



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

HELLINE GOMES RODRIGUES PINTO

**CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA DIGITAL: consequências da sua quebra no
processo penal brasileiro**

Recife

2023

HELLINE GOMES RODRIGUES PINTO

**CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA DIGITAL: consequências da sua quebra no
processo penal brasileiro**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharela em Direito.

Área de Conhecimento: Direito Processual Penal

Orientadora: Danielle de Andrade e Silva Cavalcanti

Recife

2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

Pinto, Helline Gomes Rodrigues.

Cadeia de custódia da prova digital: consequências da sua quebra no processo penal brasileiro / Helline Gomes Rodrigues Pinto. - Recife, 2023.

50 f.

Orientador(a): Danielle de Andrade e Silva Cavalcanti

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2023.

1. Processo Penal. 2. Prova Digital. 3. Quebra da cadeia de custódia. 4. Cadeia de custódia da prova digital. I. Cavalcanti, Danielle de Andrade e Silva . (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

HELLINE GOMES RODRIGUES PINTO

CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA DIGITAL: consequências da sua quebra no processo penal brasileiro

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharela em Direito.

Aprovado em: 22/09/2023

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti (Orientadora)

Universidade Federal de Pernambuco

Profa. Dra. Manuela Abath Valença (Examinadora Interna)

Universidade Federal de Pernambuco

Felipe Gustavo Ramos de Oliveira Filho (Examinador Externo)

Universidade Federal de Pernambuco

AGRADECIMENTOS

As palavras não são suficientes para descrever o sentimento de gratidão pelas pessoas que atravessaram o meu caminho e que de alguma forma me auxiliaram nesse trabalho de conclusão de curso.

Agradeço a Deus, pela sua infinita bondade e misericórdia, pois sem Ele eu nada seria. A minha fé em Cristo me deu força para enfrentar as batalhas da vida e a sua presença sempre foi fundamental para acalmar meu coração e confiá-lo em todas as circunstâncias. Só através de Cristo encontro graça e novidade de vida.

Quero agradecer a todos os meus familiares que me ajudaram durante a graduação. Foram dias difíceis; fiz renúncias, escolhas, mas sou grata pelo que Deus me proporcionou por meio da minha família.

Agradeço à minha mãe, Kátia Maria (*in memoriam*), sua partida deixou muita saudade, mas sempre aqueceu o meu coração para crescer e não desistir dos meus objetivos.

Agradeço à minha querida irmã, Micheline Alves, que me amparou desde sempre como uma “irmã” e a palavra por si só explica tudo.

Também quero expressar a minha gratidão pelo meu avô, Hélio Gomes, que ajudou na minha educação e continua vibrando pelas minhas conquistas.

Agradeço aos meus tios Tony e Aldenes que se fizeram importantes em muitos momentos. Sempre recordarei.

Agradeço ao meu primo Hélio Neto e o meu cunhado Renee Oliveira, vocês me ajudaram muito durante esses anos, obrigada pelo apoio e amizade.

Agradeço à grande rede de amigos construída na faculdade. Portanto, obrigada, Emily, Nadja, Tahi, Vinicius e o grupo carinhosamente apelidado de "Ralé". Todos foram fundamentais na minha jornada de crescimento, compartilhando materiais, estudando juntos e mantendo muitas conversas nos corredores da faculdade.

Agradeço a todos que prestaram grande auxílio na minha trajetória profissional. Obrigada Danilo e Sandra, meus supervisores de estágio no MPF. Sou grata, também, à equipe do gabinete da Dra. Nise Pedroso e a Vice-presidência, do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, o qual me proporcionaram muitos ensinamentos e momentos de alegria.

Agradeço à minha orientadora, Danielle Cavalcanti, por aceitar conduzir o meu trabalho de conclusão de curso.

Finalmente, expresso minha gratidão a todos aqueles que contribuíram para a conclusão deste trabalho e que estiveram ao meu lado ao longo da minha trajetória acadêmica.

“A acusação é sempre um infortúnio enquanto não verificada pela prova.”

(Rui Barbosa, Novos Discursos e Conferências, p. 112)

RESUMO

A presente monografia se dedica a avaliar a cadeia de custódia da Prova Digital no ordenamento jurídico brasileiro. Nessa abordagem, são abrangidos os desafios da prova digital e suas interferências nas operações vinculadas ao poder estatal. Com o objetivo de atingir o escopo do trabalho, realiza-se uma revisão bibliográfica sobre a cadeia de custódia da prova e os princípios constitucionais que asseguram a preservação das fontes de prova e o controle de suas atividades. Por conseguinte, analisa-se a quebra da cadeia de custódia (*break on the chain of custody*) e as suas consequências, especialmente nas provas digitais. Além disso, examina-se a complexidade das provas digitais e o papel crucial da perícia forense na análise e autenticação das evidências. Por fim, pretende-se avaliar as principais implicações da quebra da cadeia de custódia das provas digitais no processo penal brasileiro de acordo com as últimas decisões judiciais sobre o tema, destacando o entendimento dos Tribunais Superiores.

Palavras-chave: Cadeia de custódia; Prova digital; Lei nº 13.964/19; Teoria geral das provas; Quebra da cadeia de custódia; Poder judiciário.

ABSTRACT

This monograph is dedicated to evaluating the chain of custody of Digital Evidence in the Brazilian legal system. In this approach, the challenges of digital evidence and its interferences in operations linked to state power are addressed. With the aim of achieving the scope of this work, a bibliographic review is conducted on the chain of custody of evidence and the constitutional principles that ensure the preservation of sources of evidence and the control of their activities. Consequently, the break on the chain of custody and its consequences, especially in digital evidence, are analyzed. Furthermore, the complexity of digital evidence and the crucial role of forensic expertise in the analysis and authentication of evidence are examined. Finally, the main implications of the break on the chain of custody of digital evidence in the Brazilian criminal process are evaluated, according to the latest judicial decisions on the subject, highlighting the understanding of the Superior Courts.

Keywords: Chain of custody; Digital Evidence; Law No. 13.964/19; General Theory of Evidence; Break on the Chain of Custody; Judiciary.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA.....	11
2.1	A importância dos sistemas processuais e dos princípios aplicados à prova penal	11
2.2	A busca pela verdade nas provas.....	15
2.3	A produção probatória sob a ótica dos valores epistêmicos.....	17
2.4	Provas ilícitas e ilegítimas	20
2.5	A cadeia de custódia da prova no processo penal	22
3	PROVAS DIGITAIS E A QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA	27
3.1	Provas digitais.....	27
3.2	Os riscos da supressão de provas na cadeia de custódia	30
3.3	Consequências da quebra da cadeia de custódia	33
4	APONTAMENTOS SOBRE A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA DIGITAL SEGUNDO O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES	38
5	CONCLUSÃO.....	45
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	46

1 INTRODUÇÃO

A cadeia de custódia das provas digitais é relevante para direito processual penal brasileiro diante de seu instrumento de percepção e demonstração da verdade dos fatos. Na atualidade, a busca por justiça no sistema judicial frequentemente está associada à falta de confiança nas decisões. O magistrado penal tenta construir o seu convencimento a partir da análise de materiais coletados, que buscam reconstituir o fato e reunir elementos suficientes para fundamentar a sua decisão.

O estudo sobre a coleta das provas observa o manejo desses elementos para a sua preservação, tornando-se imprescindível auxiliar o julgador nas suas decisões. A cadeia de custódia da prova é o resultado de uma análise atenta aos princípios e garantias processuais, que buscam ir além do livre convencimento motivado e evitar qualquer desequilíbrio inquisitório e o uso arbitrário de elementos probatórios feitos pela acusação ou por agentes estatais.

O tema foi introduzido no Código de Processo Penal pela Lei n.º 13.964/2019, conhecido por "Pacote Anticrime". A lei destaca uma série de critérios objetivos para definir a teoria da cadeia de custódia da prova, representando um avanço importante para a qualidade epistêmica e da credibilidade probatória. No entanto, a legislação não se esgota em si mesma, pois carece de normas técnicas para a coleta dos vestígios digitais. Além disso, ainda persiste ausência de orientação sobre os efeitos quanto à quebra da cadeia de custódia da prova e sua admissibilidade.

Nessa perspectiva, o presente estudo sobre a cadeia de custódia das provas digitais é um tema amplamente discutido na sociedade, especialmente em relação à produção de dados e à utilização dos dispositivos eletrônicos, tornando-o de grande relevância para o meio jurídico. A tecnologia se apresenta como um instrumento de investigação, proporcionando pontos específicos de análise e características que tornam variáveis as fontes probatórias. Nesse caso, a interferência ou a supressão das condições estabelecidas para a coleta de vestígios pode ser vista como uma quebra na verdade e na autenticidade das informações registradas, trazendo um debate sobre a fiabilidade das provas.

O que difere das demais provas materiais se dá pelo questionamento da captação dos elementos produzidos nos meios digitais, tendo em vista que esses elementos podem se submeter à corrupção em seu meio, assim como o risco de manipulação motivado por métodos

ocultos. A preservação das fontes probatórias é utilizada para o melhor funcionamento das decisões judiciais e garantia dos direitos fundamentais.

O objetivo pretendido, nesta monografia, compromete-se em fazer uma breve análise das noções conceituais sobre a cadeia de custódia da prova digital e os principais entendimentos da doutrina sobre o tema. Por conseguinte, faz-se um exame sobre a quebra da cadeia de custódia da prova no Brasil, sob análise de sua aplicabilidade nas provas digitais. No último capítulo, finaliza-se com uma análise perante os Tribunais Superiores, culminando em uma breve apresentação sobre o entendimento que predomina em nosso sistema processual penal brasileiro.

2 CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA

2.1 A importância dos sistemas processuais e dos princípios aplicados à prova penal

Diante da necessidade de que o fato recaia de forma concreta quanto a sua materialidade e autoria para obter os meios de prova, é relevante a comprovação dos fatos narrados na peça acusatória e o pleno acesso à defesa para contrapor os argumentos trazidos pelas circunstâncias fáticas descritas. Nesse momento, as partes apresentam as suas teses diante do processo probatório, e os argumentos são colocados à valoração durante o procedimento.

No direito processual penal brasileiro temos influências por dois modelos de sistemas processuais penais: o sistema inquisitório e o acusatório. Segundo Aury Lopes Jr.: “no modelo acusatório, o juiz se limita a decidir, deixando a interposição de solicitações e o recolhimento do material àqueles que perseguem interesses opostos, isto é, às partes”.¹ Assim, por meio do processo, pode-se obter a verdade formal, sendo examinadas as regras e garantias, levando em consideração o procedimento. Logo, é conhecido que o método acusatório tem interesse na busca da verdade no processo, pois “a verdade perseguida pelo método acusatório, sendo concebida como relativa ou formal, é adquirida, como qualquer pesquisa empírica, através do procedimento por prova e erro”.²

O sistema acusatório, ao longo da história, incorporou o princípio da acusação penal conduzida por um órgão específico, que não é o juiz nem o judiciário, mas sim o Ministério Público, uma criação originária da França que se espalhou por outros países. Esse sistema teve vigor em muitas épocas, como na Antiguidade Grega, Romana, na Idade Média com o direito germânico e no direito inglês. Nesse sistema, as funções de acusação e julgamento são desempenhadas por órgãos distintos, e o processo só começa com a apresentação da acusação.³

No sistema inquisitório nota-se uma concentração de poder nas mãos do órgão julgador, por meio do qual, há o gerenciamento das provas. O acusado é visto como instrumento de

¹LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 133.

²FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 494.

³PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 10.

investigação e possuidor da verdade, pelo qual deverá dar conta ao juiz inquisidor. Sendo assim, é exigível um somatório mínimo de provas para resultar na condenação.⁴

De outro modo, no sistema misto⁵ busca-se evitar que os particulares assumam a função de investigação e julgamento. Com efeito, o Estado dividiu o processo penal em fases, criando o Ministério Público, uma entidade independente do Judiciário, para representar a acusação e manter o controle estatal sobre esse aspecto. No sistema misto, a fase inicial ainda reflete características do modelo inquisitório, enquanto na fase processual, adota traços do sistema acusatório.

