

A PROPÓSITO DA CADEIA DE CUSTÓDIA DAS PROVAS DIGITAIS NO PROCESSO PENAL: BREVES NOTAS SOBRE LÓGICA DA DESCONFIANÇA, ASSIMETRIA INFORMACIONAL E DIREITO DE DEFESA

THE CHAIN OF CUSTODY OF DIGITAL EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEDURE: BRIEF NOTES ON THE LOGIC OF SUSPICION, INFORMATIONAL ASYMMETRY AND THE RIGHT OF DEFENSE

Caio Badaró Massena

Mestrando em Direito Processual Penal pela USP. Bacharel em Direito pela UFRJ.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1075933426169994>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9940-9759>

caio.badarom@hotmail.com

Resumo: Ao abordar a importância do instituto da cadeia de custódia das provas digitais, fundado sob a lógica da desconfiança, pretende-se tratar, em linhas gerais, de algumas dificuldades relativas à assimetria informacional no processo penal e os problemas que esta assimetria acarreta ao exercício do direito de defesa.

Palavras-chave: Prova penal; Cadeia de custódia; Assimetria informacional; Direito de defesa.

Abstract: Commenting on the importance of the chain of custody of digital evidence, based on the logic of suspicion, the text intends to underline, in general terms, some difficulties related to informational asymmetry in criminal procedure and the problems that it entails for the exercise of the right of defense.

Keywords: Criminal evidence; Chain of custody; Informational asymmetry; Right of defense.

Nos últimos anos, no Brasil, o instituto da cadeia de custódia das provas no processo penal teve considerável destaque nas discussões jurisprudenciais e dogmáticas, o que conduziu, até mesmo, a uma significativa reforma legislativa (art. 158-A e ss., CPP). Alguns dos seus contornos parecem bem definidos, como sua conceituação e função; outros aspectos, como as consequências e o momento de análise da sua instauração/quebra, ainda levantam discordâncias.

Um dos temas que contam, hoje, com relativo consenso é o da importância de se estabelecer rigorosamente a cadeia de custódia das provas digitais, dadas as características distintivas dessa fonte de prova (não materialidade, volatilidade e fragilidade), que exigem maior preocupação com a possibilidade de falsificação ou destruição. Trata-se de fonte de prova cujo manejo é delicado, por apresentar alto grau de vulnerabilidade a erros (conscientes ou

não), e para a qual se exige, na maior parte dos casos, intervenção técnica (BADARÓ, 2023, p. 175 e ss). Com efeito, quando bem compreendidas, as tecnologias digitais devem (ou deveriam) – para utilizar a feliz passagem de **Flóridi**: “minar nossa *confiança* sobre a natureza original, genuína e autêntica do que vemos e ouvimos” (2018, p. 320, grifo nosso).

No processo penal, a essa desconfiança com os sentidos, agrega-se a desconfiança processual. Ao tratar justamente do tema da cadeia de custódia das provas no processo penal, **Geraldo Prado** alude a um: “princípio processual de desconfiança” (2021, p. 151). Conforme os autores chilenos expressamente citados por **Prado**, a lógica da desconfiança consistiria em que: “ninguém tem por que crer que algo é aquilo que a parte que o apresenta diz que é, simplesmente porque ela assim o diz” (BAYTELMAN; DUCE, 2005, p. 284, trad. livre).¹

Complementam os autores: se levado a sério o princípio da imparcialidade, em matéria probatória, os juízes não devem estar dispostos a conceder credibilidades preconcebidas a nenhuma das partes (BAYTELMAN; DUCE, 2005, p. 284-285).

