A CADEIA DE CUSTÓDIA DAS PROVAS COLHIDAS EM APARELHOS MÓVEIS DE GRAVAÇÃO

THE CHAIN OF CUSTODY OF EVIDENCE COLLECTED ON MOBILE RECORDING DEVICES

Lurã Azevedo de Oliveira

Graduando em Direito.
Link Lattes: https://lattes.cnpq.br/1419124350597285
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-6433-5569
lura0oliveira@gmail.com

Lucas Arieh Bezerra Medina

Mestrando em Criminologia pela USP. Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC). Advogado.
Link Lattes: http://lattes.cnpq.br/4620259090953642
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7706-6169
lucas@fabriziofeliciano.adv.br

Fabrízio Antônio de Araújo Feliciano

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande - UFCG. Advogado.
Link Lattes: http://lattes.cnpq.br/8353322528729825
ORCID: https://orcid.org/000000-0002-1374-0521
fabrizio@fabriziofeliciano.adv.br

Resumo: O presente trabalho pretende refletir sobre as especificidades da cadeia de custódia da prova digital. Ao longo do texto, será abordado de que forma as disposições sobre a cadeia de custódia da prova, incluídas pela Lei 13.964, de 2019, apesar de insuficientes, podem ser utilizadas para garantir a legitimidade do uso de provas obtidas por meio de dispositivos eletrônicos. Para isso, serão analisadas práticas e recomendações forenses relacionadas à colheita de provas não analógicas. Por fim, serão definidas as consequências de uma incorreta observação da custódia, argumentando pela necessidade de se reconhecer e declarar a ilicitude probatória, desentranhando-a dos autos, incluindo tudo que dela resultou.

Palavras-chave: Cadeia de custódia; Prova digital; Prova ilícita.

Abstract: The present work intends to reflect on the specifics of the chain of custody in digital evidence. Throughout the text, it will be discussed how the chain of custody of evidence included by Law 13.964, of 2019, although insufficient, can be used to guarantee the legitimacy of the use of evidence obtained through electronic devices. For this, forensic practices and recommendations related to the collection of non-analog evidence will be analyzed. Finally, the consequences of an incorrect observation of the custody will be defined, arguing for the need to recognize and declare the evidence as illicit and remove it from the records, including everything that resulted from it.

Keywords: Chain of custody; Digital evidence; Illicit evidence.

1. Introdução

A cadeia de custódia foi inserida expressamente no ordenamento jurídico a partir do advento da Lei 13.964/2019, que a conceitua, no novel art. 158-A do Código de Processo Penal (CPP), como: "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" (BRASIL, 2019). O preceito impõe deveres estatais para garantir a confiabilidade da prova, especialmente quando produzida fora do âmbito judicial.

Entretanto, apesar de dispositivos proveitosos e em diálogo com a doutrina especializada, as especificidades das provas digitais foram negligenciadas pelo legislador, sendo necessário esforço dos intérpretes para aproveitar a norma em relação a elas. Neste artigo, pretende-se contribuir para o tema indicando de que forma a legislação ora vigente pode ser interpretada para provas não analógicas a fim de zelar pela confiabilidade de provas colhidas mediante aparelhos eletrônicos.

Sem pretensão de esgotar o tema, este trabalho utilizará a metodologia de revisão de literatura e da legislação, bem como o

estudo de casos da jurisprudência dos tribunais superiores acerca do tema e, ainda, recomendações de técnicos forenses para o adequado tratamento da evidência digital. O método de análise é o dedutivo, uma vez que o trabalho parte das normais gerais para interpretar problema concreto.

2. Da construção legal sobre a cadeia de custódia da prova a partir da Lei 13.964/2019

Em um estado constitucional, a busca pela verdade não pode se dar a qualquer custo, devendo, por isso, seguir critérios que garantam o respeito aos direitos fundamentais dos imputados. Mesmo evidências que supostamente elucidem fatos controversos, jamais poderão ser aceitas para condenar (a prova ilícita pode ser usada para absolver)[1] caso a prova seja ilícita ou obtida por meios ilícitos, construção jurídica que deve ser vista como garantidora do devido processo legal e, portanto, como fruto de desenvolvimento civilizatório (BADARÓ, 2019).