Diante desses sistemas, a figura do juiz sempre será avaliada em matéria de prova, devendo eximir-se do papel de defensor ou de acusador, atuando de forma supletiva. As partes possuem o dever de produzir as provas⁶, o que é a garantia de matriz constitucional, englobando: o direito de proposição de provas, o direito à investigação, o direito de exclusão das provas inadmissíveis, o direito à participação das partes na produção de prova e o direito à valoração da prova.

Nesse cenário, a Constituição Federal garante a todos o direito a um processo legal adequado, ressaltando o direito à ampla defesa e o contraditório. Essas proteções individuais devem orientar não apenas a legislação, mas também o comportamento das partes envolvidas no processo em relação às provas (artigo 5º, LIV e LV). Na mesma linha, a Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece como essencial que a defesa tenha a oportunidade efetiva de investigar e apresentar provas, a fim de equilibrar adequadamente as partes envolvidas no processo (art. 8, 2, c e f, CADH).⁷

Sob a ótica constitucional, o protagonismo judicial na valoração das provas só será efetivado a partir do reconhecimento da independência e imparcialidade do juiz. Sob essa

⁴Destaca-se que, no tocante à condenação no sistema inquisitório, para Paulo Rangel a sentença deveria ser motivada apenas com base nas provas existentes no processo judicial, salvo no caso de informações cautelares, não repetíveis e antecipadas. (RANGEL, Paulo., 2005. p. 1176).

⁵“*é um sistema híbrido ou misto, pois mescla disposições que são oriundas do sistema acusatório e alguns resquícios do sistema inquisitório*” (FURLANI, D.S., 2012. p. 1.)

⁶Cumprir destacar que o vocábulo prova pode apresentar diversos entendimentos. Para Nucci, o termo "prova" pode ser compreendido de três maneiras: primeiro, como o processo de verificar a veracidade de um fato alegado durante o processo (fase probatória); segundo, como o instrumento utilizado para demonstrar a veracidade de algo (prova testemunhal p.ex.); e terceiro, como o resultado obtido a partir da análise dos meios de prova apresentados, que confirma a verdade de um fato. (NUCCI, Guilherme de Souza., 2017, p. 499.)

⁷O Brasil aderiu ao Pacto de San José por meio do Decreto Legislativo nº 27 de 28 de maio de 1992 e pelo Decreto Executivo nº 678, de 6 de novembro de 1992.

condição requer-se a preservação dos princípios do contraditório, da publicização do processo e do duplo grau de jurisdição. Por esse motivo, os princípios constitucionais e infraconstitucionais são fundamentais para a instrução probatória.

O princípio do devido processo legal, sendo garantia constitucional, também assegura “aos litigantes e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.⁸

No princípio do contraditório, compreende-se como uma garantia de participação das partes no processo, devendo ser oferecida de forma crucial para a formação do convencimento do juiz. Trata-se de um princípio expresso na Constituição Federal, no seu artigo 5º, LV, que tem por finalidade o requisito de validação do processo. Assim, nas palavras de Eugênio Pacelli:

De outro lado, e para além do interesse específico das partes e, de modo especial, do acusado, é bom de ver que o contraditório põe-se também como método de conhecimento do caso penal. Com efeito, uma estrutura dialética de afirmações e negações pode se revelar extremamente proveitosa na formação do convencimento judicial, permitindo uma análise mais ampla de toda a argumentação pertinente à matéria de fato e de direito. Decisão judicial que tem como suporte a participação efetiva dos interessados em todas as fases do processo tem maior probabilidade de aproximação dos fatos e do direito aplicável, nas exatas medidas em que puder abranger a totalidade dos argumentos favoráveis e desfavoráveis a uma ou outra pretensão.⁹

No tocante ao princípio da ampla defesa, os indivíduos possuem o direito de defesa, utilizando-se dos meios legais de prova, garantindo o direito à prova entre a defesa e a acusação. Nessa abordagem, leciona Pacelli:

O contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo processo e, particularmente, do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal.¹⁰

Ademais, no princípio da presunção da inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, o legislador demonstra sua preocupação com o caráter protetivo da norma. Para Aury Lopes Jr., a presunção da inocência é o "princípio reitor do processo penal e,

⁸art. 5º, LV, da CFRB.

⁹OLIVEIRA, Eugênio Pacelli., 2021. p. 76.

¹⁰*Ibidem*, p. 118.

em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia)"¹¹.

Assim, a presunção da inocência subsiste no processo penal no Estado Democrático de Direito, o qual passa a valer como meio garantidor do processo, para aferir validade na condenação de alguém. Segundo André Luiz Nicolitti:

A presunção de inocência é dotada da chamada eficácia irradiante, ou seja, tem sua aplicação a processos de natureza não criminais. O referido princípio protege a pessoa humana contra o abuso do poder estatal, de forma a impedir (...) que se imponham aos réus restrições de direitos sem que haja condenação com trânsito em julgado.¹²

Em contrapartida, destaca-se a importância do princípio na sua dimensão política:

“a presunção de inocência é a primeira, e talvez a mais importante forma de analisar este princípio, é como garantia política do cidadão. A presunção de inocência é, antes de tudo, um princípio político! O processo, e em particular o processo penal, é um microcosmos no qual se refletem a cultura da sociedade e a organização do sistema político. Não se pode imaginar um Estado de Direito que não adote um processo penal acusatório e, como seu consectário necessário, a presunção de inocência que é, nas palavras de PISANI, um “*presupposto implícito e peculiar do processo acusatorio penale*”. O princípio da presunção de inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana. Há um valor eminentemente ideológico na presunção de inocência. Liga-se, pois, à própria finalidade do processo penal: um processo necessário para a verificação jurisdicional da ocorrência de um delito e sua autoria”.¹³

Por outro lado, no princípio da proibição da utilização das provas ilícitas, os direitos e garantias individuais estão vinculados ao princípio a partir da ótica constitucional no art. 5.º, LVI, da CRFB, como direito fundamental. Por isso, o Estado não poderá se valer de práticas inapropriadas e antiéticas no processo de recolhimento da prova do fato, com intuito de garantir a eficácia do Estado Democrático de Direito. Um Estado que se preocupa em ser ético e garantista não deve se afastar dos princípios que garantem o aperfeiçoamento da atividade probatória.

A própria Constituição Federal assegura que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”¹⁴ Nessa conjunção, se insere o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas na preservação da qualidade material dos instrumentos probatórios. Ao

¹¹ LOPES JÚNIOR, Aury., 2011, p. 177.

¹² NICOLITT, André Luiz., 2014, p. 153.

¹³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 105-106.

¹⁴ Art. 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. LVI - "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

depararmos com esses princípios, constatam-se as relações intrínsecas entre eles para garantir a efetividade na atividade probatória. Assim, para manter a legalidade durante todo o processo, deve-se constituir elementos válidos que assegurem os direitos individuais e as garantias fundamentais.

2.2 A busca pela verdade nas provas

Podemos observar a existência de fatores determinantes para analisar a dinâmica de investigação probatória. Por muitos anos, havia uma visão de que o processo e a punição deveriam ser tratados de forma única. No entanto, sabemos que a percepção no processo penal, no tocante às provas, é antiga, pois, no passado, utilizavam a prisão do suspeito e de meios de tortura para conseguir a reconstrução dos fatos que eram considerados como práticas criminosas, tudo isso para alcançar a verdade.¹⁵

A busca pela verdade é uma discussão ampla e intrínseca à natureza humana. O tema é antigo, pois faz parte do processo de busca pelo conhecimento, permeando áreas como a filosofia e o direito. Ainda não há um consenso sobre o conceito de verdade, resultando em diversas conclusões sobre o assunto. Por ser uma noção relativa, sua interpretação varia de acordo com o contexto temporal e espacial, adaptando-se a diversas possibilidades. Nas palavras de Marilena Chauí: “o desejo da verdade aparece muito cedo nos seres humanos como desejo de confiar nas coisas e nas pessoas, isto é, de acreditar que as coisas são exatamente tais como as percebemos e o que as pessoas nos dizem é digno de confiança e crédito”.¹⁶

Na análise de Taruffo, a verdade se distingue a partir de uma perspectiva filosófica cética, o qual nega a possibilidade de conhecer a realidade de maneira confiável.¹⁷ Para o jurista, o conceito de verdade, precisa ser avaliado. A verdade de uma afirmação não pode ser determinada isoladamente, mas sim considerando o contexto em que está inserida. Sendo assim, para determinar a verdade, é necessário confrontar uma afirmação com outras proposições que sejam cientificamente comprovadas e estejam alinhadas com a convicção humana. As afirmações precisam ser coerentes e devidamente comprovadas.¹⁸

Nesse aspecto, os meios de prova são vistos como suporte para uma narrativa convincente no contexto do processo judicial. Em suma, a importância da coerência e do

¹⁵BITENCOURT, Cezar Roberto., 2020, p. 193.

¹⁶CHAUI, Marilena., 2000, p. 112.

¹⁷TARUFFO, Michele., 2002, p. 28.

¹⁸*Id.*, 2016, p. 100.

contexto na avaliação da veracidade de uma afirmação deve ser considerada tanto no contexto científico quanto o jurídico.

Sobre a verdade real, Aury Lopes Jr. explica que:

“a verdade real é impossível de ser obtida” “não só porque a verdade é excessiva”, “senão porque constitui um gravíssimo erro falar em ‘real’ quando estamos diante de um fato passado, histórico. É o absurdo de equiparar o real ao imaginário. O real só existe no presente. O crime é um fato passado, reconstruído no presente, logo, no campo da memória, do imaginário. A única coisa que ele não possui é um dado de realidade”.¹⁹

A distinção entre verdade real e verdade formal, antes considerada fundamental no processo penal, parece ter perdido relevância prática nos dias de hoje. Isso se deve ao reconhecimento de que a busca pela verdade no processo é complexa e muitas vezes inatingível em sua pureza. Essa verdade depende das características psicológicas individuais e das ações dos sujeitos processuais. Quando ocorrem problemas na obtenção das provas ou no enfraquecimento delas, afetam consideravelmente a credibilidade no processo.

Nessa direção, Rubens Casara também define a verdade real como um mito processual:

A rigor, a verdade real é um mito. A verdade, como correspondência entre um dado e a realidade, é uma só. A verdade está no plano ideal: a plena correspondência, que não pode ser reconstruída no mundo sensível. Para falar em verdade real, é necessário supor a existência de outra verdade, que seria, então, irreal e, portanto, não verdadeira.²⁰

Para alcançar algum grau de verdade, mesmo que idealizada, na investigação criminal, é necessário atingir algum nível de verdade. Ou seja, busca-se a verificação dos fatos e, ao obter eventos verossimilhantes, construir a verdade fática que mais se aproxima. Para Luigi Ferrajoli:

A verdade processual fática é, na realidade, um tipo particular de verdade histórica, relativa a proposições que falam de fatos passados, não diretamente acessíveis como tais à experiência; enquanto a verdade processual jurídica é uma verdade que podemos chamar de classificatória, ao referir-se à classificação ou qualificação dos fatos históricos comprovados conforme as categorias subministradas pelo léxico jurídico e elaboradas mediante a interpretação da linguagem legal.²¹

Assim, é preciso analisar que tipo de verdade prevalece no processo penal. Na verdade processual, validam-se as regras legais e constitucionais em vigor, trazendo um equilíbrio entre a busca pela verdade e a garantia dos direitos individuais, para assegurar um julgamento justo.

Embora seja reconhecido que alcançar a verdade e a justiça plena no âmbito do sistema legal seja uma tarefa desafiadora, a argumentação em defesa de que os juízes devem, na medida do possível, compreender não apenas as nuances legais, mas também os fatos subjacentes a um

¹⁹LOPES JR., Aury, 2016, p.70.

²⁰CASARA, Rubens R. R., 2015, p. 177.

²¹FERRAJOLI, Luigi., 2014, p. 54.

caso específico, é substancial e válida. Essa premissa é crucial para garantir que as decisões judiciais sejam percebidas como justas e equitativas por todos os envolvidos.