Essa lógica da desconfiança, a nosso ver, foi bem exposta pelo Min. Ribeiro Dantas no recente e paradigmático julgamento do Ag. Rg. no RHC 143.169/RJ, pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Veja-se trecho do voto condutor do acórdão:

Da forma como redigidos os laudos, polícia e Ministério Público nos pedem, na prática, que apenas *confiemos* na eficiência e honestidade do perito e da atuação estatal como um todo – mesmo diante desses evidentes e graves lapsos de profissionalismo – para acreditar que nenhum dado foi perdido ou alterado enquanto os computadores estiveram sob a custódia do Estado. Algo como: se o Estado diz que a prova é confiável, e ainda que tenha perdido todas as oportunidades de comprovar essa confiabilidade, então ela o é. Essa lógica ignora que, no processo penal, a atividade do Estado é objeto do controle de legalidade, e não o parâmetro do controle.²

No mesmo caso, o Min. Ribeiro Dantas chama a atenção para outro aspecto importante: o tema da prova penal é indissociável dos temas da condenação de inocentes e do encobrimento de comportamentos estatais ilícitos. Não há novidade aqui: já se disse há muito que, se a história das penas é a dos horrores, a história da justiça penal é aquela dos erros, sofrimentos e humilhações (FERRAJOLI, 2018, p. 603). O que nos parece é que, pelas características já expostas, as provas digitais potencializam os referidos riscos de manipulação e abuso do processo penal para perseguir determinados indivíduos e grupos de pessoas, a exigir um incremento daquela lógica da desconfiança.

Quanto aos mencionados riscos (condenação de inocentes e comportamentos estatais ilícitos), é interessante notar alguns dados produzidos pelo *National Registry of Exonerations* (NRE), projeto que fornece informações detalhadas sobre todas as exonerações conhecidas nos Estados Unidos da América desde 1989. No final de 2020, o NRE publicou um estudo sobre a relação entre má conduta dos agentes estatais responsáveis pela persecução penal (*official misconduct*) e condenação de inocentes. Algumas conclusões, a partir da análise das primeiras 2.400 exonerações, merecem ser referidas: a má conduta dos agentes estatais contribuiu para a condenação de inocentes em 1.296 casos (54%) das exonerações conhecidas; desses 1.296 casos, 1.064 (44%) consistiram em ocultação de provas favoráveis ao imputado; em 709 casos, a prova ocultada permitiria apoiar a inocência do réu (*substantive evidence of innocence*); dos 1.296 casos de má conduta, 35% foram de policiais e 30% de promotores de justiça.³

Nos EUA, desde 1963, com o precedente *Brady v. Maryland* da Suprema Corte, os promotores de justiça estão obrigados a revelar à defesa as provas favoráveis ao réu e materiais, em relação à culpa ou à punição. No entanto, a violação sistemática deste dever (como os dados acima revelam) levou, em 2013, a que um juiz da Corte de Apelação do 9º Circuito afirmasse haver uma “epidemia de violações” do precedente *Brady*.⁴

No Brasil, infelizmente, não há disponível dados como os produzidos pelo NRE, e as diferenças entre os sistemas jurídicos não são, nesse ponto, irrelevantes. De todo modo, como assevera o Min. Ribeiro Dantas (no voto já citado), seria ingenuidade acreditar que os comportamentos ilícitos estatais, entre os quais está a supressão de prova favorável à defesa, não existem entre nós.⁵ Por outro lado, felizmente, contamos, para dar conta do acesso à integralidade dos elementos de informação produzidos na fase de investigação, com a Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal – que nos afigura melhor que o precedente *Brady*, dada sua amplitude – e com a possibilidade de ajuizamento de reclamação para fazer valer sua aplicação (art. 103-A, § 3º, CR).

No entanto, as novas dinâmicas persecutórias desafiam a aplicabilidade da referida súmula e trazem novos desafios ao direito de defesa. Num primeiro plano, pode-se citar a pulverização das investigações pelo Ministério Público, que as fragmenta em diversos procedimentos investigatórios (tanto em Procedimentos Investigatórios Criminais quanto em simples peças de informações), ao que se soma, muitas vezes, a quebra da unidade processual (BIDINO; TÓRTIMA, 2020). É possível mencionar também a ampla utilização de acordos de colaboração premiada, cujo conteúdo da delação é fracionado em distintos anexos, organizados por temas e pessoas delatadas. Por fim, há que se citar novamente as provas digitais, que, pela aparente facilidade de sua transmissão, podem induzir à informalidade nas investigações e, pelas próprias características distintivas, são capazes de facilitar a manipulação e supressão de informações sem que sejam facilmente identificadas. Não raro, essas três realidades (ou dificuldades para o exercício do direito de defesa) se apresentam em conjunto e são causa de assimetria informacional entre acusação e defesa.

