

O CIBERESPAÇO E A PRESERVAÇÃO DA CADEIA DE CUSTÓDIA COMO CONTROLE EPISTÊMICO DA PROVA NO PROCESSO PENAL

LEANDRO VARGAS CORRENTE
Professor Faculdades Integradas de Cacoal – UNESC
Especialista em Direito Civil e Processual Civil
lvcorrente.adv@gmail.com
UNESC

LEONADRO VARGAS ZAVATIN
Pós-Graduando em Direito Penal e Processual Penal
Pós-Graduando em Direito Civil e Processual Civil
lvcorrente.adv@gmail.com
UNESC

RODRIGO DA SILVA SOUZA
Pós-Graduando em Direito Penal e Processual Penal
lvcorrente.adv@gmail.com
UNESC

RESUMO

A evolução permanente da tecnologia ao longo do tempo criou um espaço denominado ciberespaço, levando ao processo penal novas formas de obtenção de provas, dentre elas, as chamadas “Provas Digitais”, as quais inferem diretamente na formação da convicção do julgador. A lei é silente quanto à forma de obtenção dessa espécie. Logo, temendo os riscos associados a produção de evidências manipuladas ou obtidas através de métodos ocultos, o presente trabalho cuida da importância do procedimento da coleta da prova digital para que não ocorra a quebra da cadeia de custódia como garantia de rastreabilidade da fonte da prova. Com o intuito de conhecer o tal procedimento, aliou-se um estudo teórico-bibliográfico à análise das etapas do método de recolha da prova digital.

Palavras-chave: Ciberespaço, prova digital, procedimento de coleta da prova, preservação da cadeia de custódia.

ABSTRACT

The permanent evolution of technology over time has created a space called cyberspace, leading to criminal proceedings new forms of obtaining evidence, among them, the so-called "Digital Evidence", which directly infer the formation of the judge's conviction. The law is silent as to how to obtain this species. Therefore, fearing the risks associated with the production of evidence manipulated or obtained through hidden methods, the present article addresses the importance of the digital evidence collection procedure so that the chain of custody does not break as a guarantee of traceability of the source of evidence. With the intuition of knowing this procedure, a theoretical-bibliographic study was combined with the analysis of the steps of the digital evidence collection method.

Keywords: Cyberspace, digital proof, proof collection procedure, chain of custody preservation.

1 INTRODUÇÃO

Em uma perspectiva evolutiva, podemos caracterizar a sociedade na época em que vivemos como pós-industrial ou pós-moderna.

Essa sociedade é caracterizada como sociedade da informação ou sociedade da comunicação.

Com a ampliação dos fluxos informacionais e comunicacionais torna-se prática levar qualquer informação ao processo penal, as quais, na grande maioria vulneram os direitos e garantias fundamentais.

Portanto, o presente trabalho busca demonstrar os métodos da colheita da prova digital para a formação do conhecimento sobre os fatos.

Não se pode descartar a possibilidade de que haja formação da convicção judicial a partir de simples dados produzidos sem o crivo do contraditório.

Muito embora as evidencias dos dados digitais apresentem consciência para o julgador, uma vez colhidos em desacordo com as formalidades que impõe o processo penal, estaria a decisão afetada por distorções insanáveis, pois o que caracteriza a licitude e a legitimidade da prova ou do meio de obtenção desta é seu procedimento e não o seu resultado.

A problemática que se propõe nesse contexto é: Qual o mecanismo para garantir a idoneidade da prova digital?

Adotamos a hipótese de que há um procedimento para execução das medidas da produção da prova digital.

A metodologia empregada na pesquisa foi a teórico-bibliográfica, em que foram utilizados, sobretudo, os seguintes marcos teóricos: Dario José, especialmente o livro “Prova Digital no Processo Penal, Aury Lopes Junior, livro Direito Processual Penal, Alexandre Moraes da Rosa, especialmente seu Guia Compactado do Processo Penal conforme teoria dos Jogos e Juarez Tavares (Fundamentos de Teoria do Delito).

2 O CIBERESPAÇO E A CIBERCRIMINALIDADE

Na história da humanidade, a transmissão de informações foi constituída como uma necessidade básica, podendo considerar que a história da comunicação permeia a história do próprio ser humano.

Dás várias formas de comunicação, a palavra falada é a mais conhecida, mas, ao longo da evolução foram inventadas outras formas de sociabilidade, inclusive, entre ausentes.

