



A PROVA DIGITAL NO DIREITO
PROCESSUAL BRASILEIRO

*DIGITAL EVIDENCE IN
BRAZILIAN PROCEDURAL LAW*

A PROVA DIGITAL NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO¹

DIGITAL EVIDENCE IN BRAZILIAN PROCEDURAL LAW

Diego Fontenele Lemos²
Larissa Homsí Cavalcante³
Rafael Gonçalves Mota⁴

RESUMO

A produção de provas, hodiernamente, não se dá de forma exclusivamente física, mudando a forma de atuação do direito processual. Assim, as provas digitais surgem como um avanço tecnológico, permitindo que meios de provas, antes indisponíveis, estejam hoje ao alcance de investigadores e partes processuais, contribuindo para uma maior celeridade processual. Pretende-se, neste trabalho, demonstrar como a prova digital é utilizada no direito formal e material brasileiro, quais são os seus princípios e discutir a questão da autenticidade e da integridade das provas, destacando a importância da cadeia de custódia digital para a garantia de uma prova idônea e válida processualmente.

Palavras-Chave: Prova Digital. Cadeia de custódia. Pacote Anticrime. Evidências Digitais.

1 Data de Recebimento: 13/02/2021. Data de Aceite: 07/06/2021.

2 Mestrando em Direito das Relações Internacionais e da Integração na América Latina pela Universidad de La Empresa (UDE) – Uruguai. Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bacharel em Comunicação Social – Relações Públicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. E-mail: diegofontenelemos@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9312223663787049> ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6483-2322>.

3 Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: larissahcavalcante@hotmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2282179529218152> ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0755-7760>

4 Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2018 - CAPES 6), com tese de doutoramento sobre Guerra Cibernética e Estado Democrático de Direito (Estado de Emergência Cibernética), sob orientação do Prof. Dr. Martônio MontAlverne Barreto Lima e co-orientação do Prof. Dr. Rômulo Guilherme Leitão. É mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2010) com dissertação sobre direito, crime organizado e terrorismo. Possui graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (2000) e Especialização em Direito Processual Penal (2001) pela mesma instituição. Atualmente é Professor Auxiliar da Universidade de Fortaleza (UNIFOR - Fortaleza, Ceará), ministrando as disciplinas de Direito Penal e Direito Processual Penal. Também é Professor Adjunto na Faculdade Ari de Sá (FAS - Fortaleza, Ceará), ministrando a disciplina de Teoria Geral do Processo, de Direito Processual Penal e Direito Processual Civil, bem como foi orientador em Grupo de Pesquisa sobre Direito e Guerra. Na Faculdade Ari de Sá (FAS - Fortaleza, Ceará) faz parte do Núcleo Docente Estruturante (NDE). Ocupa também o cargo de Assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. E-mail: rafaelgmota@yahoo.com.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5380334141260091> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1188-9453>.

1 INTRODUÇÃO

A tecnologia da informação (TI) vem mudando a forma como lidamos com os assuntos diários. Os crimes ocorriam de forma tradicional, a investigação feita em campo era conduzida pelos policiais especializados e havia a necessidade de produzir provas habituais (documentais, testemunhais, periciais, dentre outras) para que o caso se encaminhasse ao Ministério Público para a realização ou não da denúncia. O trabalho era feito de forma praticamente manual, contando com a cooperação de testemunhas e não havia suporte eletrônico que pudesse auxiliar na investigação e na busca de provas.

O avanço tecnológico trouxe diversos benefícios para a investigação policial. Agora é possível utilizar esses instrumentos para auxiliar na investigação: câmeras, smartphones, acesso a *internet*, são algumas das tecnologias que permitem aos investigadores solucionar crimes de maneira mais eficaz. No entanto, da mesma forma que a tecnologia trouxe benefícios, trouxe também oportunidades para que os crimes, que antes era praticados de maneira tradicional, passassem a ser feitos também de forma *online*. Estelionato, extorsão, estupro virtual são apenas alguns dos diversos crimes praticados utilizando a tecnologia, particularmente a *internet*.

Assim, os investigadores, que antes eram treinados para o combate ao crime tradicional, tiveram que adaptar suas técnicas para o ambiente virtual, na tentativa de frear o crescente número de vítimas destes e dos demais crimes cibernéticos. As provas, que antes eram físicas, passaram também a ser virtuais. Isso trouxe uma nova forma de lidar com o direito probatório, visto que as provas virtuais não estão expressamente previstas no ordenamento jurídico nacional.

Desta forma, pretende-se analisar como a prova digital é utilizada no direito processual penal brasileiro, suas características, conceitos e princípios que a balizam, da mesma forma é preciso compreender como a cadeia de custódia digital funciona, especialmente com as recentes alterações legislativas advindas do Pacote Anticrime.

2 A PROVA NO DIREITO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988, dentro do rol de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, LXIII)⁵, assegura a pessoa humana o direito de não produzir provas contra si. No mesmo sentido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art. 8º, § 2º, “g”)⁶ também protege a pessoa no que tange a produzir qualquer tipo de

⁵ *In verbis*: Art. 5º, LXIII, CF/88: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (BRASIL, 1988).

⁶ *In verbis*: Artigo 8º, § 2º, ‘g’, Decreto 678/1992: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade,

prova ou mesmo declarar-se culpado de eventual crime a ela imposto.

É possível aduzir desta forma que o exercício do direito de não produzir provas contra si mesmo não permite ao magistrado fazer juízo de valor negativo contra a pessoa, seja ela acusada, condenada, indiciada ou mesmo apenas suspeita de prática delituosa. Isso se dá em razão do princípio da presunção de inocência, também previsto na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LVII) (LIMA, 2020).

Compartilha esse entendimento Lima (2020, p. 82) ao asseverar que esse “direito não pode ser utilizada como argumento a favor da acusação, não pode ser valorado na fundamentação de decisões judiciais, nem tampouco ser utilizado como elemento para a formação da convicção do órgão julgador”.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende que:

EMENTA STJ: Nesse mesmo diapasão, o direito ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*), ainda que não expresso na Carta Magna, desponta como garantia essencial da pessoa humana, assegurando ao acusado o direito de não produzir provas em seu desfavor (HC nº 179.486/GO, 5.ª T., rel. Jorge Mussi, 14.06.2011, v.u.).

