



Instituto Brasiliense de Direito Público

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL
LINHA DE PESQUISA DIREITO PENAL ECONÔMICO

ANTONIO HIGINO DE OLIVEIRA

**A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE
ARGUMENTATIVA DA COMPREENSÃO ADOTADA PELO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA COM BASE NO JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS*
160.662/RJ**

**BRASÍLIA
2022**

ANTONIO HIGINO DE OLIVEIRA

**A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE
ARGUMENTATIVA DA COMPREENSÃO ADOTADA PELO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA COM BASE NO JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS*
160.662/RJ**

Dissertação de Mestrado desenvolvida sob a orientação do professor Dr. Ney Bello Barros Filho apresentado para obtenção de Aprovação em Defesa de Dissertação de Mestrado

**BRASÍLIA
2022**

ANTONIO HIGINO DE OLIVEIRA

**A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE
ARGUMENTATIVA DA COMPREENSÃO ADOTADA PELO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA COM BASE NO JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS*
160.662/RJ**

Dissertação de Mestrado, apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional do IDP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional

Brasília, 18 de fevereiro de 2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Orientador

Filiação

Prof. Avaliador 1

Filiação

Prof. Avaliador 2

Filiação

Prof. Avaliador 3 (Se houver)

Filiação

DEDICATÓRIA, EPÍGRAFE, ETC.

RESUMO

Objetivou-se, por meio da pesquisa apresentada nesta dissertação, uma análise argumentativa das principais decisões do Superior Tribunal de Justiça, acerca do tema Cadeia de Custódia da Prova no Processo Penal, considerando-se como ponto de partida a apreciação realizada pela Corte Federal no julgamento do *Habeas Corpus* 160.662/RJ. A adoção a uma análise argumentativa das decisões do STJ originou-se da necessidade de compreender, profundamente, a construção do fluxo argumentativo do acórdão resultante da apreciação do *Habeas Corpus* 160.662/RJ e das decisões que o sucederam acerca da matéria, com a finalidade de compreender, precisamente, de que forma se estruturaram a fixação do problema, as definições de natureza probatória e normativa, a solução abarcada em cada caso, como ocorreu o enfrentamento argumentativo da matéria no *Habeas Corpus* 160.662/RJ e em que medida esse julgamento influenciou, argumentativamente, a análise dos acórdão sucessores sobre a temática. Após o julgamento do *Habeas Copus* 160.662/RJ, desenvolveram-se inúmeros trabalhos científicos e acadêmicos acerca do tema Cadeia de Custódia da Prova Penal, justificando, assim, relevância que o tema possui ao fortalecimento da garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita como consectário do devido processo legal. Diante desse quadro, surge a necessidade de compreender de que modo a construção argumentativa do HC inaugural sobre o tema e os julgamentos posteriores reverberaram o conteúdo das garantias constitucionais. Nessa perspectiva, realizou-se a adoção de dois elementos desenvolvidos pela Teoria da Argumentação Jurídica, elaborado por Manuel Atienza, especificamente o seu modelo de representação argumentativa por meio de flechas e diagramas, e o uso dos seus critérios de avaliação argumentativa para a promoção de uma análise precisa e cirúrgica dos acórdão selecionados. A metodologia utilizada com rigor foi uma análise interpretativa-dedutiva sobre a pesquisa bibliográfica, centrada na revisão da literatura sobre o tema.

Palavras-chave: Cadeia de Custódia, Confiabilidade da Prova, Ilícitude, Devido Processo Legal. Representação Argumentativa. Avaliação de Argumentos.

ABSTRACT

La investigación se basó en un análisis argumentativo de las principales decisiones del Superior Tribunal de Justicia sobre la Cadena de Custodia de la Prueba en el Proceso Penal, tomando como punto de partida la valoración hecha por el Tribunal Federal en la sentencia de Habeas Corpus 160.662/RJ. La adopción de un análisis argumentativo de las decisiones del STJ se originó de la necesidad de profundizar en la construcción del flujo argumentativo de la sentencia resultante de la apreciación del Hábeas Corpus 160.662/RJ y de las decisiones que le siguieron sobre la materia, a fin de comprender con precisión cómo se arregló el problema, las definiciones de carácter probatorio y normativo y la solución contemplada en cada caso; buscando comprender cómo ocurrió la confrontación argumentativa del asunto en el Habeas Corpus 160.662/RJ y en qué medida esa sentencia tuvo influencia argumentativa en el análisis de las sentencias sucesoras sobre el tema. Luego de la sentencia de Habeas Corpus 160.662/RJ, se desarrollaron numerosos trabajos científicos y académicos sobre el tema Cadena de Custodia de la Prueba Penal, justificando así la relevancia que tiene el tema para fortalecer la garantía constitucional de la inadmisibilidad de la prueba ilícita como consecuencia de debido proceso. genial. Ante esta situación, surge la necesidad de comprender cómo la construcción argumentativa de la HC inaugural sobre el tema y las sentencias posteriores repercutieron en el contenido de las garantías constitucionales. En esta perspectiva, se adoptaron dos elementos desarrollados por la Teoría de la Argumentación Jurídica desarrollada por Manuel Atienza, en concreto su modelo de representación argumentativa a través de flechas y diagramas y la utilización de sus criterios de evaluación argumentativa para promover un análisis preciso y quirúrgico de las sentencias seleccionadas. La metodología utilizada con rigor fue un análisis interpretativo-deductivo de la investigación bibliográfica, centrado en la revisión bibliográfica sobre el tema.