Anteriormente falou-se da história da justiça penal. Em perspectiva coincidente com a de **Luigi Ferrajoli, Nilo Batista** afirma: “a história do processo penal é a história da defesa” (1984, p. 102). Não é incomum que, no atual contexto persecutório e pelos motivos acima expostos, a defesa penal tenha que ser realizada num ambiente de assimetria informacional. Se a investigação penal consiste em conectar pontos/informações em um determinado contexto (ANDERSON; SCHUM; TWINING, 2015, 79 e ss), não há dúvida de que, por outro lado, a restrição do acesso às informações que podem ser conectadas causa substancial prejuízo ao exercício da defesa. Tem sido corriqueiro que, diante de requerimento defensivo, justifique-se tal restrição com base em argumentos dos seguintes tipos: o acesso poderia prejudicar a privacidade de terceiros e/ou o acesso não tem cabimento porque o que se pretende acessar não foi utilizado na denúncia.

O primeiro argumento diz com o que **Rebecca Wexler** chama de “assimetria de privacidade” do tipo “assimetria de acesso”, que impede ao advogado acessar uma categoria de informação ou uma fonte de informação, mas permite que os agentes estatais responsáveis pela persecução penal o façam (2021, p. 20-23). Não se questiona a compreensível preocupação com o tema, sobretudo a partir da inclusão da proteção de dados no rol de direitos fundamentais (art.

5º, inc. LXXIX, CR). Porém, como aduz **Wexler**, a questão é que suprimir as investigações da defesa significa suprimir seletivamente as provas de inocência (2021, p. 21). Trata-se de questão sensível, como sempre é a intervenção em qualquer direito fundamental. Não nos soa razoável, contudo, que seja possível tal intervenção para fins de investigação e processo penal, mas não para tutela da inocência, embora cautelas e cuidados devam ser tomados.

O segundo argumento esbarra em uma dificuldade que foi bem exposta pelo Min. Edson Fachin em recente julgamento: não cabe ao Ministério Público decidir o que interessa à defesa.⁶ A não utilização de uma informação na denúncia é o que justamente indica o interesse da defesa. A lógica da desconfiança aqui também tem seu lugar. Exigir ainda, como se vê em alguns casos, que a defesa demonstre a pertinência/relevância concreta para a prova de sua inocência também não faz sentido, porquanto, sem o acesso requerido, a pertinência/relevância só poderá ser potencial, abstrata (BADARÓ, 2016, p. 219 e ss). Além disso, não nos soa razoável que se restrinja o acesso apenas aos documentos/declarações que mencionem expressamente o imputado. Na dura tarefa de conectar informações para construir a defesa e infirmar a imputação acusatória, acaso não interessam informações contextuais e eventuais silêncios/omissões? Mais: não interessam menções a outras personagens a que se possa atribuir a verdadeira autoria dos delitos investigados?

Convém, por fim, sublinhar que nem toda supressão de prova pelos agentes estatais decorre de uma vontade consciente de prejudicar o imputado. É preciso ter em mente, a nosso ver, os vieses relativos aos papéis desempenhados pelos distintos sujeitos processuais (*role-induced bias*). No caso dos promotores de justiça, devem ser

considerados os efeitos do viés de confirmação, sobretudo após o oferecimento da denúncia (LIDÉN; GRÄNS; JUSLIN, 2019). Como dito, também aqui nos parece ter aplicação a lógica da desconfiança – uma bem fundada desconfiança, aliás.