Diante desses entendimentos, fica clara a importância da produção da prova no direito brasileiro, devendo a mesma seguir uma cadeia que permitirá sua valoração no momento de formação da convicção por parte do magistrado.

2.1 Breves considerações sobre a teoria geral da prova

A seguir, elencam-se alguns conceitos importantes que envolvem a teoria geral da prova para, posteriormente, analisar algumas definições acerca do objeto deste trabalho.

2.1.1 Conceitos de prova

Faz-se *mister*, primeiramente, conceituar o termo prova. Para Mougenot (2019, p. 467), “a prova é o instrumento usado pelos sujeitos processuais para comprovar os fatos da causa, isto é, aquelas alegações que são deduzidas pelas partes como fundamento para o exercício da tutela jurisdicional”.

Uma rápida consulta ao dicionário permite observar que a palavra ‘prova’ tem sua etimologia no idioma latim e deriva da palavra “provar” (*prōbo, probus*) e significa

às seguintes garantias mínimas: [...] g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada” (BRASIL, 1992).

examinar, verificar, reconhecer por experiência, julgar, aprovar, demonstrar.

Nesse mesmo sentido, Lima (2020, p. 657) aduz que o referido termo tem origem latina e que tem seu significado vinculado à ideia de “verificação, inspeção, exame, aprovação ou confirmação [...] estando relacionada com o vasto campo de operações do intelecto na busca e comunicação do conhecimento verdadeiro”.

Nucci (2020, p. 591) conceitua o termo prova e afirma que ele se origina do latim *probatio*:

Significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – *pro-bare* –, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar.

É necessário destacar que a prova pode ser compreendida também por três vieses: (a) prova como atividade probatória; (b) prova como resultado; e (c) prova como meio (NUCCI, 2020; LIMA, 2020; BADARÓ, 2015).

O primeiro está relacionado ao conjunto de atos praticados com a finalidade de obter a real situação dos fatos relevantes para o processo de convicção do julgador. Nesse entendimento, “identifica-se o conceito de prova com a produção dos meios e atos praticados no processo visando ao convencimento do juiz sobre a veracidade (ou não) de uma alegação sobre um fato que interesse à solução da causa” (LIMA, 2020, p.657).

O segundo refere-se à existência ou inexistência de elementos que comprovem (ou não) uma situação fática ocorrida que irá influenciar no processo de formação da convicção do magistrado/julgador (NUCCI, 2020). Já o terceiro refere-se aos instrumentos idôneos que permitem a demonstração da ocorrência (ou não) de uma situação fática (NUCCI, 2020; LIMA, 2020).

2.1.2 Finalidade e os meios de prova

Para Pacelli (2020, p.416), a prova judiciária tem o objetivo de reconstruir os “fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo”. Sua finalidade é auxiliar na formação da convicção do magistrado buscando a maior similaridade com os fatos decorridos que deram origem à lide (LIMA, 2020).

A finalidade da prova é permitir que o magistrado tome conhecimento sobre os fatos e atos praticados e que deram origem à respectiva demanda judicial (MOUGENOT,

2019). “Esse, aliás, [é] o objetivo primordial do chamado processo de conhecimento, no âmbito do qual a parte mais substancial dos atos é voltada à instrução – a produção de provas, a fim de iluminar o espírito do julgador e permitir a ele exercer o poder jurisdicional” (MOUGENOT, 2019, p. 468).

O meio de prova está vinculado ao meio utilizado pelo magistrado para apreciar a prova para seu próprio e livre convencimento. “Os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática” (BADARÓ, 2015, p. 383). Para Lima (2020, p. 661) são:

Os instrumentos através dos quais as fontes de prova são introduzidas no processo. Dizem respeito, portanto, a uma atividade endo-processual que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e a participação das partes, cujo objetivo precípuo é a fixação de dados probatórios no processo.

Destaca-se que os meios de prova podem ser lícitos ou ilícitos, sendo apenas os primeiros reconhecido pelo julgador, conforme disposto no art. 157 do Código de Processo Penal⁷. Da mesma é preciso ressaltar a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal (STF) que no RHC 90.376/RJ⁸ decidiu sobre a ilicitude por derivação, isto é, as provas derivadas obtidas de provas originalmente ilícitas não podem ser apreciadas pelo julgador sendo passíveis de nulidade. Nesse sentido, Moraes (2014, n.p.) afirma que a “inadmissibilidade da utilização das provas ilícitas não tem o condão de gerar a

⁷ *In verbis*: Art. 157 do Código de Processo Penal Brasileiro (CPP): Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

⁸ *In verbis*: Ementa – STF – RHC 90.376/RJ [...] A questão da ilicitude por derivação. Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do “*due process of law*” e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos “frutos da árvore envenenada”) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária [...] (RHC 90376/STF, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/04/2007, DJe de 18/05/2007).

nulidade de todo o processo, pois, a previsão constitucional não afirma serem nulos os processos em que haja prova obtida por meios ilícitos”. Por outro lado, a ilicitude da prova gera sua nulidade e imprestabilidade, além de contaminar as provas derivadas dela mesma.⁹

A Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, trouxe nova discussão acerca das provas ilícitas obtidas. Assim, no artigo 157, §5º, do Código de Processo Penal¹⁰, o legislador trouxe inovação legislativa que tem a finalidade de não mais apenas afastar a prova obtida de forma ilícita do processo, mas todo o processo que contenha essa prova deve ser anulado de forma parcial ou total (CUNHA, 2020). Assim, “o processo será refeito ou nova sentença será proferida, não se admitindo nessa reconstrução a participação do magistrado que conheceu seu conteúdo, agora presumidamente não parcial” (CUNHA, 2020, p. 173). Desta forma, “a autoridade judiciária que tomou conhecimento do conteúdo da prova declarada inadmissível, psicologicamente contaminado, não poderá proferir decisão (sentença ou acórdão)” (CUNHA, 2020, p. 173).

3 A PROVA DIGITAL

Após conceituar a prova dentro da teoria geral da prova, é preciso seguir o curso do trabalho e analisar os termos que definem a prova digital, suas características e os princípios que a balizam.