Palabras clave: Cadena de Custodia, Confiabilidad de la Prueba, Ilegalidad, Debido Proceso Legal. Representación Argumentativa. Evaluación de Argumentos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1.A CADEIA DE CUSTÓDIA DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL, DEFINIÇÃO CONCEITUAL, RELEVÂNCIA AO DIREITO PROCESSUAL PENAL, CONSEQUÊNCIAS DA SUA QUEBRA E A DEFINIÇÃO DO STJ ENQUANTO CORTE DE PRECEDENTES.....	15
1.1. A definição conceitual de cadeia de custódia das provas.....	15
1.2.A importância da cadeia de custódia da prova para o direito processual penal.....	25
1.3.As consequências processuais da quebra da cadeia de custódia das provas.....	39
1.4.O sistema de precedentes na conjuntura do Novo Código de Processo Civil de 2015 e a posição do Superior Tribunal de Justiça como corte de precedentes.....	47
2.A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E O PENSAMENTO DE MANUEL ATIENZA.....	55
2.1.Relações entre a Argumentação Jurídica e o Direito.....	56
2.2.Introdução ao pensamento de Manuel Atienza.....	59
2.3.O esquema de representação da argumentação jurídica desenvolvido por Manuel Atienza.....	62
2.4.Como avaliar argumentações segundo a proposta da Teoria da Argumentação Jurídica de Manuel Atienza.....	65
3.A ANÁLISE DAS ARGUMENTAÇÕES JURÍDICAS DESENVOLVIDAS NAS DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE O TEMA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL	70
3.1.Representação e Análise argumentativa do acórdão oriundo do Habeas Corpus n.º 160.662/RJ.....	71
3.2.Representação e Análise Argumentativa do Recurso Especial número 1.795.341/RS.....	82
3.3.Análise Argumentativa do Recurso Ordinário em <i>Habeas Corpus</i> número 99.735/SC.....	89
CONCLUSÃO.....	98

REFERÊNCIAS.....	102
------------------	-----

INTRODUÇÃO

Em 2016, o então Presidente da República Michel Temer foi exposto pela mídia em virtude de sucessivos vazamentos de captações ambientais, contendo diálogos travados com interlocutor, cujo teor (segundo agentes responsáveis pela investigação preliminar) consistiu na solicitação de vantagem indevida a pretexto de praticar ato de ofício para obstruir investigações preliminares.

Posteriormente, no dia 16 de outubro de 2019, Michel Temer foi absolvido sumariamente nos autos do Processo n.º 1013633-17.2019.4.01.3400¹, originado da investigação supracitada. A decisão se assentou na conclusão do Laudo Técnico Pericial, produzido sobre a referida captação ambiental, constatando a descontinuidade dos áudios coletados pelo interlocutor, revelando, no que lhe concerne, a quebra da unidade probatória: consequentemente, essa constatação técnica impossibilitou o exercício da cognição judicial sobre resultado probatório oriundo da captação ambiental utilizado apontado como justa causa da denúncia.

Recentemente, o plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu Repercussão Geral ao Recurso Extraordinário n.º 1.055.941/SP² e submeteu o julgamento de mérito ao plenário, fixando o seu resultado no tema número 990:

2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB referido no item anterior deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios.

A controvérsia debruçada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal consistiu na imposição de um filtro constitucional acerca do compartilhamento dos Relatórios Financeiros e Fiscais da Unidade de Inteligência Financeira e do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil com as agências de repressão criminal sem a prévia autorização judicial.

¹BRASÍLIA. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. 12ª Vara Federal Criminal da SJ/DF; **Sentença de Mérito no Processo n.º 1013633-17.2019.4.01.3400**; Ministério Público Federal X Michel Miguel Elias Temer Lulia, disponível dia 16/10/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/juiz-absolve-temer-dialogos-joesley.pdf>. Acesso em: 10 de setembro de 2021.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 1.055.941/SP**. Brasília, DF: Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754018828>, acesso dia 05 de dezembro de 2021.

Diante da controvérsia, o plenário da Suprema Corte decidiu pela constitucionalidade do compartilhamento ausente de anterior decisão judicial, mas impondo condições que garantam a autenticidade e mesmidade do material compartilhado, para que o objeto do compartilhamento chegue ao seu destinatário de maneira idêntica ao seu estado originário, quando se encontrava na custódia do remetente, impondo, dessa forma, uma cadeia de custódia no intercâmbio das informações financeiras e fiscais entre instituições estatais como condição imprescindível de constitucionalidade da ação estatal de caráter investigatório.

A matéria de fundo das duas decisões supracitadas ganhou a atenção de estudiosos e pesquisadores do Direito Processual Penal: a importância de custodiar, rigidamente, os elementos de provas coletados em sede de investigação preliminar ou intercambiados entre diversas instituições do Estado, especialmente o material probatório adquirido por meio de métodos ocultos de investigação preliminar, cuja existência acarreta mitigação de garantias constitucionais caras ao indivíduo situado no Estado Democrático de Direito, a exemplo da intimidade, do sigilo das comunicações telefônica, telemáticas, fiscal e a inviolabilidade do domicílio.