A presença física do homem tornou-se dispensável para estabelecer comunicação, isso porque o espaço do distanciamento foi preenchido por um “corpo imaterial” chamado ciberespaço.

Ao contrario de outras invenções de comunicação, é possível que pessoas impregnem o ciberespaço e sintam-se capazes de tomar decisão sobre ele, gerando uma sensação de liberdade.

Em sua obra, (KIST, 2019, p.50) caracteriza o ciberespaço como um espaço aberto e sujeito à (r)evolução permanente e “nesse contexto que vale a referência às expressões “Web 1.0”, “Web 2.0” e “Web 3.0” que significam gerações ou uma linha evolutiva nas características do ciberespaço criado pela Internet”.

Numa perspectiva jurídica, em especial no âmbito do Direito Penal e Processual Penal, a operacionalidade, o secretismo e segurança dos fluxos de informações, torna o ciberespaço um campo tendencioso a prática de delitos bem como possibilita a produção de provas da existência de crimes.

Quanto a prática, “o injusto penal se caracteriza pela realização de uma ação violadora de uma norma proibitiva ou mandamental e também contrária à ordem jurídica em sua totalidade” (TAVARES, p. 115).

No ciberespaço, a referida ação violadora é atribuída a um autor com qualidade de usuário deliberativo. Assim, o delito praticado no ciberespaço é chamado de cibercrime.

VENÂNCIO (2011, p.15), citado por (KIST, 2019, p.59), ao discorrer sobre a cibercriminalidade, afirma que:

As práticas e capacidades da informática, e em particular da internet, potenciam exponencialmente a internacionalização da criminalidade. Tornando mais fácil a reconstituição do percurso das informações

entre o ponto emissor e o ponto receptor, permitindo a dissimulação de actos e agentes criminosos.

Como o objeto do presente trabalho é delimitado ao procedimento da coleta da prova digital, limitamo-nos a discorrer acerca de teoria dos delitos no ciberespaço.

2 A PROVA DIGITAL COMO CONSEQUÊNCIA DO SURGIMENTO DE CIBERESPAÇO

Obviamente, a prova colhida no ciberespaço não é física, o que a torna peculiar, notadamente se comparada aquelas previstas no artigo 158 e seguintes do Código de Processo Penal, as quais não têm essa natureza.

Dentre as características básicas da prova digital, a imaterialidade ou indivisibilidade demonstra que essa espécie de prova é relativamente autônoma à prova física.

Quanto a **imaterialidade**, compreende-se na impossibilidade da apreensão em si, sendo necessário que dispositivos capazes de armazenar e reproduzir informações, como pen drives, CDs, e dentre outras memórias flash.

Para melhor descrever a referida característica, ensina ((KIST, 2019, p.118):

Traduzindo o dito em outras palavras, enquanto a prova analógica é material por natureza, porquanto permite que ela, ou o que representa, seja incorporada em um suporte material de grandeza física variável e sem o qual a representação não existe, a prova digital é, na essência, composta por uma sequência de *bitis*, e existe independentemente do suporte físico no qual é incorporada, ou seja, embora ela necessite de um suporte material para ser transportada, ela existe independentemente deste suporte e a ele não se resume.

O fato de a prova digital não ser fisicamente apreensível torna-a frágil e volátil. Daí sua segunda característica: Volatilidade e Fragilidade.

Frágil porque pode ser manipulada pelo próprio usuário e volátil na medida em que pode ser desconstituída, intencionalmente ou não.

O fato de a prova digital ser imaterial, volátil e frágil faz com que haja a perda de sua unidade e, conseqüentemente mostra-se lesiva ao direito à prova, ante a possibilidade de selecionar parte do material produzido que servi apenas aos interesses do órgão acusador ou até mesmo da defesa.

3 CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA DIGITAL

No Estado Democrático de Direito, o exercício do Contraditório deve ser tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade.

O ato de contradizer a identidade da prova é ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória no Processo Penal.

Portanto, poder saber se as informações apresentadas são empiricamente verificáveis, implica, inicialmente, poder examinar se a prova digital submetida à valoração judicial guarda fidedignidade.

A preservação da cadeia de custódia coloca-se mais em relação ao procedimento de acesso e recolha da prova digital, pois não só pode ter sofrido manipulação, mas também, quase sempre importa restrição ou ameaça de restrição a direitos e garantias individuais.

