=JURIDICO&p=true&livre=AREsp+1.847.296>>

STJ. Notícias. **A cadeia de custódia no processo penal: do pacote anticrime à jurisprudência do STJ.** Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/23042023-A-cadeiad-e-custodia-no-processo-penal-do-Pacote-Anticrime-a-jurisprudencia-doSTJ.aspx#:~:text=O%20entendimento%2C%20por%20maioria%20de,embalagem%20inadequada%20e%20sem%20lacre.>>

TÁVORA, Nestor, ALENCAR, Rosmar. **Curso de direito processual penal.** 10. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 560

THAMAY, Rennan; TAMER, Maurício. **Provas no direito digital [livro eletrônico]: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie / Rennan Thamay e Maurício Tamer.** 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.p. 56. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/235810473/v2/page/RB1.3>> . Acesso em: 17 jan. 2024.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, 4 vol, 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 246

Decisões:

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Ag. Rg. no RHC n.º 143.169/RJ**. Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Rel.: Min. Jesuíno Rissato. Rel. para acórdão: Min. Ribeiro Dantas. Julgamento em: 7 de fevereiro de 2023. Acesso: 15 de jan. 2024

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RHC n. 143.169/RJ**
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100573956&dt_publicacao=02/03/2023

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário 1042075 RG / RJ**. acesso:01/04/2024. Disponível:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14198488>. Acesso: 19 de jan. de 2024

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Trecho que consta no voto do relator vencedor**, p.1. disponível em: <
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100573956&dt_publicacao=02/03/2023