Essa perspectiva sustenta a relevância do tema da Cadeia de Custódia da Prova ao Direito Processo Penal; com efeito, a sua relevância é otimizada quando as agências repressoras de investigação criminal se voltam para persecução de condutas delituosas ocorridas no âmbito político, empresarial e econômico.

Evidentemente, essa afirmação não carrega consigo a pretensão de afirmação sobre a maior ou menor relevância sobre o tema da Cadeia de Custódia da Prova no âmbito de investigações preliminares que se destinam a apurar delitos como homicídio, roubo ou tráfico de drogas; no entanto, é cediço que a investigação acerca de condutas delituosas concebidas como *“crimes de colarinho branco”* exige o alargamento no manuseio de métodos ocultos de investigação, considerando que a sua ocorrência não subjaz à luz do dia, nas esquinas ou ruas, mas em conglomerados institucionais, materializados em organizações empresariais ou partidárias demandando. Por essa razão (mas não única), há maior prazo de postergação da investigação antecedente e a implementação de uma gama de métodos ocultos de coleta de elementos de prova.

No momento de coleta dos elementos de prova, em relação à investigação preliminar realizada pelas agências repressoras, não há a presença da defesa técnica do investigado, não há contraditório em tempo real e, também, não há espaço ao

exercício da ampla-defesa: o investigador reina, absoluto, no momento da coleta, da preservação e elaboração de um juízo de valor acerca do material coletado na investigação preliminar, até a obrigatória inserção nos autos da investigação do material, em que, posteriormente, será submetido ao Poder Judiciário e, subsequentemente, fornecido ao investigado ou acusado.

Como garantir a autenticidade do material coletado, rechaçando a possibilidade da manipulação da sua forma e do seu conteúdo por agentes condutores da investigação? Como rechaçar a possibilidade de adulteração proposital que macule sua valoração judicial e comprometa o exercício do contraditório? Somente um debate profundo acerca do tema Cadeia de Custódia da Prova poderá fornecer mecanismos eficientes que se coadunam com a finalidade da garantia constitucional da prova lícita e do devido processo legal.

O tema Cadeia de Custódia da Prova adquiriu notoriedade³ e passou a atrair estudiosos quando o Superior Tribunal de Justiça julgou o mérito *Habeas Corpus* n.º 160.662/RJ, reconhecendo a ilicitude de todo o acervo probatório de provas digitais, cuja integralidade foi ceifada pela autoridade policial no curso do Inquérito Policial que culminou na Operação “*Negócio da China*”. Com efeito, a comunidade jurídica e acadêmica abriu os olhos ao tema com a publicação de diversos artigos, livros, ensaios, promovendo notórios embates acerca da temática que se tornaram objeto de revisão bibliográfica da pesquisa; por sua vez, esse julgamento representa notável salto de importância do debate sobre a coleta, manuseio e tratamento impostos aos elementos de prova no âmbito da investigação preliminar.

Nesse sentido, a consequência do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 160.662/RJ incentivou diversas arguições direcionadas ao Superior Tribunal de Justiça e diversos tribunais locais acerca da matéria. Este constitui o cerne da pesquisa nesta dissertação, cujo itinerário destina-se a analisar não somente a estrutura argumentativa do acórdão do *Habeas Corpus* supracitado, como também a estrutura argumentativa das principais decisões que o sucederam, com o escopo de

³A relevância do tema é notória quando, após o julgamento, a relatora do *Habeas Corpus* n.º 160.662/RJ publicou um artigo sobre o tema na Revista Comemorativa dos 25 anos do Superior Tribunal de Justiça; Geraldo Prado emitiu parecer no curso do referido *Habeas Corpus* que, logo depois ao julgamento de mérito do *Habeas Corpus* supracitado, o parecer se tornou um livro de grande repercussão no cenário acadêmico nacional e estrangeiro sobre o tema cadeia de custódia no processo penal.

analisar como o desenvolvimento argumentativo do julgamento germinal repercutiu na construção dos julgamentos subsequentes.

Notadamente, o capítulo introdutório da presente pesquisa se ocupa da apresentação do tema da Cadeia de Custódia da Prova, expondo, inicialmente, diversas Portarias administrativas que promoveram uma conceituação e fixação procedimental do tema; logo em seguida, será debatido a diversas publicações que se destinaram conceituar a matéria antes e depois do seu advento no Código de Processo Penal, promovido pela Lei n.º 13.964/19.

Na sequência, tratar-se-á dos embates acerca da relevância do tema ao Direito Processual Penal. Certamente, este constitui o ponto de maior densidade teórica da presente pesquisa, pois discutem-se os principais teóricos da contemporaneidade que mergulharam em profundas reflexões sobre compreensão da atividade processual como instrumento de reconstrução dos fatos que impulsionam a decisão judicial.

Posteriormente, promove-se uma discussão acerca das consequências jurídicas e processuais advindas da quebra da Cadeia de Custódia da Prova: essa parte da pesquisa expõe diversos contrapontos relevantes, situados entre a ilicitude probatória e a possibilidade do seu aproveitamento do material, cuja custódia foi cindida, inserindo-se, nessa discussão, o quadro geral de nulidades contido no Código de Processo Penal no corpo do debate.