Há muito discutida como necessária pela doutrina nacional, as regras sobre a cadeia de custódia da prova foram positivadas com a Lei 13.964/2019, objetivando: a) legitimidade da prova obtida para além da subjetividade dos agentes estatais; b) certificar-se de que não houve alteração das características da prova, a fim de incriminar ou inocentar um investigado; c) assegurar a "mesmidade" "segundo a qual se deve garantir que a prova avaliada pelo juiz seja "exatamente e integralmente aquela que foi colhida, correspondendo portanto 'a mesma'", e a "desconfiança da prova", que requer a possibilidade de a prova ser "acreditada", isto é, de ser "submetida a um procedimento que demonstre que tais objetos correspondem ao que a parte alega ser" (LOPES JR., 2020, p. 657, e-book).

Nesse sentido, a cadeia de custódia compreende o correto tratamento dos vestígios nas etapas de: a) reconhecimento; b) isolamento; c) fixação; d) coleta; e) acondicionamento; f) transporte; g) recebimento; h) processamento; i) armazenamento; e j) descarte (BRASIL, 2019).

A consequência da violação à cadeia de custódia segue, contudo, controversa. Por um lado, defende-se que a violação à cadeia de custódia deve apenas implicar análise, no caso concreto, sobre o nível de comprometimento probatório. Nessa visão, quanto maior o prejuízo gerado para o acusado, menor o valor probatório que a evidência pode ter, a ponto de ser considerada totalmente imprestável (BADARÓ, 2021).

De outro ponto de vista, **Geraldo Prado** argumenta que: "violada a cadeia de custódia do elemento probatório, não é mais possível assegurar a autenticidade da prova e sua integridade, sendo a prova inadmissível e, pois, insuscetível de exame de peso ou força probatória" (PRADO, 2021a, [n.p.]). Ou seja, maculada a cadeia de custódia, seria inevitável desentranhar a prova, na medida em que sua confiabilidade foi posta em dúvida, consequentemente a tudo que dela derivou, conforme o art. 157, *caput* e § 1º do CPP.

Toma-se esse ponto de vista por considerar que, de fato, violada a integridade de uma prova ou de seu meio de obtenção, resulta, no mínimo, duvidoso o uso de tais elementos.

2.1. Cadeia de custódia da prova digital

A correta catalogação das provas digitais[2] é de suma importância em razão da sua grande volatilidade (BADARÓ, 2021). A possibilidade de alteração do material que se coligirá posteriormente ao processo é real, seja por algum descuido por parte do órgão de investigação, seja por ação deliberada daquele que coleta a evidência, não raramente estimulado pelos benefícios da delação premiada.

Dito isso, quando se trata de evidências eletrônicas de um dispositivo móvel, existem duas cadeias de custódia diferentes: uma para o dispositivo físico (que pode ter modificadas suas formas de captação, transformando os sons captados, por exemplo) e outra para os dados coletados (que podem ser adulterados por programas de edição). Dessa forma, se o aparelho que contém as informações não for apreendido corretamente e a cadeia de custódia não for estabelecida no início, qualquer informação coletada estará prejudicada em sua confiabilidade (REIBER, 2019). Acerca da questão que aqui está sendo discutida, a análise de um certo dispositivo legal incluído pela Lei 13.964/2019 é bastante pertinente. Trata-se do artigo 158-B do Código de Processo Penal, que define as etapas que devem ser seguidas para a preservação da cadeia de custódia, em especial os incisos II, IV e VIII.

Nessas disposições legais é possível perceber a necessária preocupação com a manutenção das características físicas originais dos vestígios coletados. Todavia, a adequada cadeia de custódia da prova digital pressupõe igualmente a extensão desses procedimentos ao material lógico apreendido e ao dispositivo informático que o armazena; afinal, estão plenamente conectadas as funções física e lógica do equipamento eletrônico que capta a evidência. Mais adiante será tratado de maneira específica como o processo pode ser corretamente realizado na esfera física e lógica.