3.1 Conceitos

Em um contexto em que a tecnologia da informação (TI) está criando oportunidades e trazendo benfeitorias em todos os aspectos da vida moderna, desde um sistema que controla todos os aparelhos da sua residência até um telefone celular em que estão todos os seus arquivos e dados pessoais, antes presentes apenas em seu computador, ao mesmo tempo criam-se oportunidades para que agentes mal-intencionados utilizem essa mesma tecnologia na consecução de bens de forma ilegal e ilícita. A investigação realizada pela polícia precisa estar atualizada com o avanço tecnológico, da mesma forma que os meios de prova e a forma de obtenção da mesma precisam mudar frente às novas tecnologias. Assim, a “criminalidade informática fez reavivar a problemática da prova. Desde logo porque implica meios de obtenção de prova e meios de prova di-

⁹ Nesse sentido, recomenda-se a leitura dos HC 69.912/RS, HC 74.152/SP, RHC 74.807-4/MT, HC 75.8926/RJ, HC 76.231/RJ.

¹⁰ *In verbis*: Art. 157, §5º, do Código de Processo Penal Brasileiro: “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão” (BRASIL, 1941).

gitalis, com algumas características específicas face aos meios tradicionais” (SANTOS, 2005, p. 53).

É importante destacar que o legislador não poderia prever todos os tipos de prova que eventualmente poderiam ser produzidos. Assim, dividiram-se as provas em provas típicas e atípicas, estes instrumentos probatórios devem ser lícitos e não podem violar nenhuma garantia constitucional ou infraconstitucional previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Da mesma forma, por não estar previsto na legislação nacional de forma explícita, a prova digital deve ser considerada uma prova atípica, isto é, “trata-se de identificar se existem mesmo mecanismos que não se enquadrem no modelo legal, mas que sejam admissíveis no processo como método para se acessar uma fonte de prova e elucidar uma questão fática controvertida” (AMARAL, 2017, p. 68). Rodrigues (2011, p. 39) descreve a prova digital como sendo:

Qualquer tipo de informação, com valor probatório, armazenada em repositório electrónico-digitais (sic) de armazenamento ou transmitida em sistemas e redes informáticas ou redes de comunicações electrónicas (sic), privadas ou publicamente acessíveis, sob a forma binária ou digital.

Outro conceito que merece destaque diz que a “informação passível de ser extraída de um dispositivo electrónico (sic) (local, virtual ou remoto) ou de uma rede de comunicações. Pelo que esta prova digital, para além de ser admissível, deve ser também autêntica, precisa e concreta” (RAMOS, 2014, p. 86).

Por sua vez Thamay e Tamer (2020) explicam que a prova digital guarda grande semelhança com a prova tradicional. No entanto, o termo digital agregado à prova permite duas¹¹ interpretações: (a) a primeira trata a prova digital como uma manifestação de um ação ou ato ocorrido no meio digital; (b) a segunda diz que a prova digital demonstra um fato que não aconteceu no meio digital, porém pode ser evidenciado por meios digitais.

Assim, com base nas acepções acima, Thamay e Tamer (2020, cap.1.3) formulam o conceito de prova digital como sendo o “instrumento jurídico vocacionado a demonstrar

¹¹ Thamay e Tamer (2020, cap.1.3) explicam o que seriam fatos ocorridos por meios digitais e fatos ocorridos em meio não digital. “São fatos ocorridos por meios digitais e a respeito dos quais a prova pode ser feita (prova digital), por exemplo: envio de um e-mail, envio de uma mensagem por aplicativo de mensagens (WhatsApp, Telegram, entre outros), cópia ou desvio da base de dados, cópia de software, disponibilização de um vídeo na internet (conteúdo íntimo ou difamador), entre outros. Também é possível que o meio digital sirva de instrumento para demonstrar a existência de um fato ocorrido em meio não digital. Basta pensar, por exemplo, em uma ata notarial lavrada a partir da constatação pelo tabelião de foto em mídia social em que constam juntos um colaborador da empresa e um diretor da empresa concorrente, a fim de demonstrar o conluio fático entre eles. Na seara criminal, é possível que por meio de monitoramento autorizado judicialmente de conta de conversas de WhatsApp se prove a prática de tráfico de drogas ou outros crimes. Os fatos não são digitais em si, mas os suportes digitais servem de mecanismo de demonstração”.

a ocorrência ou não de determinado fato e suas circunstâncias, tendo ele ocorrido total ou parcialmente em meios digitais ou, se fora deles, esses sirvam como instrumento para sua demonstração”.

Por fim, a doutrina americana traz uma relevante definição de prova digital (*digital evidence*) como “quaisquer dados armazenados ou transmitidos usando um computador que apoiam ou refutam uma teoria de como um crime ocorreu ou que abordam elementos críticos do crime, como intenção ou alibi” (CASEY, 2011, p. 07).¹²

3.2 Características da prova digital

A prova digital possui características próprias que as distinguem das espécies de prova previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Vaz (2012) elenca quatro características da referida espécie probatória, quais sejam: (a) imaterialidade e desprendimento do suporte físico originário; (b) volatilidade; (c) suscetibilidade de clonagem; e (d) necessidade de intermediação de equipamento para ser acessada.

No que tange à imaterialidade da prova digital, esta se relaciona com a sua natureza não corpórea, uma vez que os dados presentes na espécie probatória em análise são compostos por bits e impulsos elétricos. Desta forma, o dado digital é intangível e não está sujeito ao suporte físico para existir permitindo sua transferência por meio de redes de comunicações diversas a outros dispositivos eletrônicos e digitais, havendo uma separação de fato entre o suporte físico e os dados em si (VAZ, 2012). Assim, “a imaterialidade possibilita aos sistemas informáticos o armazenamento de imensa quantidade de informações, já que os dados não ocupam espaço físico relevante, mostrando-se compactos” (VAZ, 2012, p.68).

Em relação à volatilidade, esta se caracteriza pela possibilidade de alteração binária ou algorítmica que poderia inviabilizar o dado digital e, por consequência, a prova digital. Essa volatilidade permite a alteração dos dados digitais e isso pode resultar na perda de informações e mudanças que levantem questionamentos sobre a confiabilidade da prova digital (VAZ, 2012). Casey (2011, p. 26) afirma que: “A prova digital pode ser alterada ou obliterada maliciosamente pelos infratores ou acidentalmente durante a coleta, sem deixar nenhum sinal óbvio de distorção”¹³.