A mera idealização de um juiz imparcial não é suficiente; é imperativo que os princípios de imparcialidade sejam efetivamente aplicados, permitindo que ambas as partes, tanto a acusação quanto a defesa, exerçam plenamente seus direitos e participem ativamente do processo legal.²² Cabe, portanto, reconhecer uma verdade possível, enfatizando o devido processo legal e os direitos fundamentais do acusado.

2.3 A produção probatória sob a ótica dos valores epistêmicos

É observável que o processo penal busca reconstruir de forma aproximada determinado elemento histórico como um “ritual de reconhecimento”²³. A partir de uma reconstrução histórica dos fatos, vai se formando o convencimento do juiz. As provas decorrem de um lapso temporal, que ao serem inseridas no judiciário, são submetidas à complexidade – criam as condições necessárias para o convencimento do julgador para reconhecer as provas e legitimar o poder, por meio da sentença. A atividade exercida pelo juiz trata-se de uma remissão ao fato histórico (*story of the case*) narrado na peça acusatória.²⁴ As provas precisam ser “o elemento central de informação e verificação dos fatos passados, a sua autenticidade, fidedignidade e confiabilidade devem ser limpas e inquestionáveis.”²⁵

À vista disso, tem-se um interesse fundamental no cuidado com as provas produzidas, uma vez que existem princípios que confirmam a sua efetividade no sistema, como: o devido processo legal, ampla defesa, contraditório, presunção de inocência e o direito à prova lícita.

O juiz cumpre o papel de analisar o passado de forma indutiva de chegar em suas conclusões considerando a probabilidade, ao interpretar os *signos* do passado, deixados no presente.²⁶ Sendo assim, a prova constitui-se como parte de uma narrativa, um fragmento na história, que sustenta a *story of the case* em que as partes levam ao juiz.²⁷

Constata-se que o caminho em que o juiz deve conduzir a instrução probatória, percebe-se uma relação entre a prova e a decisão penal. Há uma discussão doutrinária sobre quais são as possibilidades que o Estado-juiz possui para buscar as provas, além de como devem ser

²²NICOLITT, André Luiz., 2014, p. 411-412.

²³LOPES JR, Aury., 2020, p. 556.

²⁴*Ibidem.*, *loc. cit.*

²⁵SOUZA, Lia Andrade de; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de., 2019, p. 4.

²⁶LOPES JR, Aury., *op. cit.*, p. 566.

²⁷*Ibidem.*, p. 567.

estabelecidas as suas formas de controle e quais as regras para a admissão e produção de prova.²⁸ Isso ocorre porque se questiona a essencialidade como terceiro imparcial, de forma que não leve a favorecer uma das partes, o que seria contraproducente no contexto do sistema acusatório. O papel do juiz no processo de instrução das provas precisa valer-se dos princípios norteadores para que não perca a sua imparcialidade e não tenha um julgamento injusto.

A prova penal necessita passar por um ponto de vista metodológico, ou seja, um processo de filtragem epistêmica²⁹ que sirva como um modelo para gerar conhecimento dos fatos por meio das provas.³⁰ Compreende-se a epistemologia como “toda noção ou ideia, refletida ou não, sobre as condições do que conta como conhecimento válido. É por via do conhecimento válido que uma dada experiência social se torna intencional e inteligível. Não há, pois, conhecimento sem práticas e atores sociais.³¹ Para Ferrajoli, tal ponto de vista epistemológico requer “que a legitimidade das decisões penais se condicione à verdade empírica de suas motivações”.³² Além disso, segundo Janaina Matida e Rachel Herdy:

“Epistemologia Jurídica” tem sido empregada para fazer referência ao desafio de se justificar proposições sobre questões de fato que são apresentadas em um processo judicial. A questão que interessa é a justificação das proposições sobre os fatos que integram o raciocínio do julgador no momento em que se lhe exige uma decisão sobre quem merece a tutela jurisdicional no caso individual.³³

A dimensão do caráter epistêmico revela que a obtenção das provas precisa ser analisada no seu método de produção e utilização, em razão de assumir a responsabilidade penal, utilizando-se de meios adequados para aferir critérios oportunos.³⁴

²⁸Ressalta-se que não basta apenas evidenciar o controle rígido de admissão, como também deve haver um questionamento sobre o decisionismo do juiz. O jusfilósofo Lenio Streck escreveu algumas críticas sobre a visão tecnicista operacional que reduz o Direito tão somente ao que o intérprete sustenta, sujeitando ao que é dito pelos tribunais. Streck se opôs às ideias do realismo jurídico e do pragmatismo, salientando que essas posições os levam para um perigo em caráter hermenêutico, e, conseqüentemente, resultando na formação interpretações discricionárias, das quais qualquer intérprete está impedido de fazer. Nessa direção, “o pragmatismo pode ser considerado como uma teoria ou postura que aposta em um constante ‘estado de exceção hermenêutico’ para o direito; o juiz é o protagonista, que ‘resolverá’ os casos a partir de raciocínios e argumentos finalísticos. Trata-se, pois, de uma tese anti-hermenêutica e que coloca em segundo plano a produção democrática do direito.” (STRECK, Lenio., 2014. p. 269).

²⁹Como ressalta Janaina Matida, ao utilizar esse termo como uma necessidade de tratamento jurídico probatório por meio de uma ‘filtragem epistêmica’, pois é substancial a *separação, não deixar passar, purificar*; do mesmo modo que o termo ‘epistêmico’ emprega-se para o ajuste da prova conforme a realidade jurídica e extrajurídica dos fatos, dentro dos limites no processo. (MATIDA, J.; MASCARENHAS NARDELLI, M.; HERDY, R., 2020, p.1).

³⁰TARUFFO, Michele., *op. cit.*, p. 160.

³¹SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula., 2010, p. 15.

³²FERRAJOLI, Luigi., 2016, p. 70.

³³MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel., 2019, p. 209.

³⁴PRADO, Geraldo., 2019, p. 33.

Em contrapartida, tese defendida por Geraldo Prado define dois princípios de controle epistêmico sobre a veracidade probatória, a partir da ótica de fiabilidade, que são: a “mesmidade” e a “desconfiança”.³⁵ Nessa condição, existe um exame sobre o fundamento de controle epistemológico e das provas penais, o qual expressa-se na tutela da atividade probatória para possuir um rígido controle que seja capaz de ser definitivo, inviabilizando a possibilidade de decisão arbitrária, havendo, somente, a oportunidade de decidir.

A prova pode ser expressa tanto pelo instrumento recognitivo, como também pela persuasão. O juiz pode ser persuadido pelas partes ao apresentarem suas provas.³⁶ Isso mostra que o magistrado não fabrica a verdade, por si mesmo, mas apenas aplica um ato de convencimento, valendo-se do devido processo legal. Desse modo, as garantias processuais são fundamentais, uma vez que a prova é limitada e a sua preservação é essencial, pois o passado jamais poderá ser colocado de forma exata em juízo. Portanto, ignorar a real dimensão epistêmica pode gerar consequências irreparáveis no processo.

Destarte, após o exame dos fatos e da valoração das provas, temos um momento consecutivo em que, uma vez verificadas as provas, elas alcançam um nível mínimo para sua comprovação como hipótese fática. O *standard*³⁷ de prova é um meio utilizado para tratar dessas condições mínimas para as decisões judiciais. Cada ordenamento jurídico deve se fundamentar a partir da valoração dos bens jurídicos que estão em jogo, o que poderá aumentar ou reduzir os critérios de exigência probatória. No nosso sistema processual penal, a tendência, com o aumento do *standard* de prova, concerne em dificultar os erros judiciais que levem à falsa condenação.

O *standard* probatório tem o objetivo de constatar ou fornecer critérios decisoriais para exercer limite ao convencimento judicial, de modo que regula sobre o que deve ser provado, seja no provável ou não. No direito brasileiro, muito se comenta sobre o *standard* probatório elevado, devido ao princípio da presunção da inocência. O réu só será considerado culpado na hipótese em que tal conclusão se confirma, através de uma pluralidade de provas que ultrapassem a dúvida razoável. Nessa ótica, Taruffo sustenta que o *standard* probatório se trata

³⁵PRADO, Geraldo., 2014, p. 16-17.

³⁶“o conceito de prova está vinculado ao de atividade encaminhada para conseguir o convencimento psicológico do juiz”. (ARAGONESES ALONSO, Pedro., 1981, p. 251).

³⁷Maria Gascón define o *standad* probatório como ‘*critérios que indicam quando se conseguiu a prova de um fato, ou seja, critérios que indicam quando está justificado aceitar como verdadeira a hipótese que descreve*’. (GASCÓN ABELLÁN, Maria., 2005, p. 129.)

de uma decisão política e valorativa, sendo uma “escolha política e moral plenamente compartilhável”, cujo objetivo respalda-se em evitar a imputação de erros judiciais sobre um inocente.³⁸ Após a análise inicial das razões para a diferenciação, torna-se indispensável analisar quais os meios adequados para tornar a prova aceitável.

2.4 Provas ilícitas e ilegítimas

De maneira simples, as provas ilícitas trata-se de provas produzidas fora do processo. A sua desconformidade perpassa entre os dispositivos da lei penal e da própria constituição. Nesse caso, não há o que se falar, ainda, sobre nulidade, tendo em vista que tal quesito verifica-se dentro do processo. Por força do art. 157 do CPP, impõe-se a ideia de que a ilicitude da prova surge no momento de sua produção. Dessa forma, “a prova ilícita – por qualificar-se como elemento idôneo de informação – é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica.”³⁹ Ainda sobre o tema, Lopes Jr. leciona:

Prova ilegítima: quando ocorre a violação de uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, no processo. A proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for imposta em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo. Exemplo: juntada fora do prazo, prova unilateralmente produzida (como o são as declarações escritas e sem contraditório) etc.; prova ilícita: é aquela que viola regra de direito material ou a Constituição no momento da sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a este (fora do processo). [...] Em geral, ocorre uma violação da intimidade, privacidade ou dignidade (exemplos: interceptação telefônica ilegal, quebra ilegal do sigilo bancário, fiscal etc.).⁴⁰

Nota-se uma divergência doutrinária em relação à diferenciação entre as provas ilícitas e as provas ilegítimas, por mais que o legislador não tenha se dedicado em dividi-las distintamente⁴¹. O fator determinante para determinar se uma prova é ilícita ou ilegítima é o local onde ela foi obtida: se foi coletada dentro ou fora do processo.

Contudo, as provas ilegítimas são consideradas como aquelas que entram em conflito com a formalidade do processo, ou seja, se a prova foi colocada no processo de maneira irregular e contrária ao disposto em lei.

Além disso, cabe mencionar as provas ilícitas por derivação, encontradas no §1º do artigo 157 do CPP, que são consideradas válidas tanto no aspecto material quanto formal. No

³⁸TARUFFO, Michele., 2005, p. 117.

³⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 251445**. Recorrente: Ministério Público Estadual. Recorrido: Waldemar Lopes de Araújo, Relator: Min. Celso de Mello, 21 jun. 2000.

⁴⁰LOPES JÚNIOR, Aury., 2020, p. 630.

⁴¹Vide o art.157 do Código de Processo Penal.

entanto, existe um nexo de causalidade com as provas ilícitas, que, conseqüentemente, são inadmissíveis no processo.