2.2. Cadeia de custódia do aparelho de gravação

Para estabelecer a legitimidade da prova recolhida por dispositivo de gravação, é necessária a perícia do aparelho para averiguar a integridade das informações e recuperar arquivos apagados ou fragmentos de arquivos incompletos (SYDOW, 2021, p. 198) – sempre pressupondo a cautela correta do equipamento físico. Dessa forma, em que pese a legislação existente não seja tão específica para com as peculiaridades da evidência digital, o procedimento é fundamental para descobrir se houve alguma alteração no material e deve ser realizado o quanto antes, pois as provas digitais são fortemente instáveis – o que as diferencia dos clássicos meios probatórios.

Com efeito, o art. 158-B, III, do CPP descreve a fixação como a: "descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local do crime ou no corpo de delito, e sua posição na área de exames" (BRASIL, 1941). Essa etapa da cadeia de custódia é fundamental para assegurar a legitimidade das provas digitais. Todavia, convém destacar singularidades dessas pretensas evidências em relação às provas convencionais. Essas tornam indispensável a posse e a análise do dispositivo gravador da informação, a qual se pretende prova. Como destaca **Spencer Toth Sydow**:

> Na questão do reconhecimento e da fixação, a prova informática é diversa da física. Isso porque ela registra de um modo lógico

> um comportamento, um fato ou uma informação. Registrar de modo lógico significa gravar na memória através de linguagem especial, incompreensível para um ser humano por conta de sua complexa extensão, mas que, pela velocidade de processamento de um dispositivo informático pode ser rapidamente traduzida para compreensão humana. Apenas um profissional adequadamente capacitado é capaz de fazer um reconhecimento efetivo e eficaz seguido de uma fixação técnica e de pouco questionamento (SYDOW, 2021, p. 198).

Portanto, a garantia da idoneidade do elemento colhido condiciona-se a essa perícia realizada por um profissional munido de conhecimento técnico para reconhecer possíveis alterações realizadas. Seu uso de maneira legítima no processo depende, portanto, desta etapa crucial a fim de garantir a prestabilidade, higidez e confiança da prova a ser usada em um processo criminal.

2.3. Cadeia de custódia da informação contida no aparelho de gravação

Além da análise do aparelho utilizado, o uso da função *hash* é fundamental para assegurar a integridade dos dados lógicos colhidos, periciados durante o manejo do dispositivo informático pelos órgãos investigatórios. Tal código ou função é, de maneira bem simplificada, gerado por um algoritmo utilizado para mapear dados e criar uma identificação única do arquivo periciado. Uma vez gerado o código, é criada uma "impressão digital" do arquivo, de forma que a mudança de um *bit* que seja resulta na geração de um novo código, garantido a lisura da evidência.

"COM A LEGISLAÇÃO CARENTE DE NORMAS ADEQUADAS PARA LIDAR COM A DISTINTA NATUREZA DAS PROVAS DIGITAIS, AS DIRETRIZES DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS SÃO BOM NORTE PARA GUIAR AS PRÁTICAS FORENSES"

Esse procedimento é indispensável para deixar clara a exata correspondência entre os arquivos de mídia utilizados em juízo e os que correspondem aos captados no mundo físico. Ademais, sua utilização é aconselhada pelo Ministério da Justiça em recomendação de exame pericial de equipamento operacional portátil, realizado junto a profissionais de investigação forense (BRASIL, 2013).

Outrossim, as complexas necessidades da cadeia de custódia da evidência digital são mais bem definidas pela norma ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013 (ABNT, 2013). Essa norma técnica, que tem por objetivo prescrever o adequado tratamento de evidências digitais, dentre outras coisas, descreve as informações que viabilizarão o respeito à cadeia de custódia: a) identificação por meio de função *hash* da evidência; b) quem a acessou e o tempo do local; c) quem checou a evidência e quando isso ocorreu; e d) qualquer inevitável alteração da evidência digital.