A prova digital é caracterizada como imaterial. Assim, no que diz respeito à suscetibilidade de clonagem esta representa uma reprodução em sua totalidade da sequência

12 Traduziu-se do original: “any data stored or transmitted using a computer that support or refute a theory of how an offense occurred or that address critical elements of the offense such as intent or alibi” (CASEY, 2011, p.07).

13 Traduziu-se do original: “the fact that digital evidence can be manipulated or destroyed so easily raises new challenges for digital investigators. Digital evidence can be altered or obliterated either maliciously by offenders or accidentally during collection without leaving any obvious signs of distortion” (CASEY, 2011, p. 26).

numérica dos dados que compõem a prova digital. Além disso, “os dados digitais permitem a sua transferência a outros dispositivos eletrônicos, em sua integralidade. Por essa razão, ele admite a execução de infinitas cópias, todas iguais, sem que se possa falar em um exemplar original” (VAZ, 2012, p. 69).

Por fim, tem-se a necessidade de intermediação uma vez que a prova digital é composta de sequência algorítmica que perfaz um código digital. Desta forma, para que haja o processamento da informação, é necessário um meio que permita a compreensão deste código digital e sua demonstração ao detentor da referida prova digital (VAZ, 2012). É importante ressaltar que “não é possível a leitura dos dados diretamente pelo receptor da informação, vez que está é imaterial, invisível e codificada” (VAZ, 2012, p. 70).

3.3 Princípios relativos à atividade probatória

É preciso balizar, por meio de princípios relevantes para o direito brasileiro, a questão do direito probatório. Os princípios do devido processo legal, proibição de produção de provas ilícitas e do livre convencimento motivados permitem um melhor entendimento acerca do direito probatório no processo penal brasileiro.

3.3.1 Princípio do Devido Processo Legal¹⁴

A Constituição Federal de 1988 é clara em seu artigo 5º, inciso LIV¹⁵, ao tratar do devido processo legal. O referido princípio trata da obediência às normas processuais e suas respectivas garantias, da mesma forma que se deve seguir o previsto tanto no direito formal quanto no material. Nucci (2015, p. 148) assevera que:

A ação e o processo penal somente respeitam o devido processo legal, caso todos os princípios norteadores do Direito Penal e do Processo Penal sejam, fielmente, respeitados durante a persecução penal, garantidos e afirmados os direitos do acusado para produzir sua defesa, bem como fazendo atuar um Judiciário imparcial e independente.

14 O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem entendimento jurisprudencial sobre o devido processo legal em correlação com a ampla defesa: EMENTA: STJ: “O devido processo legal, amparado pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, é corolário do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, pois permite o legítimo exercício da persecução penal e eventualmente a imposição de uma justa pena em face do decreto condenatório proferido. 2. Compete aos operadores do direito, no exercício das atribuições e/ou competência conferida, o dever de consagrar em cada ato processual os princípios basilares que permitem a conclusão justa e legítima de um processo, ainda que para condenar o réu [...]” (HC 91.474-RJ, 5.ª T., rel. Arnaldo Esteves Lima, DJe: 02/08/2010).

15 *In verbis*: Art. 5º, inciso LIV, CF/88: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988).

A pretensão punitiva, portanto, deve se encaixar em um procedimento regular definido legalmente, perante autoridade competente e mediante análise de provas válidas, com o devido respeito às garantias processuais do contraditório e da ampla defesa (TÁVORA; ALENCAR, 2017).

No que tange à prova digital, o princípio do devido processo legal deve permitir a produção de provas na forma da lei, sejam elas típicas ou atípicas, desde que não violem o ordenamento jurídico pátrio. Assim, caso a prova digital seja produzida dentro do rigor da lei ela deve ser considerada válida para fins formais e materiais (RAFFUL; RAFFUL, 2017).

3.3.2 Princípio da proibição de produção de provas ilícitas

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVI¹⁶, prevê o princípio da vedação das provas ilícitas que proíbe a utilização de qualquer prova obtida, seja de forma originária ou derivada, ilicitamente. “O princípio significa a proibição de se valer de provas – elementos destinados à demonstração da verdade, persuadindo o julgador – maculadas pelo vício de origem, vez que extraídas por mecanismos ilícitos” (NUCCI, 2015, p. 1165).

Em relação às provas digitais, Rafful e Rafful (2017) descrevem que as provas digitais serão ilícitas quando alteradas por meio de *softwares* modificando no todo ou em parte a referida espécie probatória. A obtenção ilícita das provas digitais pode se dar por meio de invasão cibernética pela rede mundial de computadores, de computador de outrem sem a sua devida permissão. Além disso, “é possível até o entendimento que uma invasão no computador fere também o domicílio, supondo a existência de um ambiente e de um endereço virtual” (RAFFUL; RAFFUL, 2017, p. 58).

No que concerne à vedação das provas obtidas ilicitamente, no julgamento do RHC 51.531/RO (Informativo nº 583), o STJ se manifestou acerca da nulidade das provas obtidas pela autoridade policial ao verificar aparelhos telefônicos apreendidos sem prévia autorização judicial:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. EXTRAÇÃO SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL DE DADOS E DE CONVERSAS REGISTRADAS NO WHATSAPP. Sem prévia autorização judicial, são nulas as provas obtidas pela polícia por meio da extração de dados e de conversas registradas no WhatsApp presentes no celular

¹⁶ *In verbis*: Art. 5º, inciso LVI, CF/88: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 1988).

do suposto autor de fato delituoso, ainda que o aparelho tenha sido apreendido no momento da prisão em flagrante. [...] Desse modo, sem prévia autorização judicial, é ilícita a devassa de dados e de conversas de WhatsApp realizada pela polícia em celular apreendido. (STJ, 6ª Turma, RHC 51.531/RO, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, julgado em 19/4/2016, DJe 9/5/2016).

Dessa forma, embora seja possível a utilização de conversas obtidas em aplicativos de troca de mensagens entre os usuários como meios de prova, a análise destas sem que haja uma autorização judicial prévia e devidamente motivada torna ilícitas as provas obtidas, sendo vedada a sua utilização no processo penal, em razão da violação da intimidade, do sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas, conforme o art. 5º, incisos X e XII, da CF/88.