Com efeito, a instauração da cadeia de custódia das provas visa a documentar todos os elos que devem compor a história de um elemento probatório, a fim de assegurar sua autenticidade e integralidade. Sua importância decorre de uma lógica de desconfiança processual, que se acentua no caso das fontes de provas digitais, por suas próprias características distintivas. Ao descrever a história de um vestígio, o instituto da cadeia de custódia contribui não apenas para garantir a fiabilidade de uma prova como também para evitar a supressão de informações pelos agentes estatais e fornecer relevantes dados contextuais da investigação (quem, quando, onde). Tais questões estão relacionadas à (evitação da) assimetria informacional entre acusação e defesa, que pode ser uma lamentável causa de condenação de inocentes. A nosso ver, as discussões acerca do instituto da cadeia de custódia das provas no processo vêm contribuindo não apenas para reduzir, em cada caso, o nível de assimetria informacional, como também para pôr luz a outras situações de assimetria. Em um processo penal liberal-republicano, não há espaço para decisões baseadas em cadeias de confiança recíproca entre agentes estatais; assim como não há espaço para defesas atadas por seleções e valorações feitas pela própria acusação. Esses, a bem da verdade, são atributos perfeitos de um modelo processual destinado e dedicado à condenação de inocentes.

Notas

- ¹ Em semelhante sentido, tratando da *Rule 901* das *Federal Rules of Evidence* nos Estados Unidos da América (EUA), ver: Anderson, Schum e Twining (2015, p. 99-100).
- ² Ag. Rg. no RHC 143169/RJ. 5ª Turma do STJ. Rel. p/ acórdão: Min. Ribeiro Dantas. Julgamento em: 7 de fevereiro de 2023. p. 9 do voto (grifo no original). Essa lógica da desconfiança, se bem entendi, também está presente em outro recente acórdão do STJ, mas em relação ao valor probatório do depoimento policial: HC 742.112/SP. 6ª Turma do STJ. Rel.: Min. Rogério Schietti Cruz. Julgamento em: 23 de março de 2023.
- ³ Esses e outros dados muito interessantes podem ser conferidos em: National Registry of Exonerations (2020).

- ⁴ Sobre o tema, com menção a casos importantes e às discussões de reforma da legislação e sua resistência entre os órgãos de persecução penal, ver: Dybdahl (2023, p. 145-171).
- ⁵ Ainda sobre essas condutas ilícitas e abusos por parte de agentes estatais, convém a leitura de entrevista do Min. Rogério Schietti Cruz (VITAL, 2021).
- ⁶ Ag. Rg. na Rcl. 55.457. Decisão monocrática do Min. Edson Fachin do STF. Rel.: Min. Edson Fachin. Julgamento em: 28 de março de 2023.

Referências

- ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. *Análisis de la prueba*. Trad. coord. Flavia Carbonell e Claudio Agüero. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia da prova digital. In: SARLET, Ingo W. et al. (org.). *Direito probatório*. Londrina: Thoth, 2023. p. 175-188.
- BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: BEDAQUE, José Roberto dos S. et al. (coord.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 219-260.
- BATISTA, Nilo. *Decisões criminais comentadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984.
- BAYTELMAN A., Andrés; DUCE J., Mauricio. *Litigación penal: juicio oral y prueba*. México: FCE, 2005.
- BIDINO, Claudio; TÓRTIMA, Fernanda. A doutrina Brady e o dever de o MP revelar ao réu a existência de provas essenciais. *Revista Consultor Jurídico*, 11 ago. 2020.
- DYBDAHL, Thomas L. *When innocence is not enough: hidden evidence and the failed promise of the Brady Rule*. New York: The New Press, 2023.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e outros. 10. ed., 3. reimp. Madrid: Trotta, 2018.
- FLORIDI, Luciano. Artificial intelligence, deepfakes and a future of ectypes. *Philosophy and Technology*, v. 31, n. 3, p. 317-321, 2018.
- LIDÉN, Moa; GRÄNS, Minna; JUSLIN, Peter. From devil's advocate to crime fighter: confirmation bias and debiasing techniques in prosecutorial decision-making. *Psychology, Crime & Law*, v. 25, n. 5, p. 494-526, 2019.
- NATIONAL REGISTRY OF EXONERATIONS. *Government misconduct and convicting the innocent: the role of prosecutors, police and other law enforcement*, 1 set. 2020.
- PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2021.
- VITAL, Danilo. Abusos intoleráveis: país deve reavaliar custo de condenações com lastro em abuso de direitos. *Revista Consultor Jurídico*, 9 maio 2021.
- WEXLER, 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. 17-33.

Autor convidado