Além disso, a disposição prevê os princípios da: i) auditabilidade: capacidade de se averiguar se o método pericial utilizado seguiu o método científico adequado; ii) repetibilidade: característica que indica que os mesmos resultados poderiam ser repetidos utilizando os mesmos procedimentos e na exata condição em que os técnicos se encontravam; iii) reprodutibilidade: os mesmos resultados poderiam ser produzidos usando instrumentos diversos; e iv) justificabilidade: justificativa do porquê dos métodos utilizados nas exatas condições e características da prova periciada. Seriam eles indispensáveis para a legítima obtenção de prova digital.

Com a legislação carente de normas adequadas para lidar com a distinta natureza das provas digitais, as diretrizes da Associação Brasileira de Normas Técnicas são bom norte para guiar as práticas forenses (OLIVEIRA, [s.d.]). Ademais, a legitimidade da prova assegurada pelos procedimentos descritos encontra eco no art. 7º do Estatuto da OAB (BRASIL, 1994), pois garante ao advogado o direito ao acesso e análise de todos os elementos da investigação.

Nesse sentido, em decisão de relatoria do Ministro Reynaldo Soares, divulgada no caderno de jurisprudência do Boletim IBCCRIM nº 349, a 5ª turma do STJ considerou indispensável o acesso do aparelho móvel de gravação apreendido e dos dados informáticos nele contidos à defesa, de modo a possibilitar o contraditório e, decorrência desta garantia, a sindicabilidade do elemento informativo. O relator destacou a imprescindibilidade da medida, mormente quando há notícias de possível adulteração da prova ou de exclusão de conteúdo indispensável para a defesa.[3]

Essa preocupação quanto à integralidade probatória da evidência digital pautou a bem-vinda inovação apresentada em parecer no bojo do PL 8.045/2010, projeto de Código de Processo Penal com grandes perspectivas de ser aprovado no ano de 2023. O parecer de relatoria do Dep. João Campos (PRB/GO), prevê o espelhamento das informações contidas no dispositivo eletrônico copiando a totalidade dos arquivos da qual se retirará: "o máximo de metadados e a descrição completa de procedimentos, datas, horários ou outras circunstâncias de contexto aplicáveis" (BRASIL, 2010). O texto também garante a não apreensão dos dispositivos continentes da informação, salvo quando for absolutamente necessário. Tal previsão reflete reivindicação doutrinária, na medida em que, após periciada sua unidade física, possa ser devolvida ao proprietário (PRADO, 2021b, p. 198).

3. Efeitos da inobservância da cadeia de custódia

À guisa de exemplo, aplicando as elaborações acima expostas, tome-se o caso hipotético em que alguém com interesse de realizar valioso negócio jurídico processual, como uma delação premiada, realize uma escuta ambiental para oferecer ao Ministério Público em troca do acordo de colaboração.

Caso ele apresente as gravações, deve-se periciar o dispositivo informático utilizado, identificando todos os agentes supostamente presentes nas gravações e o momento em que eles tiveram contato com o pretenso colaborador. Esse procedimento é necessário tanto para que um profissional capacitado possa averiguar se arquivos tenham sido apagados do dispositivo pelo delator, bem como para possibilitar a ampla compreensão do contexto, no qual pode haver informações que, em sua integridade, possam servir ao pleito absolutório.

Além disso, adotada essa diligência, faz-se necessária a auditabilidade dos dados recolhidos para assegurar que não houve qualquer alteração das características da prova durante seu manejo, mediante a utilização de ferramentas que garantam a correspondência da prova coletada com a utilizada em um eventual processo criminal, como a função *hash*.

Desse modo, haverá a correta observância da cadeia de custódia da prova com as particularidades que exigem a evidência digital. Caso desse modo não se proceda, a prova não poderá ser utilizada para um juízo de condenação porque é impossível afirmar com certeza que: a) os elementos que foram apreendidos não foram adulterados conforme a conveniência do delator; e b) a informação obtida não foi modificada de maneira deliberada ou por descuido dos órgãos de investigação encarregados.

4. Considerações finais: a imprestabilidade da prova colhida em aparelho móvel que não tem assegurada a cadeia de custódia

A par de tudo quanto dito, demonstrou-se que o valor da evidência colhida por meio de dispositivo móvel fica comprometido pela não observância da cadeia de custódia do aparelho de que se tirou a informação lógica e da informação em si. Isso porque a possibilidade do direito ao contraditório e a ampla defesa restam afetados de forma insustentável.