Por fim, introduzir-se-á a discussão acerca da eficácia vinculativa dos precedentes adotada pelo Novo Código de Processo Civil de 2015, cujo teor não promoveu meras inserções legislativas, mas representou uma virada na compreensão de todo o ordenamento jurídico, representando uma autêntica adesão da totalidade do sistema processual vigente à sistemática de precedentes vinculantes: reconhecendo a decisão judicial como fonte do Direito.

Essa última discussão, aparentemente, revela um certo estranhamento da temática da pesquisa desenvolvida; no entanto, esse ponto representa o elo teórico sobre o itinerário da pesquisa desenvolvida, em relação ao seguinte aspecto: saber como o julgamento do *Habeas Corpus* n.º 160.662/RJ influenciou os demais julgamentos acerca da matéria levada para apreciação ao Superior Tribunal de Justiça e, se, a partir dessa adoção, o supracitado *Habeas Corpus* tornou-se um precedente vinculante.

No Capítulo 2, serão desenvolvidos os temas principais sobre a relevância da Teoria da Argumentação Jurídica para o desenvolvimento do Direito contemporâneo.

Nesse ponto, serão adotados o debate elaborado por Manuel Atienza e a sua proposta de representação da argumentação jurídica por meio do esquema de flechas e diagramas, aliado à criação de critérios de análise argumentativa. Esse debate será fundamental, pois os seus instrumentos serão utilizados na avaliação do acórdão que apreciou o HC 160.662/RJ e das demais decisões que sucederam a temática Cadeia de Custódia da Prova, cujo conteúdo será esmiuçado no Capítulo 3 da pesquisa. Neste capítulo serão analisados os acórdãos selecionados do STJ, inserindo-os, no esquema representativo de Atienza, com escopo de facilitar uma análise da sua construção argumentativa, com a finalidade de mensurar se a égide da construção decisória adquiriu o rigor que o tema impõe.

Com efeito, será utilizada, para orientar este trabalho, a metodologia interpretativa-dedutiva. Além disso, serão analisados-se acórdãos decorrentes do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema Cadeia de Custódia da prova no Processo Penal com base nos conceitos teóricos desenvolvidos por Manuel Atienza.

1. A CADEIA DE CUSTÓDIA DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL, DEFINIÇÃO CONCEITUAL, RELEVÂNCIA AO DIREITO PROCESSUAL PENAL, CONSEQUÊNCIAS DA SUA QUEBRA E A DEFINIÇÃO DO STJ ENQUANTO CORTE DE PRECEDENTES

1.1. Sobre a definição conceitual de cadeia de custódia das provas

Antes da inserção no debate acerca da definição legislativa sobre Cadeia de Custódia da Prova no Processo Penal (coligindo a uma sucessão de embates doutrinários ocorridos antes e depois do seu surgimento no Código de Processo Penal), é preciso fixar a data do aparecimento da matéria na legislação infraconstitucional, ocorrida, somente, em 24 de dezembro de 2019 com o advento da Lei nº 13.964/19⁴ cujo teor introduziu os artigos 158-A ao 158-F no Código de Processo Penal, criando um regime normativo específico sobre o tema, situado no capítulo destinado ao regramento processual sobre o exame de corpo de delito e das perícias em geral.

Realizou-se, inicialmente, um breve panorama sobre as definições da temática ocorridas na esfera administrativa em momento anterior à edição da Lei 13.964/19; definições que, em grande medida, influenciaram o conteúdo das disposições normativas contidas no Código de Processo Penal. Esse fator, por si, já evidencia a importância do debate preliminar, justificando-se a perspectiva aqui inicialmente adotada.

Na esfera administrativa, especificamente pela edição de atos regulamentares e disciplinadores da investigação policial, promoveu-se uma definição em momento anterior à vigência da Lei 13.964/19, representada pela Portaria n.º 82/2014⁵, oriunda da Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça, dispondo:

A SECRETARIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, no uso das atribuições que lhe conferem o art. 45, do Anexo I,

⁴BRASIL. **Lei N.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

⁵BRASIL. **Portaria n. 82, de 16 de julho de 2014.** Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça. Publicação em: 18 de julho de 2014. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_25740023_PORTARIA_N_82_DE_16_DE_JULHO_DE_2014. Acesso em: 20 mar. 2021.

do Decreto n.º 6.061, de 15 de março de 2007 e o art. 40, do Regimento Interno aprovado pela Portaria n.º 1.821, de 13 de outubro de 2006, do Ministério da Justiça; e considerando que a cadeia de custódia é fundamental para garantir a idoneidade e a rastreabilidade dos vestígios, com vistas a preservar a confiabilidade e a transparência da produção da prova pericial até a conclusão do processo judicial; considerando que a garantia da cadeia de custódia confere aos vestígios certificação de origem e destinação e, conseqüentemente, atribui à prova pericial resultante de sua análise, credibilidade e robustez suficientes para propiciar sua admissão e permanência no elenco probatório; e considerando a necessidade de instituir, em âmbito nacional, a padronização da cadeia de custódia, resolve: (...)

ANEXO I

DIRETRIZES SOBRE CADEIA DE CUSTÓDIA

1. Da cadeia de custódia

1.1. Denomina-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

A definição promovida pela Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça não ocorreu de forma isolada, mas a sua edição foi acompanhada por diversas Portarias estaduais, a exemplo do estado do Piauí⁶ e do estado do Pará⁷.