Observando, porém, a Lei n.º 11.690/2008 e a Constituição Federal em seu art. 5º, LVI, nota-se a inadmissibilidade de provas ilícitas por violação da ordem processual e material. Em geral, a doutrina defende o desentranhamento das provas ilícitas no processo, uma vez que o seu estado de imprestabilidade seja confirmado. Entretanto, ainda há uma flexibilização no entendimento de tais normas, valendo-se do princípio da proporcionalidade. Uma parcela minoritária da doutrina e da jurisprudência admite o uso das provas ilícitas no processo, sob o respaldo de que nenhuma norma constitucional deverá ter caráter absoluto.⁴²

De forma implícita, o princípio da proporcionalidade faz-se necessário, em muitos momentos, para proteger a garantia do indivíduo contra os excessos do poder Estatal. De acordo com as lições de Leandro Cadenas Prado sobre o princípio da proporcionalidade:

[...] tem como base o equilíbrio, a proporcionalidade entre valores contrastantes. Dessa forma, o princípio da vedação às provas ilícitas não deve ser visto como absoluto, sendo excepcionalmente relevado, sempre que estiver em jogo um valor significativo, podendo um princípio de menor importância ceder a um de maior relevância social.⁴³

A exemplo disso, segue a jurisprudência que decidiu a favor desse posicionamento:

“Constitucional e Processo Penal. Habeas Corpus. Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do artigo 5º da Constituição, que fala ‘são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito’, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da ‘atualização constitucional (verfassungsaktualisierung), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranquila. Sempre é invocável o princípio da ‘Razoabilidade’ (Reasonableness). O ‘princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas’ (Exclusionary Rule) também lá pede temperamentos. Ordem denegada” (Acórdão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, publicado no DJU de 26.02.96, p. 4.084, rel. Adhemar Maciel, autos do HC nº 3982/RJ, v.u.).⁴⁴

Por outro lado, encontra-se a corrente da admissibilidade a partir da defesa *pro reo*, para provar a sua inocência, Andrey Borges de Mendonça sustenta que:

De qualquer sorte, é importante ressaltar que a doutrina majoritária entende admissível a prova ilícita *pro reo*, ou seja, para comprovar a inocência do acusado. Se

⁴²PACELLI, Eugênio., 2017, p. 183.

⁴³ PRADO, Leandro Cadenas., 2009, p. 31.

⁴⁴BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **HC nº 3982/RJ**, acórdão da 6ª Turma, publicado no DJU de 26.02.96, p. 4.084, Relator: Min. Adhemar Maciel, v.u.

a vedação foi estabelecida como garantia do indivíduo, não poderia ser utilizada em seu desfavor, quando necessária para comprovar a inocência. Ademais, outro fundamento comumente invocado para a admissão da prova ilícita pro reo é que haveria, nesta situação, exclusão da ilicitude, em razão da caracterização do estado de necessidade.⁴⁵

Em suma, a doutrina majoritária considera que as provas ilícitas são consideradas contaminadas no processo – sendo inadmissíveis para o seu reconhecimento, impedindo que o juiz conheça o conteúdo da prova, dada a sua ilicitude. Assim:

Não importa, como se vê, se a norma violada é constitucional ou internacional ou legal, se material ou processual: caso venha a prova a ser obtida em violação a qualquer uma dessas normas, não há como deixar de concluir pela sua ilicitude (que conduz, automaticamente, ao sistema da inadmissibilidade).⁴⁶

O princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas colide, em casos excepcionais, com as normas constitucionais, sob o fundamento em princípios e garantias individuais. Todavia, a doutrina e a jurisprudência majoritária têm adotado a não utilização das provas ilícitas no processo penal, impondo caráter absoluto ao princípio constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas. Sendo assim, a constituição garante aos acusados o direito de defesa, por meio dos princípios constitucionais e para tutela de direitos.

2.5 A Cadeia de custódia da prova no processo penal

O conjunto probatório é fundamental para o embasamento da sentença do juiz, para atentar-se a regularidade da coleta de todas as evidências, investigar a cena do crime, o transporte da coleta do material para o laboratório e o cuidado na preservação dos dados recolhidos. A cadeia de custódia envolve diversos procedimentos a partir da coleta do material para o registro probatório, sob a tutela estatal.

O conceito refere-se às regras estabelecidas para manutenção do procedimento que são utilizados para preservação cronológica dos vestígios coletados. Entende-se, doutrinariamente, a cadeia de custódia como “método por meio do qual se pretende preservar a integridade do elemento probatório e assegurar sua autenticidade em contexto de investigação e processo”.⁴⁷ Além disso, nas lições de Gustavo Badaró “a cadeia de custódia em si deve ser entendida como

⁴⁵MENDONÇA, Andrey Borges de., 2009, p. 166.

⁴⁶GOMES. **Lei nº 11.690/2008 e provas ilícitas.: Conceito e inadmissibilidade.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1832, 7 jul. 2008.

⁴⁷PRADO, Geraldo., 2021, p. 162.

a sucessão encadeada de pessoas que tiveram contato com a fonte de prova real, desde que foi colhida, até que seja apresentada em juízo”.⁴⁸

No Brasil, o tema começou a ser discutido em 2013, quando a SENAP - POP da perícia criminal introduziu um plano de operações que incluía a implementação de um sistema de 'controle da cadeia de custódia'. O sistema exigia que todos os peritos criminais fossem responsáveis em garantir a integridade de todas as evidências coletadas nos locais de crime. Assim, deveriam constar registros com os detalhes da coleta, a identificação de cada item de evidência e embalá-los de forma apropriada antes de enviá-los para exames adicionais.

No ano de 2014, a Portaria n.º 82 da Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP).⁴⁹ definiu as orientações para os procedimentos relacionados à cadeia de custódia de vestígios. Dessa maneira, já se tinha uma noção sobre a cadeia de custódia através do artigo 6º, I, e do artigo 169 do CPP, vejamos:

Art. 6º. 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 nº 8.862, de 28.3.1994);

Art. 169. Para o efeito de exame do local onde houver sido praticada a infração, a autoridade providenciará imediatamente para que não se altere o estado das coisas até a chegada dos peritos, que poderão instruir seus laudos com fotografias, desenhos ou esquemas elucidativos.

Acrescenta-se, ainda que em 2019 foi implementada a Lei 13.964/2019, estabelecendo os artigos 158-A até 158-F. E por fim, em 2020, a Portaria n.º 176 da SENASP criou um Grupo Técnico encarregado de elaborar planos para estruturar a cadeia de custódia no Brasil.

A Lei n.º 13.964/2019, incorpora a cadeia de custódia da prova nos artigos 158-A a 158-F do Código de Processo Penal – que estabelecem os critérios objetivos para a coleta de materiais, até o descarte, com diversas etapas e descrição das suas especificidades. Diante desses critérios, é oportuno mencionar uma parte desta previsão normativa:

Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

§ 1º O início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio.

⁴⁸BADARÓ, Gustavo. **A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal**. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. Temas atuais da investigação preliminar no processo penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 254.

⁴⁹A portaria n.º 82 da SENASP, define a cadeia de custódia como sendo: “o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte”.

§ 2º O agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação.

§ 3º Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal.

Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas:

I - reconhecimento: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial;

II - isolamento: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime;

III - fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento;

IV - coleta: ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza;

V - acondicionamento: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento;

VI - transporte: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse;

VII - recebimento: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu;

VIII - processamento: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito;

IX - armazenamento: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contraperícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente;

X - descarte: procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial.⁵⁰

Os critérios estabelecidos pela lei possuem fundamento nas garantias constitucionais, dando ênfase ao devido processo legal. Todavia, existe um longo percurso para refletir sobre as “regras do jogo” e a sua efetivação plena ao Estado Democrático de Direito. Como leciona Geraldo Prado, “a cadeia de custódia se mostra como instrumento necessário para garantir a fiabilidade do material probatório”.⁵¹

⁵⁰BRASIL. Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019.

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.

Para o STJ, o objetivo da cadeia de custódia consiste em “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”.⁵²

Estabelecer um rígido controle sobre as provas é um dos desafios mais relevantes no processo de valoração jurídica. Por elas serem obtidas “fora do processo”, é fulcral a demonstração de toda a sua trajetória.⁵³ Para Geraldo Prado:

O cuidado que envolve o tema da formação da prova leva em consideração questões de ordem prática como, por exemplo, a manipulação indevida do elemento probatório com o propósito de incriminar ou isentar alguém de responsabilidade e também interroga, no plano teórico, as condições concretas do melhor conhecimento judicial. Em outras palavras, trata-se de perseguir a melhor qualidade da decisão judicial e reduzir ao máximo os riscos de incriminação imprópria.⁵⁴

Nas lições do autor, é mister a presença dos princípios da “mesmidade” e da “desconfiança”.⁵⁵ Entende-se “mesmidade”⁵⁶ como uma garantia de que a prova valorada não sofreu alterações, sendo exatamente aquela que apanhada inicialmente ou “a mesma”. Não obstante, a quebra do princípio não acontece de forma rara. Pode-se observar no tocante às interceptações telefônicas, por exemplo, que conseqüentemente tem o seu direito de defesa ao acesso à integralidade da prova comprometido. O acesso total à prova original é a mais clara evidência da manifestação do contraditório e da paridade de armas. No entanto, quando a prova sofre interferências por parte da autoridade policial ou da acusação, aquela prova é manejada apenas para as próprias pretensões.⁵⁷ É aqui que nasce a manipulação. De maneira semelhante, no princípio da “desconfiança” exige-se que as provas sejam submetidas à avaliação, para que seja “acreditada”⁵⁸. Desse modo, a alteração das fontes afeta a credibilidade e contamina os meios de preservação.

Assim, diante dos critérios objetivos para avaliar a validade de provas afastando a necessidade de presumir a boa ou má-fé dos envolvidos, leciona Lopes Jr.:

[...] o fundamento vai além: não se limita a perquirir a boa ou má-fé dos agentes policiais/estatais que manusearam a prova. Não se trata nem de presumir a boa-fé, nem a má-fé, mas sim de objetivamente definir um procedimento que garanta e acredite a prova independente da problemática em torno do elemento subjetivo do agente. A discussão acerca da subjetividade deve dar lugar a critérios objetivos, empiricamente comprováveis, que independam da prova de má-fé ou “bondade e

⁵²STJ. **Recurso em Habeas Corpus** n. 77.836 - PA, 5ª Turma, Rel. Ministro Ribeiro Dantas. J. 05/02/2019.

⁵³LOPES JÚNIOR, Aury., 2020. p. 656.

⁵⁴PRADO, Geraldo., 2019, p. 95.

⁵⁵*Id.*, 2014, p. 16-17.

⁵⁶PRADO, Geraldo., *op.cit.*, *loc. cit.*

⁵⁷LOPES JR, Aury., 2020. p. 657.

⁵⁸LOPES JR, *op. cit.*, *loc. cit.*

lisura” do agente estatal. Do contrário, ficaremos sempre na circularidade ingênua de quem, acreditando na “bondade dos bons” (AGOSTINHO RAMALHO MARQUES NETO), presume a legitimidade de todo e qualquer ato de poder, exigindo que se demonstre (cabalmente, é claro) uma conduta criminosa e os “motivos” pelos quais uma “autoridade” manipularia uma prova... Eis a postura a ser superada.⁵⁹

O valor da cadeia de custódia visa impedir a manipulação – seja para incriminar ou eximir-se da responsabilidade, como também obter qualidade nas decisões judiciais e definir um procedimento adequado para as provas, independentemente do problema das suas subjetividades. A preservação das fontes de prova é relevante, principalmente, nas provas que ocorrem fora do processo. Assim, é fundamental analisar sobre a cadeia de custódia como condição de validade probatória.

A lei pretende, de maneira formal, documentar o processo de existência daquela prova e que nos permita uma validação posterior do juízo e controle no sistema. Nesse sentido, a cadeia de custódia tem o papel importante no equilíbrio entre os sistemas processuais, pois “não se pode mais admitir o desequilíbrio inquisitório, com a seleção e uso arbitrário de elementos probatórios pela acusação ou agentes estatais”.⁶⁰

A lei brasileira não define adequadamente em qual setor as atividades probatórias são definidas, criando uma indagação quanto às regras jurídicas sobre as consequências de uma possível violação da cadeia de custódia. A tese defendida por Gustavo Badaró afirma que as falhas na preservação da cadeia de custódia não tornam automaticamente as provas ilícitas. Em vez disso, esses problemas devem ser cuidadosamente avaliados e justificados no momento da valoração.⁶¹ Por outro lado, Guilherme Nucci⁶² sustenta que não há ilicitude da prova, mas requer a solução da controvérsia por meio do regime das nulidades processuais do Código de Processo Penal.