Com efeito, a não observância da cadeia de custódia gera um grave prejuízo para a defesa, o que já seria mais do que suficiente para invalidá-la. Em verdade, também o próprio valor probatório é prejudicado.

Desse modo, como bem destaca **Geraldo Prado** (2021b, p. 209), há um prejuízo à capacidade da prova de representação da realidade, pois violado o contraditório. Assim, a ausência de algum dos elementos que assegurem os valores previstos pela Norma ISO/IEC 27037:2013, quais sejam: a) auditabilidade; b) repetibilidade, c) reprodutibilidade; e d) justificabilidade, torna a prova ilícita, pois é violado o princípio da ampla defesa, gerando uma desconfiança acerca do elemento de prova produzido e prejudicando os princípios da mesmidade e da desconfiança, que incidem sobre o regramento da cadeia de custódia.

Dessa forma, entende-se que as provas e tudo o que delas derivou devem ser desentranhados dos autos. Não há que se falar em menor valor epistêmico de prova porque, principalmente em relação às provas digitais, o dano à cadeia de custódia destrói, por si só, a necessária confiabilidade plena no elemento produzido, o que faz o processo conviver com a possibilidade de condenação baseada em prova duvidosa, flagrante atentado à presunção de inocência.

Notas

[1] *HC* 186.797/RJ, Rel. Ministro Celso de Mello.

[2] Por prova digital, entendem-se: "os dados em forma digital (no sistema binário) constantes de um suporte eletrônico ou transmitidos em rede de comunicação, os quais contêm a representação de fatos ou ideias" (VAZ, 2012, p. 63).

[3] RHC 74.665, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, quinta turma, julgado em 06//12/2016, Dje 15/12/2016.

Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). *NBR ISO/IEC 27037*: Diretrizes para identificação, coleta, aquisição e preservação de evidência digital. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: https://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=307273. Acesso em: 10 mar. 2022.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Standard metodológicos na produção de prova digital e a importância da cadeia de custódia. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 29, ed. 343, jun. 2021. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/exibir/747. Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 30 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 jul. 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 25 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 dez. 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 18 dez. 2022.

BRASIL. Projeto de Lei nº 8.045, de 22 de dezembro de 2010. Ementa do Código Penal. Revoga o Decreto-lei nº 3.689, de 1941. [...] Reforma o Código de Processo Penal. 2010. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263. Acesso em: 18 ago. 2022.

BRASIL. Secretaria Nacional de Segurança Pública. *Procedimento operacional padrão*: perícia criminal. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/pop/procedimento_operacional_padrao-pericia_criminal.pdf. Acesso em: 18 dez. 2022.

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

OLIVEIRA, Vinicius Machado de. ISO 27037: Identificação coleta aquisição e preservação de evidência. *Academia de Forense Digital*, [s.d.]. Disponível em: https://academiadeforensedigital.com.br/iso-27037-identificacao-coleta-aquisicao-e-preservacao-de-evidencia. Acesso em: 14 jul. 2021.

PRADO, Geraldo. Breves notas sobre o fundamento constitucional da cadeia de custódia da prova digital. *Geraldo Prado*: Consultoria Jurídica, São Paulo, 2021a. Disponível em: https://geraldoprado.com.br/artigos/breves-notas-sobre-o-fundamento-constitucional-da-cadeia-de-custodia-da-prova-digital. Acesso em: 9 jul. 2021.

PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021b.

REIBER, Lee. *Mobile forensic investigations*: a guide to evidence collection, analysis, and presentation. 2. ed. New York: McGraw-Hill Education, 2019. ISBN 978-1-26-013509-1.

SYDOW, Spancer Toth. *Curso de Direito Penal informático*: parte geral e especial. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspovim, 2021.

VAZ, Denise Provasi. *Provas digitais no processo penal*: formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório. 2012. 198 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

Recebido em: 02.09.2022 - Aprovado em: 22.11.2022 - Versão final: 21.12.2022