Apesar das sucessivas definições ocorridas na esfera administrativa (utilizada como instrumento de orientação aos agentes que compõem o sistema segurança pública dos Estados e da União), o seu conteúdo apresenta graves limitações consubstanciadas em dois pontos: a amplitude de incidência e o conteúdo.

Com efeito, Jana Matida⁸ promove uma crítica pontual ao conteúdo do artigo 158, §3º do CPP; a crítica desenvolvida pela teórica se aplica, com exatidão, às Portarias retromencionadas:

em realidade, a redação é um tanto mais restrita, uma vez que os dispositivos legais determinam que a cadeia de custódia recai sobre ‘vestígios’. Vestígios são, por sua vez, definidos tecnicamente como “todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal” (art. 158, §3o). Essa definição merece críticas: não há porque assumir definição jurídica tão estreita quando o que importa é que seja capaz de auxiliar na determinação da infração penal. Inegável que coisas que podemos pegar são qualificáveis como vestígios, mas não há razão para deixar-se de

⁶BRASIL. **Portaria n. 12.000-108, de 14 de outubro de 2014**. Secretaria de Estado da Segurança Pública do Piauí. Disponível em: http://www.pc.pi.gov.br/download/201410/PC23_96f4e2e54e.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

⁷BRASIL. **Portaria n. 12, de 29 de novembro de 2016**. Secretaria de Estado de Segurança Pública e Defesa Social do Pará. DOEPA n. 33262, p. 25. Publicação em: 01 de dezembro de 2016. Disponível em: http://www.ioepa.com.br/diarios/2016/12/01/2016.12.01.DOE_25.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

⁸ MATIDA, Jana. A Cadeia de Custódia é condição Necessária para redução de condenações de inocentes. *In: Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul* [online]/ Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 11, n. 27 (jul/dez.2020). – Porto Alegre: DPE, 2014, p.19.

reconhecer que uma troca de e-mails, uma interceptação telefônica, mensagens por aplicativos etc.

Cotejando a crítica desenvolvida por Jana Matida com o conteúdo das referidas Portarias, conclui-se que o seu teor se ocupou, somente, com a fixação de um procedimento de Cadeia de Custódia das Provas, direcionado ao resguardo de *vestígios* que, por sua vez, são notadamente palpáveis, tangíveis e decorrentes de delitos *não transeuntes*, descuidando, completamente, a abrangência do tema quanto ao resguardo de elementos de provas com natureza diversa, a exemplo das provas digitais, das provas genéticas, das provas documentais, das provas testemunhais e das provas telemáticas.

Seguramente as provas documentais, digitais e telemáticas permeiam, em grande medida, o resultado de investigações em que se utilizam de diversos métodos ocultos de investigação, instrumentalizado na persecução de delitos denominados hodiernamente — na definição de Surtherland⁹ — como “*crimes econômicos*” ou “*crimes de colarinho branco*”.

Nessa perspectiva, Geraldo Prado¹⁰ revela a percepção sobre o manejo dos métodos ocultos de investigação criminal no decorrer das duas últimas décadas. Essa expansão, segundo o autor, promoveu a inserção de instrumentos processuais que reduzem e mitigam direitos fundamentais em detrimento da amplitude de recursos destinados à repressão penal. Nessa perspectiva, segundo o autor:

as pesquisas policiais são incrementadas com o emprego de métodos ocultos de investigação, autorizados judicialmente, como interceptação telefônica e de e-mails, as escutas domiciliares, vigilância contínua e a infiltração de agentes, convertendo-se a prática em modelo de atuação preliminar¹¹.

A percepção desenvolvida por Geraldo Prado, relativa ao debate encetado por Jana Matida, evidencia e denuncia a insuficiência das Portarias retromencionadas, cujos conteúdos imiscuíram-se para a Cadeia de Custódia de *vestígios*, desprezando a importância dos elementos de prova que se originam de natureza diversa,

⁹ SUTHERLAND, Edwin H. **White Collar Criminality**, *American Sociological Review*, v. 5, n. 1. 1940, p. 2. Em português: SUTHERLAND, Edwin. A criminalidade de colarinho branco. Trad. Lucas Minorelli. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS*. V. 2, n. 2, 2014. p. 93. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/56251>.

¹⁰ PRADO, Geraldo. **A Cadeia de Custódia da prova no processo penal**. – 1.ed.- São Paulo: Marcial Pons, 2019, p.106.

¹¹ *Ibid.*, p. 107.

amplamente produzidos no contexto de investigação preliminar dos “*crimes econômicos*” pela atuação de investigação das agências repressoras que se utilizam de diligências investigativas concebidas como métodos ocultos, representadas pela interceptação telefônica e telemática, vigilância contínua e infiltração de agentes.

Diante desse problema, Geraldo Prado¹², em sua obra publicada após a introdução do tema no Código de Processo Penal, sustenta que os instrumentos utilizados para documentar história cronológica da evidência devem ser variáveis de acordo com a natureza do vestígio, coletado pela agência repressora; ao adotar essa perspectiva, Gerado Prado solucionou, doutrinariamente, a discussão sobre a insuficiência de disciplina normativa no Código de Processo Penal.