Dessa maneira, a importância da cadeia de custódia para o elemento probatório e a segurança jurídica no processo, deverá ser analisada através dos esforços que levam à garantia de justiça, os quais asseguram às partes a inviolabilidade das provas sem que contamine o local e os indícios ali contidos. Nesse ponto de vista, nascem dois questionamentos: quais as consequências da quebra da cadeia de custódia (*break on the chain of custody*) e quais as implicações da cadeia de custódia nas provas digitais? É o que se trata no próximo capítulo.

⁵⁹*Ibidem.* p. 656.

⁶⁰LOPES JR, *op. cit.*, p. 660.

⁶¹BADARÓ, Gustavo., 2018, p. 535.

⁶²NUCCI, 2020, p. 71.

3 PROVAS DIGITAIS E A QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA

3.1 Provas Digitais

O assunto de provas digitais aborda uma série de aspectos relevantes para nossa realidade. Os dados digitais podem ser armazenados, manuseados, retendo informações, que por consequência revelam vestígios para uma eventual investigação preliminar. Nesse sentido, os dados digitais podem ser considerados como fonte de provas, que ao serem recolhidas em ambiente digital ou informático, em virtude de sua complexidade metodológica e científica, são identificadas como provas científicas.⁶³

As provas digitais possuem características próprias, devendo ser verificadas e reconhecidas e, assim, ser utilizadas sem eventuais riscos de irregularidades que tenham como resultado a nulidade processual. Para serem interpretadas, as provas digitais dependem de suporte para a sua investigação, devido à sua volatilidade, imaterialidade, fragilidade e facilidade na clonagem e dispersão. Os dados digitais possuem um elevado risco de contaminação e o seu debate perpassa sobre os métodos adequados para o recolhimento de dados e a sua preservação desde o seu estado inicial.

Segundo Benjamim Silva Rodrigues, o conceito de prova digital é considerado como “qualquer tipo de informação, com valor probatório, armazenada em repositório eletrônico-digital de armazenamento ou transmitida em sistemas de redes informáticas, privadas ou publicamente acessíveis, sob a forma binária ou digital”.⁶⁴

O vestígio digital na instrução penal segue o mesmo procedimento indicado para essa espécie probatória; no entanto, ressalta-se que nem sempre os agentes jurídicos no processo detêm conhecimento técnico pericial para observar adequadamente as etapas de preservação das provas digitais. O processo consiste em documentar cada etapa, seja na identificação dos suportes recolhidos, como também na análise dos dispositivos para evitar que haja ocultação de material probatório.

Para valorar uma prova de forma técnica, requer-se uma análise minuciosa, com um prévio conhecimento técnico, sendo necessário a presença fundamental da perícia técnica forense. O perito deve ser especializado, com uma base robusta no âmbito da ciência da computação, bem como conhecimentos específicos sobre as leis e segurança da informação.

⁶³MENDES, Carlos Hélder C. Furtado, 2019, p.133.

⁶⁴RODRIGUES, Benjamim Silva., 2011, p. 39.

Durante o processo de coleta da prova, o perito deve identificar, coletar os dados e, sobretudo, preservar a análise de todas as evidências digitais para atingir a sua finalidade como prova.

As regras específicas das evidências digitais são examinadas pela perícia forense, padronizada pela Norma ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013, pela qual realizam-se as investigações para preservar integralmente a informação e, por fim, atingir o seu valor probatório. A norma não tem caráter obrigatório, tendo em vista que não há determinação legal; no entanto, ela é reconhecida internacionalmente e adotada por vários órgãos no Brasil.

Os órgãos de segurança pública e instituições que adotam essas regras lidam diretamente com investigações criminais, segurança da informação e perícias digitais. As normas técnicas são referências para as instituições de ensino e pesquisa na área forense digital, cibersegurança, Polícia Federal, Polícia Civil dos estados e do Distrito Federal, Polícia Rodoviária Federal e dos próprios peritos criminais. Contudo, a metodologia pode variar entre os órgãos e instituições, podendo divergir seguindo protocolos internos e procedimentos específicos adaptados às suas necessidades e realidades locais.

O ideal seria que o legislador definisse uma técnica específica para coletar e preservar as provas digitais, a fim de garantir sua autenticidade e evitar a contaminação. Caso contrário, a prova poderia ser considerada inutilizável. No entanto, isso se torna inviável por várias razões. Primeiro, a informática é uma ciência que carece de métodos e técnicas uniformemente aceitos. Além disso, as técnicas computacionais estão em constante evolução, o que dificulta a criação de diretrizes específicas.

Diante desse cenário, os profissionais do direito se veem obrigados a adaptar os métodos tradicionais de obtenção de provas aos desafios apresentados pela natureza dinâmica da coleta de dados digitais. Isso ocorre porque, dado o silêncio do legislador sobre o assunto, não há orientações claras sobre como lidar com a obtenção de provas digitais. Dessa forma, surge o desafio para os aplicadores do direito encontrar maneiras eficazes de lidar com esse tipo de prova, levando em consideração a rápida evolução da tecnologia.

É válido ressaltar que as normas técnicas observam características específicas ligadas à definição do “*e-evidence*”, que são orientadas pela: i) relevância – para que o elemento confirme o meio de prova adequado; ii) confiabilidade – para manter correspondência com os dados de origem; iii) e suficiência – como resposta integral e adequada para superar os testes

de verificação. A prova digital depende de dados válidos, sendo exigíveis normas técnicas de existência, validade e eficácia.⁶⁵

Em relação às evidências digitais na cadeia de custódia, Alexandre Morais da Rosa ilustra que:

Considerando as características dos dados alvo da prova (volatilidade e fragilidade), a evidência digital pode ser alterada, editada, manipulada ou destruída de modo doloso ou culposo, tanto pelos agentes processuais, como pelos peritos. A "e-evidência" constitui-se pelos formatos físico e lógico. Desde o rastreo e a obtenção, até o descarte, todo o percurso e tratamento deve ocorrer com a "identificação" dos dispositivos (externa, via dispositivo de armazenamento e, se possível e viável, a interna: os dados), evitando-se sobreposições. Os cuidados com a Cadeia de Custódia Digital (controle de obtenção, movimento e acesso aos dados, com a identificação, histórico de acesso, por tempo, local e motivação, além de eventuais alterações) se potencializam, porque é dever de todos os agentes que participam da obtenção ou tratamento da evidência digital, além de conhecimentos mínimos (p.ex. o programa MD5Summer verifica a integridade dos arquivos transmitidos pela web), a respectiva documentação das condições matérias do rastreamento, identificação, fixação, aquisição (cópia integral e documentada da evidência, observando-se a conformidade: função de *Hash*), preservação (manutenção do original da evidência intacto), análise, intercorrências, armazenamento e descarte. Os "dados" se distinguem entre "voláteis" (p.ex. memória RAM etc.) ou "não voláteis" p.ex. HD, cards de memória etc.). Os voláteis podem se perder mais facilmente, motivo pelo qual o modo como eventual Busca e Apreensão é realizada pode destruir ou comprometer o conteúdo.⁶⁶

O *hash* funciona como uma impressão digital de dados. É uma sequência única de letras e números criada a partir de informações, como uma senha ou um arquivo. Essa sequência é gerada por um algoritmo matemático que converte os dados em uma forma fixa e não reversível. Nesse sentido, o *hash* é utilizado para verificar se os dados permaneceram inalterados, se houve um armazenamento seguro das senhas e na identificação de arquivos, além de auxiliar em processos criptográficos.⁶⁷

O enfoque desse assunto, entretanto, não consiste em uma abordagem manualista sobre as normas técnicas das provas digitais, mas enfatizar a importância da obtenção da prova digital como a identificação, coleta, aquisição e preservação, e, além disso relacionar a sua compreensão dentro da cadeia de custódia.

Por conseguinte, ressalta-se a importância de requisitos como a auditabilidade, justificabilidade e reprodutibilidade. A auditabilidade observa a aplicação da técnica

⁶⁵MORAIS DA ROSA, Alexandre. O "print screen" é insuficiente à materialidade nos crimes digitais. Consultor Jurídico, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-17/limite-penal-print-screen-materialidade-crimes-digitais>.

⁶⁶MORAIS DA ROSA, Alexandre., *op. cit.*, p.1.

⁶⁷VALE, Sávio., 2020, p. 1.

compatível ao sistema. Na justificabilidade, os resultados pretendidos com a metodologia adotada na evidência devem ser compatíveis. Já na repetibilidade, os resultados devem ser os mesmos. Enquanto na reprodutibilidade, são exigíveis condições compatíveis com a fonte original. Por isso, a representação deve ser considerada tanto física quanto lógica, ou seja, quer no dispositivo ou no dado virtual recolhido.⁶⁸

Destarte, existem diversas questões que afetam a fiabilidade das provas periciais, e embora parte delas esteja relacionada à cadeia de custódia da prova, é importante destacar que a falta de confiabilidade não se restringe apenas a problemas dessa natureza. Há preocupações preexistentes em relação à fragilidade científica de certos campos das ciências forenses, além de inquietações sobre como os peritos interpretam os achados e comunicam suas conclusões, independentemente da cadeia de custódia. A modificação introduzida no Código de Processo Penal pela Lei n.º 13.964/2019 fornece uma base legal para a inadmissibilidade de provas periciais em casos de quebra da cadeia de custódia. No entanto, é importante notar que essa alteração não aborda as outras preocupações que também têm um impacto significativo na qualidade e confiabilidade das provas periciais.⁶⁹

Nesse sentido, é fundamental considerar a necessidade de abordar a questão da cadeia de custódia, como também examinar de maneira mais ampla as práticas e os padrões na ciência forense, bem como a comunicação das conclusões periciais. Essa abordagem holística é essencial para garantir a integridade e a validade das provas periciais em nosso sistema de justiça.

3.2 Os riscos da supressão de provas na cadeia de custódia

A relevância da cadeia de custódia é significativamente maior quando se trata de elementos probatórios digitais. Isso é evidenciado através da jurisprudência estabelecida por cortes constitucionais e tribunais de direitos humanos, que atribuem funções ainda mais relevantes à cadeia de custódia da prova digital, o que torna pertinente o presente estudo.

Na visão de Geraldo Prado:

[...] a cadeia de custódia é condição de procedibilidade do exame de corpo de delito e resgato o percurso histórico da *inquisitio generalis* até o *corpus delicti*, passando por

⁶⁸FURLANETO, Neto Mário; SANTOS, José., 2020, p. 8.

⁶⁹HERDY; MELO DIAS, 2021, p. 3.

Savigny, João Mendes de Almeida Junior e Tobias Barreto para desaguar no estatuto jurídico definido pela Lei nº 13.964/2019, que introduziu o artigo 158-A-F do CPP.⁷⁰

Levando em consideração a discussão normativa, a constitucionalização da proibição da prova ilícita fez com que o direito brasileiro adotasse o modelo da inadmissibilidade das provas, com o objetivo de proteger os interesses constitucionalmente garantidos. Por esse motivo, o processo penal constitucional é uma garantia contra o arbítrio estatal, priorizando a defesa da liberdade e da inocência do indivíduo. Para Geraldo Prado, “o imputado não está em posição simétrica equivalente ao do Estado investigador e acusador”.⁷¹ A prova digital, que for considerada inadmissível, pode ser tida como válida inicialmente, mas o seu uso deverá se restringir à defesa da liberdade e inocência do indivíduo.

Com a Lei n.º 13.964/2019, ficou ainda mais visível a legitimação do debate sobre os controles epistêmicos da prova, como já mencionado nos tópicos anteriores. Embora não haja menção direta às provas que não sejam físicas, elas devem ser questionadas enquanto material probatório, como também o procedimento adequado para a sua admissão no processo.

Os procedimentos mencionados nos artigos do CPP são tratados de forma ampla, considerando a extensão do assunto. O legislador dedicou-se em abordar os estágios da cadeia de custódia e seu procedimento, aplicáveis a diferentes tipos de provas e suas particularidades. Ao descrever e estabelecer os procedimentos a serem seguidos, surge a questão sobre a atenção dada pelo Estado à preservação das provas usadas no processo. Isso amplia a responsabilidade sobre o material probatório e possibilita a identificação de provas ilegais. É importante rastrear a origem da prova para garantir a integridade da cadeia de custódia.