Embora o presente entendimento esteja consolidado no STJ, o Tema 977 da Repercussão Geral do STF, que trata acerca da “aferição da licitude da prova produzida durante o inquérito policial relativa ao acesso, sem autorização judicial, a registros e informações contidos em aparelho de telefone celular, relacionados à conduta delitiva e hábeis a identificar o agente do crime” (BRASIL, 2017), abre precedente para o surgimento de entendimentos contrários acerca da ilicitude da investigação de aparelhos eletrônicos apreendidos pela autoridade policial sem prévia autorização judicial.tqc2705

A presente temática se encontra em discussão no ARE nº 1.042.075/RJ, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, cujo entendimento é pela licitude da prova obtida pela autoridade policial mediante acesso ao celular apreendido, ainda que sem a autorização judicial, não configurando ofensa ao art. 5º, incisos X e XII, da CF/88 (BRASIL, 2017). Em entendimento contrário, os Ministros Gilmar Mendes e Edson Fachin, que negavam provimento ao recurso interposto, alegaram que o acesso aos dados contidos em aparelhos celulares apreendidos no local do crime necessita de decisão judicial motivada, com a delimitação da necessidade da medida e da sua abrangência (BRASIL,2017).

Depreende-se, dessa forma, que o supracitado precedente abre espaço para o surgimento de posicionamentos divergentes entre os respectivos Tribunais Superiores, além de alterar o entendimento atual acerca da ilicitude das provas obtidas mediante verificação de aparelhos celulares apreendidos sem a devida autorização judicial, em razão da inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, constitucionalmente assegurada, e do princípio da proibição de produção de provas ilícitas.

3.3.3 Princípio do livre convencimento motivado

O princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado permite a utilização de provas, sejam elas típicas ou atípicas, pelas partes processuais. No entanto, deve a decisão proferida pelo magistrado estar vinculada às provas previamente apresentadas nos autos do processo. Thamay e Tamer (2020, cap.1.5.3) declaram que:

A ideia, justamente, é que o destinatário fará sua avaliação sobre o conjunto probatório que está à sua disposição. No momento da tomada de decisão sobre a ocorrência ou não dos fatos e as consequências jurídicas respectivas, confere o valor ou maior relevância ao meio probatório e ao fato vinculado que, na sua percepção transparente e racionalmente fundamentada, tem mais peso no deslinde da dúvida. Inclusive, a mesma motivação deve ser dada em relação à credibilidade do meio probatório.

O Código de Processo Penal¹⁷ em seu art. 155 declara que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação das provas juntadas aos autos do processo.

3.4 Autenticidade e integridade da prova digital

Para que se faça uso, sem questionamento sobre sua validade ou seu valor, a prova digital deve estar em conformidade com, pelo menos, dois fatores, quais sejam: (a) autenticidade; (b) integridade. A autenticidade deve ser compreendida como uma propriedade essencial da prova digital que assegura que os fatos ali dispostos estão de acordo com o fato jurídico ocorrido e que foram praticados pelos seus respectivos autores. A autenticidade garante que sobre aquela prova digital não pairam dúvidas acerca dos fatos ali narrados ou sobre sua autoria (THAMAY; TAMER, 2020). A autenticidade também pode ser compreendida como “a qualidade que elimina toda e qualquer hipótese válida e estruturada de suspeição sobre quem fez ou participou da constituição do fato no meio digital” (THAMAY; TAMER, 2020, cap. 1.4).

É importante destacar que os fatores elencados acima estão previstos no ordenamento jurídico nacional, particularmente no art. 195 do Código de Processo Civil de 2015, no que diz respeito ao registro de atos processuais eletrônicos. Além disso, há a possibilidade, seja por analogia ou pela finalidade da referida prova, de propagar esse

¹⁷ *In verbis*: Art. 155, CPP: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”

entendimento a qualquer registro eletrônico com a finalidade de viabilizar a fazer prova em autos processuais (PASTORE, 2020). O entendimento conferido no ordenamento jurídico nacional sobre a autenticidade pode ser visto em algumas outras legislações infraconstitucionais, como a MP nº 2.200, de 2001, que institui a Infra-Estrutura (sic) de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil¹⁸ o Código de Processo Civil de 2015¹⁹, o Código de Processo Penal²⁰, a Lei nº 11.419, de 2006²¹, que dispõe sobre a informatização do processo judicial e o Decreto nº 10.046, de 2019²², que dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal e institui o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados (THAMAY; TAMER, 2020).

Na esfera criminal a questão ganha contornos ainda mais sensíveis. Como sabido, a individualização da conduta e a premissa de personalidade são pressupostos absolutamente fundamentais de formação da imputação acusatória e da formação da culpabilidade, o que não poderia ser diferente. Nessa perspectiva, assegurar a autenticidade sobre o fato digital ou a autoria sobre o fato criminoso é imprescindível, inclusive considerando o postulado necessário do *in dubio pro reo*. (THAMAY; TAMER, 2020, cap.1.4).

18 *In verbis*, MP nº 2.200/2001: “Art. 1º. Fica instituída a Infra-Estrutura (sic) de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras. Art. 10. Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória. § 1º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil. § 2º O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento” (BRASIL, 2001).

19 *In verbis*: É importante elencar alguns dos dispositivos do Código de Processo Civil de 2015 que tratam da questão da autenticidade: Art. 19; Art. 29, inciso II; Art. 41; Art. 195; Art. 264; Art. 267, inciso III; Art. 367, § 3º; Art. 411, inciso I, II e III; Art. 412; Art. 421; Art. 422, § 1º; Art. 425, inciso III e IV; Art. 428, inciso I; Art. 429, inciso II; Art. 436, inciso II; Art. 439; Art. 478; Art. 522; Art. 882, § 2º; Art. 914, § 1º; Art. 965

20 Elenca-se os dispositivos previstos no Código de Processo Penal que tratam da questão da autenticidade: Art. 39, § 1º; Art. 166; Art. 174, inciso II; Art. 232; Art. 235; Art. 289, § 2º; Art. 289-A, § 2º; Art. 299; Art. 541, § 1º e § 2º; Art. 543, inciso II; Art. 782; Art. 788, inciso IV; Art. 789, §4º.