Ademais, a comunhão das percepções defendidas por Geraldo Prado revela a peculiar condição de existência da utilização dos métodos ocultos de investigação: implementa-se, por meio de decisões judiciais e revela-se a sua legitimidade somente quando esta se submete à reserva da jurisdição. Esse diagnóstico, também, atua como elemento de reforço sobre a relevância do tema ao desenvolvimento do Direito Processual Penal contemporâneo.

Ainda no contexto da abrangência processual do tema adstrito à Portaria, eventual arguição, relativa ao descumprimento do seu conteúdo, não implica, diretamente, o reconhecimento de uma nulidade processual ou declaração de ilicitude probatória e sequer possibilita qualquer tipo de uniformização de interpretação jurisprudencial sobre a matéria, sendo, portanto, absolutamente incipiente a mera existência de ato administrativo, disciplinando a cadeia de custódia, apesar da elogiável ousadia.

Superada a definição preliminar em âmbito administrativo, avança-se no contexto dos debates doutrinários: apesar de o tema Cadeia de Custódia das Provas ter aparecido, no Código de Processo Penal, somente no ano de 2019. Algumas obras, ainda que escassas, já se debruçaram com profundidade teórica e metodológica sobre a matéria, apresentando definições conceituais que contribuíram para trazer mínima e concreta delimitação ao debate e sem perder, contudo, a possibilidade de amplitude.

¹²PRADO, Geraldo. **A Cadeia de Custódia da prova no processo penal**. – 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2021, p.168.

Geraldo Prado¹³ compreende a Cadeia de Custódia como um procedimento utilizado com a finalidade de manter e documentar o histórico cronológico da evidência, demandando a sua documentação formal, estabelecendo a necessidade de prova que o material resguardado não foi manipulado, adulterado ou perdido por meio de sucessivos manuseios e reconhecendo essa cadeia de procedimentos como um legítimo e eficaz instrumento contra a produção da prova ilícita: com efeito, a sua definição conceitual¹⁴ alinha-se com a sua concepção do Direito Processual Penal como instrumento de veiculação de informações confiáveis.

A definição albergada por Geraldo Prado impõe como égide para a definição conceitual de Cadeia de Custódia da Prova a documentação formal, traduzindo-se na construção da história cronológica do material coletado na investigação preliminar e sustentando que, somente desse modo, se concede a segurança de autenticidade ao impor a preservação de identidade do elemento “*na forma como foi coletado*”.

Soma-se a essa perspectiva acima a compreensão exposta por Gustavo Badaró¹⁵ em artigo sobre a temática:

toda vez que a investigação envolver a coleta, o armazenamento ou a análise de fontes de prova reais, isto é, coisas, será necessária a adoção de determinados cuidados, para a garantia da sua autenticidade e integridade no sentido de que o objeto levado ao processo para ser valorado pelo juiz é exatamente a mesma coisa tal qual encontrada e apreendida. Para isso é fundamental que se tenha perfeitamente documentada e representada a cadeia de custódia. [...]. Trata-se, portanto, de um procedimento de documentação ininterrupta, desde o encontro da fonte de prova, até a sua juntada no processo, certificando onde, como e sob a custódia e órgãos foram mantidos tais traços vestígios e coisas, que interessam à reconstrução histórica dos fatos no processo.

O autor verticaliza, com maior extensão, a égide da Cadeia de Custódia, defendendo a ininterrupção do procedimento de documentação do seu encontro até a inserção no processo, bem como o objetivo do instituto, cujo teor será tratado no tópico subsequente: a relevância para a reconstrução histórica dos fatos no curso do processo.

¹³PRADO, Geraldo. **A Cadeia de Custódia da prova no processo penal**. – 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p.104.

¹⁴ ¹⁴PRADO, Geraldo. **A Cadeia de Custódia da prova no processo penal**. – 2. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2021, p.162.

¹⁵BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. *In*: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. **Temas atuais de investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 522/523.

Em momento posterior e adotando perspectiva anteriormente discutida, Badaró adota a concepção de Carlos Edinger¹⁶ e compreende a Cadeia de Custódia como um procedimento regrado que documenta o manuseio do vestígio com a finalidade de torná-lo admissível e apto à valoração judicial. O autor sustenta que o instituto é indispensável para garantir a idoneidade, confiabilidade e a transparência do elemento de prova da coleta até o momento da valoração pelo Poder Judiciário, concluindo a sua importância do seguinte modo:

por fim, ela "confere aos vestígios certificação de origem e destinação e, conseqüentemente, atribui à prova pericial resultante de sua análise, credibilidade e robustez suficientes para propiciar sua admissão e permanência no elenco probatório.¹⁷

A conceituação desenvolvida pelos três autores comunga de um vetor uníssono de definição básica, mínima e elementar sobre Cadeia de Custódia das Provas, consubstanciado na identificação e no registro integral de deslocamento e manuseio do vestígio como unidade, traduzindo-se na prova sobre o manuseio do elemento ou fonte de prova. Mas a prova não pode ser desprovida de finalidade, deve se destinar à produção da prova sobre a incolumidade do resultado da produção probatória na investigação preliminar.