A cadeia de custódia é um método que preserva a integridade e autenticidade das provas, impondo-se ao Estado investigador, acusador ou juiz, o dever de assegurar a confiabilidade dos elementos probatórios. A ausência de legislação específica sobre as provas digitais gera uma insegurança quanto ao cuidado do Estado com essas provas e a sua admissibilidade. Consequentemente, gera uma insegurança jurídica e fica prejudicada a aplicação do princípio da “mesmidade” entre a fonte probatória e a prova admitida no processo penal.

Sabemos que os agentes estatais necessitam de maior segurança em relação às provas para obter o melhor desenvolvimento de suas atividades. No entanto, é importante destacar que as provas não abrangem somente a figura do Estado acusador ou do juiz; é crucial também que

⁷⁰ PRADO, Geraldo., 2021, p. 2.

⁷¹*Ibidem.*, p.25.

a defesa não seja prejudicada em nenhuma etapa do processo de recolhimento de vestígios digitais. A dificuldade de custódia das provas digitais pode resultar em cerceamento do direito de defesa, por meio de uma restrição indevida que inclui o impedimento de acesso a informações relevantes, a impossibilidade de produção de provas e a violação dos princípios do contraditório e do devido processo legal. Nesse quesito, Caio Badaró afirma que “elas se apresentam em conjunto e são causa de assimetria informacional entre acusação e defesa”.⁷²

Assim, para garantir condições justas e equitativas, em que a defesa exerça seus direitos em igualdade de condições com a acusação, todas as informações ligadas ao contexto devem estar disponíveis durante toda a investigação. Ora, sendo constatada a restrição no acesso às informações relevantes, prejudica-se significativamente o exercício da defesa.

A exclusão das investigações da defesa tem por consequência a supressão seletiva das provas de inocência.⁷³ A medida das investigações deve considerar, sobretudo, a tutela da inocência, com a devida cautela em todo o procedimento. Sendo assim, não cabe ao Ministério Público, por exemplo, decidir o que é necessário para a defesa. Em recente julgamento, o Min. Edson Fachin sustentou essa lógica em sua decisão, ao constatar prejuízo à defesa após a negativa de acesso imediato ao laudo pericial, sob o fundamento de resguardar os princípios constitucionais e a cadeia de custódia do conjunto probatório.⁷⁴

O amplo acesso ao laudo pericial deve ser garantido à defesa, pois é plenamente possível que uma informação não apresentada na denúncia seja importante e de interesse da defesa. Todas as informações que se referem aos acusados podem ser relevantes e devem ser avaliadas sem objeção pela parte acusatória. No entanto, devemos ter cuidado quanto à justificativa da acusação, que por vezes exige a indicação de relevância ou pertinência. É aqui que a lógica dos princípios constitucionais deve ser resguardada, pois tais argumentos podem sustentar uma cultura de obstaculizar a defesa.

A lógica da desconfiança processual tem sua devida importância, porém não devemos ter a conclusão que toda supressão probatória seja um indicativo intencional por parte do Estado para prejudicar o réu.⁷⁵ À medida que se impõe é a reflexão sobre o desequilíbrio de

⁷²BADARÓ MASSENA, C. 2023, p. 3.

⁷³WEXLER, Rebecca. **Assimetrias de privacidade**. In: CRUZ, Francisco B.; SIMÃO, Bárbara (ed.). *Direitos fundamentais e processo penal na era digital*. v. 5. São Paulo: Internetlab, 2021. p. 21.

⁷⁴Ag. Rg. na **Rcl. 55.457**. Decisão monocrática do Min. Edson Fachin do STF. Rel.: Min. Edson Fachin. Julgamento em: 28 de março de 2023.

⁷⁵BADARÓ MASSENA, C., 2023, *op. cit.*, *loc. cit.*

informações entre a defesa e acusação, assim como garantir o fornecimento de informações contextuais da investigação, evitando uma possível condenação de inocentes. A cadeia de custódia visa à redução desses problemas, sustentando a eficácia dos direitos fundamentais e constitucionalmente previstos.

3.3 Consequências da quebra da cadeia de custódia

Entende-se que a cadeia de custódia da prova é considerada como um método em que se alcança a segurança e preservação do elemento probatório por completo. Já a violação da cadeia de custódia representa o oposto, ou seja, a quebra da sua confiabilidade⁷⁶ e autenticidade do elemento probatório. Ao examinar a coleta de vestígios, são avaliados os objetos que são requisitos para a admissibilidade como meio de prova ou meio de obtenção de prova. Percebe-se que o instituto é importante para a manutenção da validade das provas no âmbito processual. A cadeia de custódia é determinante desde o início até o fim e reflete na decisão final de condenar ou não condenar.

Nesse sentido, deve haver um *standard* mínimo probatório, em consonância com o Estado Constitucional Democrático. Diante de uma persecução criminal que requer aprofundamento desde a sua epistemologia, busca-se a verdade processual de forma válida, considerando como produto do exercício de um poder legítimo e subordinado ao Direito.

A quebra da cadeia de custódia da prova representa um rompimento fático no procedimento, que requer uma observação sobre o seu caráter epistêmico. Para buscar essa tal verdade sobre os fatos, requer-se uma busca pelo conhecimento sem romper os direitos fundamentais do acusado por meio das provas. A prova, sobretudo, requer condições para o reconhecimento sobre a sua origem, os caminhos percorridos para a sua valoração até alcançar a condição de verdade dentro do processo.

Quando essa prova se encontra enfraquecida, ela pode ser exaurida completamente no processo, devendo ser desentranhada devido à sua condição de imprestabilidade. Não há como aproveitá-la em caso de uma prova alterada, na qual suas condições já não são mais as mesmas desde a sua origem, seja no seu aspecto material, no seu conteúdo, ou em outras alterações que possam ocorrer.

⁷⁶Cf. PRADO, 2021, p.1, nota 2.

Ademais, de acordo com o art. 5º, LVI, da Constituição Federal, observa-se que as provas obtidas por meios ilícitos não serão admitidas no processo, assim como todas as que delas derivam. Quando há questionamentos sobre as provas no processo em relação a custódia ser realizada de forma irregular, o princípio do “*in dubio pro reo*” surge como um elemento em que, da dúvida, só resta a absolvição. Isso ocorre em razão da Constituição defender a prevalência da presunção de inocência, uma vez que a verdade foi questionada e a culpa não foi devidamente comprovada.

Nesse sentido, devemos nos ater a um raciocínio que nos leve para a revelação do fato que se quer provar, bem como os elementos que usamos para chegar nesse fim. Estamos diante de uma “inferência probatória”.⁷⁷

Sobre esse questionamento, Janaina Matida e Rachel Herdy aduzem que:

A inferência probatória é o raciocínio utilizado pelo tomador de decisão judicial para justificar a determinação de uma questão de fato no tribunal. Uma inferência (probatória ou não) é formada por um conjunto de proposições, chamadas premissas, que são oferecidas como razões para dar suporte a uma conclusão. No caso das inferências probatórias, as proposições que dão suporte à conclusão referem-se às informações probatórias disponíveis no processo; por outro lado, a conclusão constitui a hipótese fática a ser assumida como premissa na inferência judicial maior que justificará a decisão final.⁷⁸

Logo, ao tratar sobre as sentenças condenatórias ou absolutórias, requer-se uma cautela e tratamento rígido, isso porque estamos diante de uma decisão que afeta claramente os direitos fundamentais da liberdade de um acusado.

A Lei n.º 13.964/2019 disciplinou o funcionamento da cadeia de custódia, porém não forneceu orientações sobre as consequências relacionadas à ruptura da integralidade na coleta das evidências. Quando surge uma dúvida razoável sobre a custódia da prova, enfrentamos problemas de validade. Isso dificulta o acesso à instrução adequada para os peritos ou juízes, pois podem levá-los ao erro, tendo em vista que os procedimentos seguidos pela prova não podem ser considerados válidos.

Nesse sentido, pondera Renato Brasileiro:

Por consequência, na eventualidade de haver algum tipo de quebra da cadeia de custódia das provas - “*break on the chain custody*” -, quer se trate de meio ou de fonte de prova, há de se reconhecer a inadmissibilidade dessa evidência como prova, assim como das demais provas, pouco importando se causada de boa ou má-fé, surge inevitável dúvida quanto ao grau de fiabilidade das evidências colhidas pelos órgãos

⁷⁷ PRADO, Geraldo., 2019, p. 121.

⁷⁸ MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel., 2019. p. 136.

persecutórios, dúvida esta que há de ser interpretada em favor do acusado à luz da regra probatória do *in dubio pro reo*, daí por que tal evidência deve ser excluída dos autos.⁷⁹

Devido à impossibilidade de reproduzir a mesma prova, surgem questionamentos sobre a sua validade. Dada a ausência de previsão sobre as consequências do descumprimento da cadeia de custódia, é necessário questionar sobre as possíveis soluções para a resolução da controvérsia.

A doutrina classifica o gênero dessas provas em dois caminhos: provas ilícitas e ilegítimas. Alguns defendem que qualquer irregularidade ou ilegalidade torna a prova ilícita e inadmissível. Por outro lado, outros argumentam que é preciso analisar o caso concreto, pois nem sempre resultará em nulidade ou inutilização da prova, tornando o assunto complexo para a solução, levando os magistrados definirem qual posicionamento que deve ser adotado.

Em relação à distinção entre a teoria das nulidades e as provas ilícitas:

[...] se sabe que as nulidades constituem técnicas destrutivas de efeitos de muito menor intensidade que aquelas que decorrem da inadmissibilidade jurídica de determinado ato, que é o regime jurídico das provas ilícitas conforme a nossa Constituição. Assim é que, se ambas as categorias integram o gênero específico da invalidade dos atos processuais [...], a possibilidade de os atos nulos serem saneados enfraquece a função normativa de proteção que é da essência do processo penal. [...] Por isso, no campo das proibições de prova, marcadas pelo valor superior da dignidade da pessoa humana, a tendência dos ordenamentos jurídicos é de não se contentar com o regime das nulidades.⁸⁰

Nesse sentido, encontrar os meios eficientes para garantir a eficiência do procedimento não é uma tarefa fácil. É necessário refletir sobre os danos que possam ocorrer, destacando-se que a quebra da cadeia de custódia leva à ilicitude de uma prova e, possivelmente, à violação de princípios constitucionais, como o contraditório e a ampla defesa. Além disso, não devemos ignorar os efeitos de quem tenta se aproveitar das irregularidades, sendo um incentivo indesejável aos responsáveis pela investigação. Se houver elementos probatórios aproveitados, mesmo diante de irregularidades, ensinaremos que não há necessidade de mudanças na maneira de como investigam e que as reformas sistêmicas que visam ao aperfeiçoamento do direito criminal não precisam ser seguidas.⁸¹

Dar valor à prova oriunda de irregularidades gera um ambiente favorável à condenação a qualquer custo. Dessa maneira, é necessário evidenciar a importância de garantir o devido processo legal, para que as provas tenham rastreamento desde sua origem até sua utilização no

⁷⁹LIMA, Renato Brasileiro., 2020. p. 718.

⁸⁰PRADO, Geraldo., *op. cit.*, p. 126.

⁸¹MATIDA, Janaina., 2021, p. 150-172.

processo. É cabível questionar a cultura punitiva do Estado, pois há necessidade de reeducar os agentes responsáveis sobre as formas de investigar e obter provas.

Ademais, devemos promover uma convicção judicial baseada somente nas evidências ali contidas de maneira regular, caminhando em direção oposta à crença.⁸² Pois, se não há o rastreamento das provas, sua confiabilidade será desconsiderada, tanto em sua existência quanto em seu manuseio pelas autoridades legais. Isso inviabiliza a defesa do acusado, quebrando o contraditório que tem caráter constitucional para validação dos atos processuais, e tornando a prova ilícita.⁸³ Tal como expresso por Ferrajoli: “a certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune.”⁸⁴

Assim, a doutrina apresenta soluções diversas para a quebra da cadeia de custódia. Uma parte sustenta a ilicitude da prova e, conseqüentemente, a sua inadmissibilidade. Essa corrente argumenta que, se a prova não tiver possibilidade de rastreamento, ela perde a confiabilidade, pois impede o exercício do contraditório. Nessa abordagem, as provas derivadas da cadeia de custódia violada devem ser desentranhadas dos autos, sendo considerada uma “imputação objetiva da ilicitude probatória”⁸⁵.