21 *In verbis*: “Art. 12. A conservação dos autos do processo poderá ser efetuada total ou parcialmente por meio eletrônico. § 1º Os autos dos processos eletrônicos deverão ser protegidos por meio de sistemas de segurança de acesso e armazenados em meio que garanta a preservação e integridade dos dados, sendo dispensada a formação de autos suplementares. § 2º Os autos de processos eletrônicos que tiverem de ser remetidos a outro juízo ou instância superior que não disponham de sistema compatível deverão ser impressos em papel, atuados na forma dos arts. 166 a 168 da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, ainda que de natureza criminal ou trabalhista, ou pertinentes a juizado especial. § 3º No caso do § 2º deste artigo, o escrivão ou o chefe de secretaria certificará os autores ou a origem dos documentos produzidos nos autos, acrescentando, ressalvada a hipótese de existir segredo de justiça, a forma pela qual o banco de dados poderá ser acessado para aferir a autenticidade das peças e das respectivas assinaturas digitais” (BRASIL, 2016).

22 *In verbis*: “Art. 2º, inciso V – autenticidade – propriedade de que a informação foi produzida, expedida, modificada ou destruída por uma determinada pessoa natural, ou por um determinado sistema, órgão ou entidade” (BRASIL, 2019).

No que diz respeito à integridade, esta deve ser compreendida como uma propriedade necessária da prova digital que aduz que a mesma não foi adulterada, isto é, que não foi alterada ou modificada desde a sua constituição. Desta forma, é possível concluir que a prova digital íntegra é aquela que não foi adulterada e permanece idônea no que tange aos fatos dispostos desde sua constituição, permanecendo de forma completa e íntegra (THAMAY; TAMER, 2020).

3.5 Diferentes tipos de provas digitais

As chamadas provas digitais em espécie não estão previstas de forma expressa nos Códigos de Processo Civil ou Penal, sendo originadas a partir dos meios de provas tradicionais que foram adaptados ao meio digital. O que se pretende, neste momento, é analisar se “os meios de transporte ou transferência dos fatos ocorridos no plano fático – ocorridos nos meios digitais ou que estes possam ser utilizados para demonstração – para dentro dos processos ou procedimentos” (THAMAY; TAMER, 2020, p. 112), verificando nesse processo se, de fato, o evento ocorrido aconteceu, bem como elucidar suas circunstâncias.

Destacam-se, dentre os diversos meios de produção de provas, três tipos de provas que estão diretamente ligados a prova digital e que serão analisadas neste trabalho: prova documental, ata notarial e *blockchain*.

A prova documental para Montenegro Filho (2016, p. 522-523) “consiste no registro material (não necessariamente escrito), no seu sentido lato ou estrito, da ocorrência de um fato. Há, portanto, um registro material do fato”.

Nery Júnior e Nery (2019, p. 1051) asseveram que a prova documental abrange “os instrumentos e os documentos, públicos e privados. Qualquer representação material que sirva para reconstituir e preservar através do tempo a representação de um pensamento, ordem, imagem, situação, ideia, declaração de vontade etc., pode ser denominada documento”.

Thamay e Tamer (2020, p. 113) afirmam que “documento, portanto, é qualquer suporte físico ou eletrônico em que um fato e suas circunstâncias estão registrados. A prova documental, por sua vez, é o resultado obtido no processo ou procedimento a partir da utilização desse documento”.

A ata notarial é outro meio de prova bastante vinculado ao direito digital. Prevista no art. 384 do Código de Processo Civil (CPC), é considerada meio de prova típico, pois está presente de forma taxativo no referido diploma infraconstitucional. Na ata notarial o tabelião registrará documentalmente fatos que foram observados no meio eletrônico. Trata-se de prova que deve conter observações do notário realizadas de forma indepen-

dente. Conferida por lei, os atos praticados pelo notário tem fé pública e presunção de veracidade (*juris tantum*, pois admite prova em contrário). A ata notarial é importante meio “para a preservação de identificação e coleta de provas digitais. A presença do notário que acompanha pessoalmente e de forma imparcial o procedimento, com sua narrativa precisa em ata notarial, reforça a lisura da identificação e coleta da prova” (THAMAY; TAMER, 2020, p. 137).

Por fim, merece destaque, dentre os meios de prova digitais, o *blockchain*. Por se tratar de algo ainda muito recente, o referido meio de prova é muito pouco utilizado. Thamay e Tamer (2020) atestam que a ideia do *blockchain* é uma cadeia interligada de blocos em que cada bloco contém uma nova informação e as informações de todos os blocos anteriores e que essa cadeia de blocos está de forma descentralizada de um mesmo dispositivo, formando também uma cadeia de dispositivos em que cada um contém uma cópia da cadeia de blocos do *blockchain*²³.

O *blockchain* é um “‘livro-razão distribuído’, é um protocolo seguro no qual uma rede de computadores verifica de forma coletiva uma transação antes de registrá-la e aprová-la. A tecnologia que sustenta o *blockchain* cria confiança, permitindo que pessoas que não o conheçam (e, portanto, não têm nenhuma base subjacente de confiança) colaborem sem ter de passar por uma autoridade central neutra – ou seja, um depositário ou livro contábil central. Em essência, o *blockchain* é um livro contábil compartilhado, programável, criptograficamente seguro e, portanto, confiável; ele não é controlado por nenhum usuário único, mas pode ser inspecionado por todos (THAMAY; TAMER, 2020, p. 137).

Após análise de alguns meios de prova digital, é possível discutir a questão da cadeia de custódia no pacote anticrime e a cadeia de custódia digital.

23 Thamay e Tamer em seu livro “Provas no direito digital: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020” explicam sobre o *blockchain*: “No *blockchain*, de forma diversa, as informações ficarão salvas de forma descentralizada e integral em cada terminal conectado na rede. Em outras palavras, os arquivos ou movimentações on-line feitas ficarão registradas em toda a rede. Isso significa, em termos práticos, que qualquer terminal integrante do *blockchain* (computador, dispositivo eletrônico ou estrutura computacional) tem uma cópia integral das informações (arquivo, transações etc.) e pode acessá-las imediatamente. Além disso, cada um dos terminais é responsável por validar ciberneticamente qualquer alteração informacional da rede, de tal modo que qualquer alteração precisa do consenso de toda a estrutura do *blockchain*. Funciona como um grande livro-razão de registro eletrônico de informações. Não só o armazenamento é distribuído, como a construção e desenvolvimento da rede, se dá em blocos em sequência ou cadeia. Uma cadeia de blocos ou uma corrente de vários elos. É dessa característica estrutural que decorre o nome da tecnologia. E mais. Essa cadeia não é apenas uma questão de forma, mas também de formatação e segurança do conteúdo nela contido.