Muito embora haja a exposição sobre o tema entre os teóricos, a doutrina pioneira sobre o tema reconheceu o escasso trabalho científico sobre abordagem da matéria, consoante Geraldo Prado:

no direito brasileiro praticamente não há referências doutrinárias à cadeia de custódia, designação pela qual é conhecido o dispositivo que pretende assegurar a integridade dos elementos probatórios, não obstante o seu significado em termos de redução de complexidade de garantia constitucional contra a prova ilícita.¹⁸

Apesar do reconhecimento acerca da insuficiência de estudos científicos, a incipiência se apresenta de forma diametralmente oposta à magnitude da sua importância, considerando-se que as definições conceituais debatidas expuseram o

¹⁶ EDINGER, Carlos. Cadeia de Custódia, rastreabilidade probatória. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. N. 120, v. 24, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 237-257, p.239

¹⁷ *Ibid.* p. 240.

¹⁸ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controle epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos** – 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 80.

tema inserido no contexto da imprescindibilidade da elaboração de mecanismos de vedação da prova ilícita como ação decorrente da garantia constitucional expressa no art. 5º, inciso LVI¹⁹ da Constituição Federal.

Superada a busca de definição conceitual sobre cadeia de custódia das provas nos trabalhos acadêmicos e doutrinários anteriores à sua inserção do Código de Processo Penal, será realizada a análise da sua colocação no Código de Processo Penal, promovida pelo “*Pacote Anticrime*”, representado pela Lei n.º 13.964/2019.

A matéria ganhou definição no Código de Processo Penal com a inserção do art. 158-A²⁰, do seguinte modo:

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

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

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

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

Percebe-se que, na definição processual contida na redação do *caput* do art. 158-A, a palavra integridade não remanesceu, apesar de todos os debates doutrinários anteriores supracitados terem coligido a menção terminológica ao conceito geral desde o seu nascedouro.

Apesar da omissão na lei, a sua ideia persistiu, pois, a definição prevista no art. 158-A do CPP consagra o conceito de cadeia de custódia como a totalidade procedimental usada com a finalidade de documentar o vestígio relacionado ao fato tipificado como crime, abrangendo, obrigatoriamente, os elementos imprescindíveis a sua tipificação objetiva/subjetiva e as suas circunstâncias acessórias.

¹⁹ BRASIL, **Constituição Federal** – Art. 5º (...) LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 30 de maio de 2021.

²⁰ BRASIL, Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 30 de maio de 2021.

Ainda assim, a redação do parágrafo segundo²¹ do artigo 158-A do CPP reverberou a ideia da integridade quando atribui ônus ao agente público em relação à preservação do vestígio que, ao seu juízo, seja pertinente à produção da prova pericial e à elucidação do fato que motiva a sua diligência investigativa.

Os artigos subsequentes exploraram temáticas diversas da conceituação, como a fixação procedimental, relacionada à guarda e à custódia do vestígio, promovendo uma distinção de fases procedimentais da cadeia de custódia em dois contextos: o aspecto exógeno e o aspecto endógeno.

Em continuidade, realizar-se-á uma sucinta análise doutrinária sobre o tema surgido logo após a edição da Lei 13.964/2019, adotando uma ressalva fundamental: o grau de conceituação a ser desenvolvido, obviamente, não constitui o foco da abordagem proposta nesta dissertação. Contudo, será alçado como parâmetro de observação, pois, certamente, influenciará o teor de futuras abordagens jurisdicionais sobre o tema.

Paulo Henrique Aranda Fuller²² conceitua o termo Cadeia como uma sucessão de atos processuais antecedentes que possibilitam o desenvolvimento do ato processual subsequente; em seguida, define o termo Custódia como a conduta de preservar ou proteger algo ou alguém, complementando do seguinte modo²³:

os principais elementos da cadeia de custódia podem ser observados na definição legal contida no art. 158-A, caput, do CPP: os procedimentos de registro documental da história cronológica do vestígio possibilitam a rastreabilidade do seu percurso e asseguram a integridade da prova" (...) O art. 158-A, caput, do CPP, esclarece que os procedimentos de manutenção e documentação da história cronológica do vestígio buscam rastrear sua posse e manuseio, a partir de seu reconhecimento até o descarte.

Na sequência o autor agrega ao conteúdo da sua definição conceitual o debate sobre o intervalo temporal de duração da cadeia de custódia, defendendo que permanência deve perdurar entre o momento da coleta até a inserção do elemento custodiado no processo. Desse modo, contrapondo-se à ideia defendida por

²¹ BRASIL, Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 30 de maio de 2021.

²² JUNQUEIRA, Gustavo *et al.* **Lei anticrime comentada**: artigo por artigo: inclui a decisão liminar proferida nas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300. – São Paulo: Saraiva Educação, 2.000, p. 188.

²³ *Ibid.*, p. 193.

Claudemir Rodriguez Dias Filho,²⁴ ao sustentar que a cadeia de custódia deve perdurar até o trânsito em julgado do processo.

Em uma perspectiva antagonica, Aranda Fuller²⁵ defende que o termo final da Cadeia de Custódia ocorre com o trânsito em julgado da decisão de mérito. Somente deve ocorrer nas hipóteses de absolvição, em decorrência da impossibilidade da existência de Revisão Criminal *pro societate*. Nas hipóteses de condenação, a cadeia de custódia deve permanecer após o trânsito em julgado como condição indispensável para a propositura da Revisão Criminal. A defesa desse posicionamento decorre da garantia fundamental da prova lícita, defendendo que a sua preservação advém da possibilidade da reversão de condenação como decorrência dos avanços e descobertas oriundos da prova científica.