De maneira oposta, tem-se a corrente que apresenta a quebra da cadeia de custódia como resultado da não conformidade com as regras processuais, tornando, assim, a prova ilegítima e, portanto, a aplicação da teoria das nulidades.⁸⁶

Ademais, há a corrente que argumenta sobre a violação da cadeia de custódia como objeto a ser tratado no âmbito da valoração da prova, e não na sua validade.⁸⁷ Segundo essa teoria, se a prova da cadeia de custódia for insuficiente ou inexistente, isso não torna a prova inadmissível, mas pode torná-la menos robusta. A decisão sobre o valor da prova deve depender da probabilidade de sua autenticidade, variando de baixa a alta. Se a cadeia de custódia foi comprometida, o juízo deve avaliar todos os elementos disponíveis para determinar a confiabilidade da prova. Isso é uma questão de mérito, não de admissibilidade.

⁸²PRADO, Geraldo., 2019, p. 134.

⁸³ *Ibidem.*, p. 134-135.

⁸⁴FERRAJOLI, Luigi., 2014, p. 85.

⁸⁵ PRADO, Geraldo., 2021, p. 205-211.

⁸⁶LIMA, Renato Brasileiro., 2020, p. 722-723.

⁸⁷BADARÓ, 2018, p. 535.

Uma perspectiva que parece ser mais apropriada é aquela que defende que a quebra da cadeia de custódia deve ser considerada pelo juiz em conjunto com todos os elementos apresentados durante o processo, com o objetivo de determinar a confiabilidade da prova. Nesse sentido, se não houver outras evidências sólidas para respaldar a acusação, a alegação deve ser considerada infundada devido à falta de provas suficientes, resultando na absolvição do réu. Essa abordagem enfatiza a importância de avaliar o conjunto de evidências disponíveis em vez de confiar exclusivamente em uma única prova cuja cadeia de custódia tenha sido comprometida.

Portanto, a solução pode resultar em dois aspectos: primeiro, quando não existe documentação da cadeia de custódia; segundo, quando não é possível garantir minimamente que a evidência tenha potencial para esclarecer o ocorrido. Se não houver documentação da cadeia de custódia e não for possível relacionar a evidência ao crime, ela não deve ser aceita no processo. A parte que busca apresentar uma prova digital deve comprovar antecipadamente sua integridade e autenticidade, por meio da documentação da cadeia de custódia. Sem isso, é impossível estabelecer sua relevância como prova.

4 APONTAMENTOS SOBRE A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA DIGITAL SEGUNDO O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Considerando os estudos apresentados, analisaremos a seguir alguns julgados importantes sobre o tema. Desde 2014, o STJ, de forma introdutória, retrata sobre a quebra da cadeia de custódia. Nessa conjuntura, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgou o Habeas Corpus n.º 160.662/RJ,⁸⁸ que anulou provas de uma operação de investigação chamada "Negócio da China", que apurava suspeitas de contrabando e lavagem de dinheiro.

Na decisão, o juízo se baseou na falta de acesso dos investigados às provas, que teriam sido apagadas pela Polícia Federal. A relatora, Min. Assusete Magalhães, considerou legal a quebra dos sigilos telefônico e telemático, entretanto, destacou a ilegalidade da destruição do material obtido nas interceptações. Segundo a ministra, a preservação das provas é obrigação do Estado, porém não deve servir apenas ao interesse do órgão acusador, e sua perda prejudica o exercício da ampla defesa, tornando-se imprescindível a integridade das provas para garantir um julgamento justo.

Percebe-se que é indispensável a existência de critérios para avaliar a confiabilidade das provas produzidas durante o processo. O debate requer segurança nos controles epistêmicos das provas, pois os sujeitos processuais não podem decidir arbitrariamente se é aceitável ou não a admissibilidade dessas provas. Esse critério deve ser objetivo e verificado independentemente das circunstâncias, sendo dever do Estado assegurar a integridade das provas obtidas.

Acrescenta-se, ainda, que o STJ no HC n.º 653.515/RJ, ministro relator Rogerio Schietti Cruz da 6ª Turma, em relação à temática, diz que:

[...] Uma das mais relevantes controvérsias que essa alteração legislativa suscita – no que importa especificamente para a análise deste caso concreto – diz respeito às consequências jurídicas, para o processo penal, da quebra da cadeia de custódia da prova (*break on the chain of custody*) ou do descumprimento formal de uma das exigências feitas pelo legislador no capítulo intitulado "Do exame de corpo de delito, da cadeia de custódia e das perícias em geral": essa quebra acarreta a inadmissibilidade da prova e deve ela (e as dela decorrentes) ser excluída do processo? Seria caso de nulidade da prova? Em caso afirmativo, deve a defesa comprovar efetivo prejuízo, para que a nulidade seja reconhecida (à luz da máxima *pas de nullité sans grief*)? Ou deve o juiz aferir se a prova é confiável de acordo com todos os elementos existentes nos autos, a fim de identificar se eles são capazes de demonstrar a sua autenticidade e a sua integridade?

Se é certo que, por um lado, o legislador trouxe, nos arts. 158-A a 158-F do CPP, determinações extremamente detalhadas de como se deve preservar a cadeia de custódia da prova, também é certo que, por outro, **quedou-se silente** em relação aos

⁸⁸BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus n.º 160.662/RJ**, Rel. Min. Assusete Magalhães, acórdão da Sexta Turma julgado em 18/02/2014, DJe 17/03/2014.

critérios objetivos para definir quando ocorre a quebra da cadeia de custódia e quais as consequências jurídicas, para o processo penal, dessa quebra ou do descumprimento de um desses dispositivos legais.⁸⁹

A decisão do julgado supracitado se baseou na quebra da cadeia de custódia da prova devido à ausência de evidências que comprovassem a autenticidade nas substâncias apreendidas, o qual fragilizou a pretensão acusatória. O julgado enfatiza que a quebra da cadeia de custódia da prova deve ser abordada com precisão, levando em consideração as circunstâncias específicas de cada caso. Dependendo das características da situação em análise, podem ocorrer diferentes resultados no processo em caso de violação das disposições estabelecidas na lei. De acordo com o relator, “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.”⁹⁰

No tocante às provas digitais, o STJ tornou inviável o uso de capturas de tela do *WhatsApp* como meio de prova. A decisão da 6ª Turma, em 23/02/2021, pelo Habeas Corpus n.º 133.430/PE, estabeleceu que o “*print screen*” obtido pelo *WhatsApp Web* não é aceitável como prova quando apresentado por um dos participantes do grupo onde as conversas ocorreram. O caso em questão envolveu uma acusação de Corrupção Ativa (Art. 333, do CP), na qual capturas de tela de mensagens trocadas pelos envolvidos via *WhatsApp* foram apresentadas como evidência. A decisão destacou a falta da cadeia de custódia da prova:

Consta dos autos que o recorrente foi denunciado, com outros dois corréus, pela prática do crime previsto no art. 333, parágrafo único, do CP, tendo suscitado, em sede de resposta à acusação, a nulidade de todo o inquérito policial e das decisões concessivas de cautelares, alegando que foram embasadas em denúncias anônimas e em diálogos de *whatsapp web* sem comprovação de autenticidade.

(...) Eventual exclusão de mensagem enviada (na opção “Apagar somente para Mim”) ou de mensagem recebida (em qualquer caso) não deixa absolutamente nenhum vestígio, seja no aplicativo, seja no computador emparelhado, e, por conseguinte, não pode jamais ser recuperada para efeitos de prova em processo penal, tendo em vista que a própria empresa disponibilizadora do serviço, em razão da tecnologia de encriptação ponta-a-ponta, não armazena em nenhum servidor o conteúdo das conversas dos usuários.⁹¹

⁸⁹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus n.º 653.515/RJ**, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, acórdão da Sexta Turma julgado em 23/11/2021, DJe 01/02/2022, p. 40. do acórdão.

⁹⁰ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus n.º 653.515/RJ**, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, acórdão da Sexta Turma julgado em 23/11/2021, DJe 01/02/2022, p. 46. do acórdão.

⁹¹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, **Habeas Corpus n.º 133.430/PE**, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 23/02/2021, Dje 26/02/2021, p.1 do acórdão.

No caso em comento, a evidência digital deve atender à norma técnica da ABNT NBR ISO/IEC 27037, pois ela é utilizada de maneira complementar na investigação, em suporte aos dispositivos legais e para auxiliar na presunção de veracidade das provas digitais. Quando se trata de provas originadas no *WhatsApp*, a sua admissibilidade é questionável, pois a auditabilidade, repetibilidade, reprodutibilidade e justificabilidade⁹² não podem ser completamente verificadas.

Em outra decisão, a 5ª Turma do STJ apresentou os procedimentos necessários para garantir integridade das fontes de prova. Os elementos informáticos que não possuem registro documental verossímil dos procedimentos técnicos para preservação da autenticidade e confiabilidade, serão considerados inadmissíveis. No julgamento do Agravo Regimental no Habeas Corpus n.º 143.169/RJ, pelo relator o Ministro Ribeiro Dantas, lê-se em sua 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**

⁹²FURLANETO, Neto Mário; SANTOS, José., 2020, p. 8.

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.

9. Agravo regimental parcialmente provido, para prover também em parte o recurso ordinário em habeas corpus e declarar a inadmissibilidade das provas em questão.⁹³ **(grifou-se)**

Observa-se que as provas foram consideradas inadmissíveis devido à não observância dos procedimentos técnicos necessários para garantir a sua integridade. Além disso, o julgado apresentou com minuciosidade a importância do *hash* para verificação dos arquivos e se houve alguma manipulação. É fundamental para a cadeia de custódia a proteção das evidências apresentadas, a fim de corresponder de maneira exata ao que foi recolhido originalmente. Se houver falhas nesse processo, a confiabilidade da prova é prejudicada.

No entendimento do STJ, a quebra da cadeia de custódia se designa para análise do magistrado, mas que não necessariamente implicaria a sua imprestabilidade.⁹⁴ O Estado deve comprovar a integridade e confiabilidade das provas e não pode presumir veracidade quando descumpridos os procedimentos. Se a polícia não documentou os atos praticados na arrecadação e análise dos vestígios apreendidos, as provas obtidas devem ser declaradas inadmissíveis. A lógica do princípio da desconfiança ganha destaque, pois, para ter condições de existência, essa prova deve ser “acreditada”⁹⁵ e questionada por parâmetros objetivos.

⁹³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 143.169/RJ**. Relator: Min. Messod Azulay Neto, relator para acórdão Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 2/3/2023.

⁹⁴LOPES JR, *op. cit.*, p. 1160.

⁹⁵ *Ibidem*. p. 657.

Por outro lado, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, julgou-se a Reclamação 49.369/RS⁹⁶ em 23/09/2021, pelo relator Ministro Ricardo Lewandowski. Nesta reclamação, analisou-se a alegação feita por David Guilherme Tovo, que contestou a prisão preventiva realizada pelo juiz da 5ª Vara Federal de Caxias do Sul/RS com base em provas digitais obtidas de empresas de network, sem a necessidade de mandado de busca e apreensão pessoal. Tovo também argumentou que houve quebra da cadeia de custódia e impossibilidade de acesso às provas. No entanto, o juiz de primeira instância defendeu que a cadeia de custódia da prova digital foi mantida, pois não havia evidências de adulteração das provas digitais. Além disso, afirmou que as defesas podem acessar os arquivos brutos com softwares disponíveis no mercado, sem necessidade de chaves ou senhas especiais.

Embora o julgado não tenha admitido a quebra da cadeia de custódia da prova digital, nota-se que a discussão sobre o tema evidenciou a ausência de especificações técnicas no Código de Processo Penal quanto aos critérios para garantir a integridade dessas provas. No entanto, observou-se o modo como os dados foram fornecidos pelas empresas de tecnologia e como foram submetidos aos exames técnicos realizados por especialistas para determinar se havia autenticidade ou se haviam os indícios de manipulação.