4 CADEIA DE CUSTÓDIA NO PACOTE ANTICRIME E A CADEIA DE CUSTÓDIA DIGITAL

A cadeia de custódia foi alterada no ordenamento processual penal brasileiro (CPP) por meio da lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime. O art. 158-A, do CPP traz o referido conceito como sendo “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” (BRASIL, 1941).

A cadeia de custódia é um instrumento que assegura a autenticidade das provas e evidências coletadas e examinadas, garantindo que o material colhido não sofra alterações em qualquer momento do processo. A cadeia de custódia serve para documentar a cronologia das provas evidências, desde sua coleta até seu uso no judiciário, evitando que haja alterações, sejam internas ou externas, que possam comprometer a validade, a integridade e seu valor probatório. Baliza-se pelo princípio da autenticidade da prova, que assegura que a prova colhida durante a prática de fato jurídico será a mesma que o magistrado irá analisar a prova por meio do princípio do livre convencimento motivado (LIMA, 2020b). A finalidade da cadeia de custódia é assegurar que a autenticidade e a validades das provas que serão analisadas pelo magistrado, sob a égide do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (PACELLI, 2020).

É importante destacar a questão do acondicionamento dos vestígios materiais durante a coleta das provas e evidências, conforme trata o art. 158-D do Código de Processo Penal²⁴, que estabelece uma série de regramentos para que a manutenção da cadeia de custódia continue intacta e idônea. Esse artigo ainda traz um elemento importante para caracterizar a fraude processual pela pessoa que entra ou adultera um local isolado e que não foi liberado pelo responsável (LIMA, 2020b).

Frisa-se que o delito em questão – fraude processual –, está diretamente relacionado às suas elementares “notadamente o chamado elemento subjetivo especial do injusto, que encontra previsão legal no art.347 do Código Penal, no art. 312 do Código de Trânsito Brasileiro e nos artigos 23 e 24 da nova Lei de Abuso de Autoridade” (LIMA, 2020b, p. 265).

²⁴ *In verbis*: Art. 158-D, do CPP: “O recipiente para acondicionamento do vestígio será determinado pela natureza do material. § 1º Todos os recipientes deverão ser selados com lacres, com numeração individualizada, de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio durante o transporte. § 2º O recipiente deverá individualizar o vestígio, preservar suas características, impedir contaminação e vazamento, ter grau de resistência adequado e espaço para registro de informações sobre seu conteúdo. § 3º O recipiente só poderá ser aberto pelo perito que vai proceder à análise e, motivadamente, por pessoa autorizada. § 4º Após cada rompimento de lacre, deve se fazer constar na ficha de acompanhamento de vestígio o nome e a matrícula do responsável, a data, o local, a finalidade, bem como as informações referentes ao novo lacre utilizado. § 5º O lacre rompido deverá ser acondicionado no interior do novo recipiente” (BRASIL, 1941).

A ideia por trás da cadeia de custódia digital tem os mesmos elementos da cadeia de custódia prevista no art. 158-A do CPP. É importante resguardar a integridade e a autenticidade da cadeia de custódia da prova digital (THAMAY; TAMER, 2020), “desde o processo de produção da prova digital, passando pela identificação, coleta, extração de resultados, até a apresentação no processo ou procedimento de destino” (THAMAY; TAMER, 2020, cap.1.4). O registro detalhado dos acessos, horários, e datas de quem teve acesso as referidas provas digitais vai manter a cadeia de custódia digital idônea e pronta para que seja utilizada pelo magistrado nos autos dos processos. Importante salientar, que a prova e as evidências devem observar o disposto no art.159, caput e § 1º ao 7º do CPP, que tratam dos responsáveis pela coleta dos materiais. (THAMAY; TAMER, 2020)

Por fim, merece destaque as instruções feitas pela ISO/IEC nº 27.037/2012 que tratam das diretrizes para identificação, coleta, aquisição e preservação de evidências digitais. Alguns conceitos são importantes como: “(a) evidência digital: “informações ou dados, armazenados ou transmitidos em forma binária que podem ser considerados como evidências” (ISO..., 2012); (b) coleta: “processo de coleta de itens físicos que contêm evidências digitais em potencial” (ISO..., 2012); (c) identificação: “processo envolvendo a busca, o reconhecimento e a documentação de possíveis evidências digitais” (ISO...,2012); (d) preservação: “processo para manter e salvaguardar a integridade e / ou condição original da potencial evidência digital” (ISO..., 2012); (e) adulteração: ato de fazer ou permitir alterações deliberadamente em evidências digitais” (ISO..., 2012); (f) dados voláteis: “dados que são especialmente sujeitos a alterações e podem ser facilmente modificados” (ISO..., 2012).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prova digital é uma importante ferramenta presente no direito processual brasileiro. Apesar da sua não previsão legal, pode-se considerar a prova digital como uma prova atípica, isto é, uma prova não prevista no ordenamento jurídico nacional, mas que, desde que obedeça à legalidade e à licitude, pode integrar o processo e servir como instrumento para aplicação do princípio do livre convencimento motivado pelo magistrado no momento de valoração das provas. Assim, é nítida a importância da prova digital face o avanço tecnológico.

A *internet* e o acesso a computadores permitiram o uso de diversas ferramentas que servem para a obtenção e produção de provas, da mesma forma que é meio de prática de crimes cibernéticos em todos os lugares do país. É preciso levar em consideração que a prova digital deve conter meios de certificação, autenticidade e integridade para que

possa valer como prova.

Por fim, a prova digital vai, cada vez mais, integrar o processo digital no país, sendo, por vezes, prova decisiva para decisão do magistrado. É preciso apenas que a mesma se revista de idoneidade para que não seja contestada na corte.