Assumindo a noção de processo como jogo, MORAES explica que a prova é parte do resultado do desse jogo. Logo, “o processo precisa ser entendido como mecanismo apto à inserção da informação no campo da decisão judicial”. (ROSA, 2013, P.91).

Sendo assim, a preservação de cada uma das etapas do procedimento que realizou a coleta da prova é a única maneira de assegurar a integridade e validade probatória, ou seja, deve-se preservar a cadeia de custódia para permitir o rastreio da prova.

A seguir, veremos o “passo a passo” do procedimento forense de coleta da prova digital.

3.1 Recolha

É primeiro procedimento destinado a produção da prova digital. Nesta primeira etapa deve ser recolhido o equipamento de contenha as informações, ou seja, a apreensão de dispositivos informáticos.

Embora trate-se de dados informatizados, a busca e apreensão deve, ordinariamente, observar os mesmos requisitos legais para em relação a busca e apreensão de bens corpóreos.

Essa fase é de suma importância para a rastreabilidade da prova, pois somente com o recolhimento torna-se possível assegurar a integridade do procedimento, ou seja, é a base da cadeia de custódia.

3.2 Exame

Essa fase é de suma importância para a rastreabilidade da prova, pois somente com o recolhimento torna-se possível assegurar a integridade do procedimento, ou seja, é a base da cadeia de custódia.

Nesta fase, o expert terá acesso aos dados armazenados na memória de dispositivos eletrônicos e realizará a seleção e organização por parte do analista técnico de arquivos cifrados e criptografados armazenados do equipamento que efetuou o registro da prova, seja ela, um áudio, foto, vídeo, etc.

É importante ressaltar que nesta fase os direitos fundamentais ficam expostos e podem ser afetados com o acesso aos arquivos digitais.

Segundo entendimento RAMALHO (2017), citado por (KIST, 2019, p.133), “é recomendável que a fase de análise seja concretizada por analista forense, pessoa que tenha conhecimentos técnicos nas áreas da informação nas áreas da informática e da computação”, tendo em vista a natureza (digital) da prova.

3.3 Análise

Nesta fase, RAMALHO (2017, p.129), citado por (KIST, 2019, p.134), explica que:

Os dados de informações selecionados e organizados na fase do exame devem, agora, ser objeto de avaliação por parte do analista, para aferir seu efetivo valor probatório. É nessa fase que os dados informáticos são convertidos em prova destinada a demonstrar o fato investigado.

É com base nesta fase que será atribuída ao momento vivido (fato) acenado pela informação.

3.4 Relatório

Trata-se da última fase do procedimento forense da coleta da prova, consistente em esclarecimentos por parte do analista acerca dos dados anteriormente recolhido e examinado.

“O relatório destina-se à exposição das conclusões que o analista alcançou na manipulação das evidências digitais acerca das hipóteses de investigação” (KIST, 2019, p.135).

O relatório assume importância ainda maior na hipótese de a prova ter sido obtida através de métodos ocultos bem como para esclarecer a preservação da cadeia de custódia através de explicações de cada fase.

4 CONTROLE EPISTÊMICO DA PROVA

Os cuidados acima expostos são indispensáveis para a preservação da cadeia de custódia.

Para Alexandre Morais da Rosa em coautoria com Aury Lopes Jr¹, ao demonstrar a importância de cadeia de custódia, afirmam que:

A manutenção da cadeia de custódia garante a “mesmidade”, evitando que alguém seja julgado não com base no “mesmo”, mas no “selecionado” pela acusação. A defesa tem o direito de ter conhecimento e acesso as fontes de prova e não ao material “que permita” a acusação (ou autoridade policial). Não se pode mais admitir o desequilíbrio inquisitório, com a seleção e uso arbitrário de elementos probatórios pela acusação ou agentes estatais.

É comum que as provas digitais são produzidas fora do processo e, normalmente viola regra de direito processual penal (produzida fora do juízo) – art. 155 do CPP.

Neste passo a questão é saber se a prova é legítima, se sua produção ocorreu no processo ou fora dele e se no momento de sua coleta houve violação de norma de direito, razão pela qual a preservação das fontes é fundamental para sua validação.

¹Alexandre Morais da.; Lopes Jr., Aury; Rosa.