Acrescenta-se, ainda, o julgamento do *habeas corpus* n.º 231.635/SC, em agosto 2023, em que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento sobre a nulidade processual em razão da quebra da cadeia de custódia da prova digital, especificamente mensagens de *Whatsapp*, durante a investigação policial. O pedido de *habeas corpus* foi inicialmente negado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e posteriormente não foi conhecido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. No relatório, destaca-se a conclusão do STJ:

Como se observa, a cadeia de custódia é o caminho que o vestígio ou prova percorrem desde a sua coleta até serem efetivamente analisados pelo julgador. Caso, nesse trilhar, ocorra algum vício - como é o caso do extravio da prova, da manipulação ou acesso por pessoas não credenciadas - e desde que comprovado o prejuízo dele decorrente, é que se pode aventar o reconhecimento de nulidade. *In casu*, não se vislumbra a priori qualquer indicativo de que houve adulteração, alteração na ordem cronológica dos diálogos ou mesmo interferência de terceiros para invalidar a prova. Inobstante, ao sugerir eventual ausência de integridade e autenticidade dos diálogos, até mesmo adulteração dos conteúdos, a teor do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, caberia à defesa do paciente juntar aos autos aqueles que alegou serem "inverídicos", a fim de demonstrar a plausibilidade de sua afirmativa. Deste modo, ao menos por ora, entendo que não há qualquer ilegalidade na prova produzida, em que houve ordem judicial prévia, com a devida fundamentação, sendo impossível alterar datas, horários

⁹⁶BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Reclamação n.º 49369/RS**, Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 21/09/2021, DJe 23/09/2021.

e o conteúdo das mensagens já entregues no aplicativo *Whatsapp*, em virtude da tecnologia de criptografia empregada.⁹⁷

O motivo principal para essas decisões era a falta de evidências de que houve adulteração nas provas digitais ou que a cadeia de custódia foi quebrada. Na decisão do relator Ministro Alexandre de Moraes, concluiu que “não há qualquer elemento que permita acolher a tese de adulteração ou de comprometimento das provas carreadas aos autos”.⁹⁸ Dessa forma, o pedido de *habeas corpus* foi indeferido, o que significa que o impetrante não obteve a ordem para desentranhamento das provas ilícitas.

Nesse caso, o simples pedido da defesa, requerendo a nulidade devido à quebra da cadeia de custódia, não se sustenta se a parte não apresentar indícios que evidenciem adulteração no *iter* probatório. É fundamental fornecer elementos aos autos que demonstrem qualquer adulteração na prova, alteração na ordem cronológica ou mesmo interferência de terceiros, a ponto de invalidar a prova.⁹⁹

Logo, fica perceptível o impacto da cadeia de custódia na integridade do próprio sistema processual penal. O cotejo das decisões exemplifica a necessidade da existência de normas jurídicas que possam depurar o controle na cadeia de custódia da prova digital. O instituto é determinante para estabelecer os limites que devem ser atribuídos aos atores envolvidos no processo, a conservação por meio de uma rígida observação por um sistema de controles epistêmicos e a garantia de natureza constitucional e não mera consequência lógica do sistema de preservação do corpo de delito digital.¹⁰⁰

A prova digital, portanto, exige cuidados específicos devido à sua mutabilidade e requer condições específicas na cadeia de custódia para atingir a fiabilidade probatória. Embora o legislador tenha avançado na descrição das etapas de recolhimento e análise dessas evidências, é preciso mencionar um controle mais rigoroso sobre as provas digitais. Os elementos de prova que consistem em dados digitais precisam garantir sua autenticidade e integridade, sendo necessário seguir os procedimentos informáticos adequados para coleta, registro, armazenamento, análise e apresentação desse tipo de prova. Ao ser apresentada judicialmente, deve ser acompanhada de uma perícia técnica. Todavia, sem a documentação da cadeia de

⁹⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus n.º 231635/SC**, Min. Alexandre De Moraes, julgado em 25/08/2023, DJe 28/08/2021, p. 3 do acórdão.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 5 do acórdão.

⁹⁹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus n.º 574.131/RS**, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 25/8/2020, DJe 4/9/2020.

¹⁰⁰ PRADO, Geraldo., 2021, p. 10.

custódia, não podemos ter confiança na autenticidade e no conteúdo da prova digital, tornando-a inutilizável em um processo judicial.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho de curso buscou esclarecer sobre a cadeia de custódia da prova digital e sua admissibilidade no direito processual contemporâneo. O tema possui fundamento constitucional e foi incorporado pela Lei n.º 13.964/2019, para que as provas garantissem identificação, autenticidade, confiabilidade e inquestionabilidade na verificação dos fatos passados, posteriormente sendo admitidas como prova.

Assim, destaca-se o papel do juiz na realização do ato de convencimento baseado em garantias constitucionais e direitos fundamentais. A quebra da cadeia de custódia possui duas perspectivas para explicar as suas consequências: uma argumenta que isso afetaria a credibilidade da prova, em contrapartida, outra defende que a prova pode ser considerada ilícita. Em outras palavras, existe a tese de que as provas seriam ilegítimas, aplicando-se, portanto, a regra da nulidade, e de outro modo, entende-se por provas ilícitas, a qual seria aplicado o sistema da inadmissibilidade.

Além disso, nota-se uma falta de definição sobre as consequências da quebra da cadeia de custódia da prova, provocando insegurança jurídica, pois não foram estabelecidos os efeitos do não cumprimento nos dispositivos relacionados.

No tocante às provas digitais, a complexidade aumenta devido à sua natureza volátil e suscetível a manipulações. A cadeia de custódia da prova digital envolve a identificação, histórico de acesso, documentação, aquisição e preservação dos elementos. Nesse processo, o papel do perito é essencial na análise e conservação das provas digitais.

Contudo, a supressão de provas digitais prejudica a defesa e cria assimetria entre o Estado e o imputado. A padronização no tratamento das provas e o amplo acesso ao material probatório são cruciais para limitar o poder punitivo do Estado.

Assim, conclui-se que a cadeia de custódia da prova digital é essencial para garantir a fiabilidade da prova, assegurando o devido processo legal e evitando interferências pessoais ou subjetivas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Instituciones de Derecho Procesal Penal. 3.ed. Madrid: Rubi, 1981.**
- BADARÓ, Gustavo. **A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal.** In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal.** Belo Horizonte: Plácido, 2018.
- BADARÓ MASSENA, C. **A propósito da cadeia de custódia das provas digitais no Processo Penal: breves notas sobre lógica da desconfiança, assimetria informacional e direito de defesa.** Boletim IBCCRIM, [S. l.], v. 31, n. 368, 2023. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/506/110. Acesso em: 28 jul. 2023.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral I.** 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- BORRI, L.A.; SOARES, R.J. **A cadeia de custódia no pacote anticrime.** Boletim IBCCRIM: São Paulo. v. 28. n. 335, 2020.
- CASARA, Rubens R. R. **Mitologia Processual Penal.** Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.
- CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia.** 7. ed. São Paulo: Ática, 2000.
- EDINGER, Carlos. **Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória.** **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 120, p. 237-257, maio/jun. 2016. p. 7. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/rbccrim/129-/?ano_filtro=2016. Acesso em: 7 nov. 2022.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FURLANI, D.S. **A Constituição Federal brasileira de 1988 e o sistema processual penal adotado.** 2012. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=4535>. Acesso em: 3 junho 2023.

FURLANETO, Neto Mário; SANTOS, José. **Apontamentos sobre a cadeia de custódia da prova digital no Brasil.** 2020, p. 8. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3130/940>. Acesso em: 03 abr. 2021.

GASCÓN ABELLÁN, Maria. **Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos.** *Doxa*, n. 28, 2005. p. 129, tradução livre. Disponível em: <https://doi.org/10.14198/doxa2005.28.10>. Acesso em: 02 mar. 2023.

GOMES. **Lei nº 11.690/2008 e provas ilícitas.: Conceito e inadmissibilidade.** *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1832, 7 jul. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11466>. Acesso em: 15 mar. 2023.

HERDY, R.; MELO DIAS, J. **Devemos admitir provas periciais de baixa fiabilidade epistêmica?** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-05/limite-penal-devemos-admitir-provas-periciais-baixa-fiabilidade-epistemica#sdfootnote7anc>>. Acesso em: 18 set. 2023.

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

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal.** 17. Ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2020.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR., Aury. **O problema da “verdade” no Processo Penal.** In: PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.). *Verdade e prova no Processo Penal: Estudo em Homenagem ao Professor Michele Taruffo.* Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal.** 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-pena> l. Acesso em: 07 dez. 2021.

MATIDA, J.; MASCARENHAS NARDELLI, M.; HERDY, R. **A prova penal precisa passar por uma filtragem epistêmica.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-13/limite-penal-prova-penal-passar-filtragem-epistemica>>. Acesso em: 14 mar. 2023.

MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. **As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos.** Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº, v. 73, 2019.

MATIDA, Janaina. A cadeia de custódia é condição necessária para a redução dos 172. **Revista da Defensoria Pública RS.** Porto Alegre, ano 12, v. 1, n. 29, p. 150-172, 2021. riscos de condenações de inocentes. Boletim Especial, IBCCRIM: parte 2 de 2. São Paulo, ano 28, n. 331, p. 6-9, jun./2020.

MENDES, Carlos Hélder C. Furtado. Dado informático como fonte de prova penal confiável(?): apontamentos procedimentais sobre a cadeia de custódia digital. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo. v. 161. 2019.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do Código de Processo Penal:** comentada por artigo. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **O “print screen” é insuficiente à materialidade nos crimes digitais.** Consultor Jurídico, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-17/limite-penal-print-screen-materialidade-crimes-digitais>. Acesso em: 14 mar. 2023.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de Processo Penal.** 5. ed. rev. atual. e ampl – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** RJ: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal.** 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

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. Disponível em: <https://geraldoprado.com.br/artigos/breves-notas-sobre-o-fundamento-constitucional-da-cadeia-de-cus-todia-da-prova-digital/>. Acesso em: 02 mar. 2023.

PRADO, Geraldo. **Notas sobre proteção de dados, prova digital e o devido processo penal - parte final.** Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago->

27/geraldo-prado-dados-prova-digital-devido-processo-penal-parte-iv. Acesso em: 7 Dec. 2021.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. 100 p., 23 cm. (Monografias jurídicas). ISBN 978-85-66722-18-5. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=105726. Acesso em: 07 dez. 2021.

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

PRADO, Geraldo. **Ainda sobre a quebra da cadeia de custódia das provas**. Boletim do IBCCrim, São Paulo, n. 262, setembro de 2014.

PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. 2. ed., rev. e atual. Niterói-RJ: Editora Impetus, 2009.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 10^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RODRIGUES, Benjamim Silva. **Da prova penal**. 4 ed. Lisboa: Rei dos livros, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010.

SOUZA, Lia Andrade de; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **A cadeia de custódia da prova obtida por meio de interceptações telefônicas e telemáticas: meios de proteção e consequências da violação**. 2019, 18 f. Revista da Faculdade de Direito UFPR. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/68577>. Acesso em: 13 mar. 2023.

STRECK, Lenio. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TARUFFO, Michele. **“La prueba de los hechos”**. Trad. ao espanhol de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TARUFFO, Michele. **Tres observaciones sobre “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”**, de Larry Laudan. *Doxa*, n. 28, p. 117, tradução livre. 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.14198/doxa2005.28.09>. Acesso em: 02 mar. 2023.

VALE, Sávio. **O que é Hash e como funciona?** Blog Voitto. 2020. Disponível em: <https://www.voitto.com.br/blog/artigo/o-que-e-hash-e-como-funciona>. Acesso em: 14 mar. 2023.

WEXLER, Rebecca. Assimetrias de privacidade. In: BRITO CRUZ, Francisco; SIMÃO, Bárbara(eds.). **Direitos Fundamentais e Processo Penal na Era Digital: Doutrina e Prática em Debate**. Vol. V. São Paulo: InternetLab, 2022.