ABSTRACT

The production of evidence, nowadays, does not occur in an exclusively physical way, changing the way procedural law operates. Thus, digital evidence emerges as a technological advance, allowing means of proof, previously unavailable, to be within the reach of investigators and parties, contributing to greater procedural speed. This paper aims to demonstrate how digital evidence is used in Brazilian formal and substantive law, what are its principles, and discuss the issue of authenticity and integrity of evidence, highlighting the importance of the digital chain of custody to ensure a suitable and procedurally valid evidence.

Keywords: Digital proof. Chain of custody. Anti-crime package. Digital Evidence.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ivo Filipe de. **A prova digital**. Portugal, 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Departamento de Direito. Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2014.

AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. - São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 out. 2020

BRASIL. **Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF, 1992

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm acesso em: 05 out 2020

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e

processual penal. Brasília, DF: 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm acesso em 16 out 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006.** Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Brasília, DF: 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111419.htm Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. **Medida provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.** Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências. Brasília, DF: 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas_2001/2200-2.htm Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus nº 179.486 Goiás.** Habeas Corpus preventivo. Furto qualificado. Determinação de comparecimento ao instituto de criminalística para colheita de imagem. Direito ao silêncio. Princípio da não auto-acusação (nemo tenetur se detegere). Constrangimento ilegal evidenciado. Ordem concedida. Impetrante: RONNIERY RIBEIRO CABRAL E OUTRO. Impetrado: Tribunal de Justiça do estado de Goiás. Relator: ministro Jorge Mussi. 14 jun. 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21105838/habeas-corpus-hc-179486-go-2010-0130145-0-stj/inteiro-teor-21105839> acesso em 14 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma) **Habeas Corpus nº 94.020 Amapá.** [...] O devido processo legal, amparado pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, é corolário do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, pois permite o legítimo exercício da persecução penal e eventualmente a imposição de uma justa pena em face do decreto condenatório proferido. 2. Compete aos operadores do direito, no exercício das atribuições e/ou competência conferida, o dever de consagrar em cada ato processual os princípios basilares que permitem a conclusão justa e legítima de um processo, ainda que para condenar o réu [...]. Impetrante: Iracema Vaz Ramos Leal. Impetrado: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Arnaldo Esteves de Lima. Julgado em 23/02/2010, DJe de 02/08/2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19137630/habeas-corpus-hc-91474->

-rj-2007-0229907-3/inteiro-teor-19137631 Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma) **Recurso em Habeas Corpus nº 51.531 Rondônia**. Direito Processual Penal. Extração sem prévia autorização judicial de dados e de conversas registradas no whatsapp. Recorrente: Leri Souza e Silva. Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Julgado em 19/04/2016, DJe de 09/05/2016. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informjurisdata/article/view/3944/4169> Acesso em: 02 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 90.376 Rio de Janeiro**. Prova penal - banimento constitucional das provas ilícitas (CF, art. 5º, LVI) - ilicitude (originária e por derivação) – inadmissibilidade [...]. Reclamante: Sérgio Augusto Coimbra Vial. Reclamado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 03/04/2007, DJe de 18/05/2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14729128/recurso-em-habeas-corpus-rhc-90376-rj> Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário com Agravo ARE RG nº 1.042.075 Rio de Janeiro**. Constitucional. Processual penal. Perícia realizada pela autoridade policial em aparelho celular encontrado fortuitamente no local do crime. Acesso à agenda telefônica e ao registro de chamadas sem autorização judicial. Acórdão recorrido em que se reconheceu a ilicitude da prova (CF, art. 5º, inciso LVII) por violação do sigilo das comunicações (CF, art. 5º, incisos XII). Questão eminentemente constitucional. Matéria passível de repetição em inúmeros processos, a repercutir na esfera do interesse público. Tema com repercussão geral. Reclamante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Reclamado: Guilherme Carvalho Farias. Relator: Ministro Dias Toffoli. Data de publicação Dje 12/12/2017 ata nº 35/2017 - dje nº 285, divulgado em 11/12/2017. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313464292&ext=.pdf> Acesso em 02 jun. 2021.

CANCELA, Alberto Gil Lima. **A prova digital: os meios de obtenção de prova na lei do cibercrime**, Portugal, 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.

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

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

ISO – INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO); INTERNATIONAL ELECTROTECHNICAL COMMISSION (IEC). ISO/IEC 27.037/2012: Information technology — Security techniques — Guidelines for iden-

tification, collection, acquisition and preservation of digital evidence. first ed. Geneva: ISO: IEC, 2012. Disponível em: <https://www.iso.org/standard/44381.html> Acesso em: 07 out. 2020.

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

LIMA, Renato Brasileiro. **Pacote Anticrime: Comentários à Lei N° 13.964/19 - Artigo por Artigo**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020b.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil: de acordo com o novo CPC**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAES, Alexandre. O devido processo legal e a vedação às provas ilícitas. In: **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 11 abr. 2014. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-abr-11/justica-comentada-devido-processo-legal-vedacao-provas-ilicitas> Acesso em: 12 out 2020.

MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 18 Ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. – 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24ªEd. São Paulo: Atlas, 2020. Livro Eletrônico.

PASTORE, Guilherme de Siqueira. Considerações sobre a autenticidade e a integridade da prova digital. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 21, nº 53, p. 63-79, Jan.-mar., 2020

RAFFUL, Leonardo José. RAFFUL, Ana Cristina. Prova eletrônica. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 12, n. 2, p. 48-76, ago. 2017. DOI: 10.5433/1980-511X.2017v12n2p48

RODRIGUES, Benjamim Silva. **Da prova penal: Tomo IV – Da prova-eletrônico-digital e da criminalidade informático-digital**. Lisboa: Rei dos Livros, 2011, p. 39.

RAMOS, Armando Dias. **A prova digital em processo penal: o correio eletrônico**. Lisboa: Chiado, 2014.

RODRIGUES, Benjamim Silva. **Direito Penal. Parte Especial, I, Direito Penal Informático-Digital**, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

SANTOS, Rita Coelho dos. **O Tratamento Jurídico-Penal da Transferência de Fundos Monetários Através da Manipulação Ilícita dos Sistemas Informáticos**. Boletim

da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

THAMAY, Rennan; TAMER, Maurício. **Provas no direito digital: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie**. 1ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Livro Eletrônico.

VAZ, Denise Provasi. **Provas Digitais no processo penal: Formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.