A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal

Revista **Consultor Jurídico**, 16 de janeiro de 2015, 8h00. https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal#_ednref5

Analisando a dimensão epistêmica do processo penal, Michele Taruffo, citado por Antônio Eduardo Ramires Santoro², analisa como “como um ‘modelo epistemológico’ do conhecimento dos fatos com base nas provas”, ressaltando que:

Em todo e qualquer procedimento de caráter epistêmico tem importância decisiva o método, ou seja, o conjunto das modalidades com que são selecionadas, controladas e utilizadas as informações que servem para demonstrar a veracidade das conclusões. No âmbito do processo isso equivale a fazer referência sobretudo às regras que disciplinam a produção das provas e sua utilização, ou seja, ao “direito das provas” e à equivalente noção anglo-americana da *law of evidence*.

A alteração ou a inobservância do procedimento forense da coleta da prova digital afeta a credibilidade, uma vez que qualquer manipulação faz com que seja desaparecidos os elementos técnicos que permite atestar a veracidade/originalidade da prova.

Além do mais, através da cadeia de custódia, situa a discussão da ilicitude da prova. Afinal, prova ilícita “é aquela que viola regra de direito material ou a Constituição no momento da sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a este (fora do processo)”³.

Em relação ao contraditório, (LOPES Jr. 2012, p. 97), doutrina que:

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas.

² SANTORO, Antonio E. R.; TAVARES, Natália L. F.; GOMES, Jefferson C. O protagonismo dos sistemas de tecnologia da informação na interceptação telefônica: a importância da cadeia de custódia. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 605-632, mai./ago. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.76>

³ Lopes Jr., Aury (pág.516)

No âmbito do Contraditório e da Ampla Defesa, ao constar a supressão de parte de uma prova digital, o STJ concedeu a ordem no HC nº 160.662 – RJ, por violação ao contraditório. Vejamos:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO E TELEMÁTICO AUTORIZADA JUDICIALMENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA COM RELAÇÃO A UM DOS PACIENTES. PRESENÇA DE INDÍCIOS RAZOÁVEIS DA PRÁTICA DELITUOSA. INDISPENSABILIDADE DO MONITORAMENTO DEMONSTRADA PELO MODUS OPERANDI DOS DELITOS. CRIMES PUNIDOS COM RECLUSÃO. ATENDIMENTO DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 2º, I A III, DA LEI 9.296/96. LEGALIDADE DA MEDIDA. AUSÊNCIA DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRALIDADE DA PROVA PRODUZIDA NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E TELEMÁTICA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DA PARIDADE DE ARMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

Ainda, nos autos do referido HC, a Relatora Min. Assusete Magalhães do advertiu que: “Decorre da garantia da ampla defesa o direito do acusado à disponibilização da integralidade de mídia, contendo o inteiro teor dos áudios e diálogos interceptados”.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem dúvida, o ciberespaço promove alterações nos métodos de obtenção de informações nas persecuções penais.

Diante da volatilidade, da imaterialidade e da fragilidade das evidências digitais e, conseqüentemente, serem facilmente manipuladas, a medida da preservação da cadeia de custódia é expediente essencial para o devido processo legal.

Em expressões finais, o sistema de produção de prova digital sem a observância da metodologia expostas implica diretamente nos direitos fundamentais do investigado ou do acusado, pois independem o exercício completo do direito ao

contraditório e pode comprometer a imparcialidade pela submissão do julgado à apreciação de informações cognitivas prévia e unilateral.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

TAVARES, Juarez

Fundamentos e teoria do delito / Juarez Tavares. – 1. Ed. – Florianópolis : Tirant lo Blanch, 2018.

KIST, Dario José

Prova digital no processo penal / Dario José Kist. – Leme (SP): JH Mizuno, 2019.

LOPES Jr., Aury

Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. 1. Processo penal – Brasil I. Título. II. Série.

STJ: Habeas Corpus, disponível em:

https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/101564/Julgado_1.pdf;

ROSA, Alexandre Moraes da.

Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos / Alexandre Moraes da Rosa. — 1. Ed. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2013.

ROSA, Alexandre Moraes da.; Lopes Jr., Aury;

A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal

Revista **Consultor Jurídico**, 16 de janeiro de 2015, 8h00.

https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal#_ednref5

SANTORO, Antonio E. R.; TAVARES, Natália L. F.; GOMES, Jefferson C.

O protagonismo dos sistemas de tecnologia da informação na interceptação telefônica: a importância da cadeia de custódia. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 605-632, mai./ago. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.76>