O contraponto adotado pelo autor sobre a extensão da Cadeia de Custódia amplia a definição contida no Código de Processo Penal e os estudos anteriores à inserção do tema no CPP: e, com acerto, pois a preservação das fontes de provas, coletadas na investigação preliminar, deve permear todo o processo e deve ser postergada após o seu fim, considerando-se que somente a adoção dessa extensão possibilita a apresentação de Revisão Criminal.

A ampliação extensiva da cadeia de custódia para além do trânsito em julgado chama a atenção para um fato que não é espúrio e banal: possibilita apresentação de Revisões Criminais guarnecendo terreno probatório de irresignação de eventuais condenados quando se deparam com “*erro judiciário*”.

Nesse sentido, a redação dos artigos 622 e 621²⁶ do CPP e os seus três incisos — que disciplinam a Revisão Criminal — evidenciam as hipóteses de cabimento

²⁴ DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues. **Cadeia de custódia: do local de crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência**. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; NUCCI, Guilherme de Souza (org.). Doutrinas essenciais: processo penal. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 404. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 883, p. 436, 2009.

²⁵ Ibid., p. 197.

²⁶BRASIL, Código de Processo Penal.

Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I – quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II – quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III – quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena. Disponível em:

quando se conjugam ao seu teor a adoção da imprescindibilidade de preservação da Cadeia de Custódia da Prova para além do trânsito em julgado.

Outrossim, o teor do artigo 621 do CPP representa o tratamento infraconstitucional do fenômeno na Constituição Federal, reputado como *erro judiciário* (art. 5º, inciso LXXV), preconizando, expressamente, a sua vedação e ordenando a indenização em detrimento do Estado quando constatada, judicialmente, a sua ocorrência. Denota-se que a vedação, quanto ao rechaço do *erro judiciário*, detém guarida constitucional, alçada ao patamar de direito fundamental.

Nesse ponto, é preciso ressaltar o relevante trabalho desenvolvido no país, denominado de Projeto Inocência, inspirado no programa norte-americano *Innocence Project*²⁷, atuando, de forma ostensiva e com êxito, em diversas revisões de condenações criminais, fundada em *erro judiciário*. O êxito do projeto — em absolutamente todos os casos de atuação — somente se viabilizou em razão da preservação integral da cadeia de custódia, ainda que haja o trânsito em julgado da condenação criminal.

Retomando um aspecto relevante de distinção conceitual sobre cadeia de custódia das provas, Gustavo Badaró²⁸, Deltan Dallagnol²⁹ e Juliana Azevedo S.R Câmara realizam um detalhamento conceitual que busca evitar qualquer tipo de confusão terminológica, ponderando que a definição de “*Cadeia de Custódia*” em si deve ser compreendida como eventos em cadeia que manusearam a fonte de prova, originados do momento da coleta até o momento da sua inserção no processo judicial. Desse modo, entendeu-se como cisão da Cadeia de Custódia a violação da

Art. 622. A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após. Parágrafo único. Não será admissível a reiteração do pedido, salvo se fundado em novas provas. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 30 de maio de 2021.

²⁷ LOURENÇO, Aline A.; SILVA, Erick S. C. **Considerações sobre as condenações injustas fundamentadas em provas periciais: análise do Innocence Project, do National Registry of Exoneration e mecanismos para redução de erros periciais**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 7, n. 1, p. 567-607, jan./abr. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.410>.

²⁸ BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal *IN: Temas atuais no processo penal* – SIDI. Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra. [Orgs.] – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p.526/527.

²⁹ DALLAGNOL, Deltan; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A Cadeia de Custódia da Prova *IN: A prova no enfrentamento da Macrocriminalidade* – SIDI. SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. 2 ed. Salvador: Juspodivum, 2016, p. 436.

documentação cronológica dos agentes que manusearam a prova em seu poder; Badaró³⁰ se utiliza de um didático exemplo:

por outro lado, se houve o registro somente algumas das pessoas que tiveram contato com a fonte de prova, há uma documentação parcial da cadeia de custódia. Nesse caso, pode-se dizer que a cadeia de custódia, no sentido de documentação de cadeia de custódia, foi violada, porque essa não foi registrada em sua integralidade.

Em conclusão ao presente tópico, assevera-se que os diversos conceitos doutrinários e teóricos sobre cadeia de custódia possuem elevado grau de similitude e similaridade, sendo incabível pontuar qualquer definição discrepante ou amplamente divergente e devendo, sempre, pontuar que a fixação conceitual exposta acima, ao mencionar Cadeia de Custódia, é concebida como documentação formal e cronológica do elemento coletado.

No que tange à sua amplitude, há dissenso exposto pela doutrina em contrariedade à lei; com efeito, a melhor compreensão a ser adotada reside na ideia da sua preservação para além do trânsito em julgado alicerçado pelas hipóteses de condenação criminal com a finalidade de viabilizar eventuais ações revisionais, quando presentes os seus permissivos fixados no Código de Processo Penal.

No tópico subsequente, abordaremos pontos relevantes que o tema confere ao Direito Processual Penal.

1.2. A importância da cadeia de custódia da prova para o direito processual penal

Compreender a importância da Cadeia de Custódia da prova para o Processo Penal exige, primeiramente, uma visão caleidoscópica, pois a sua relevância não se encontra encerrada em uma faceta específica do processo penal: em realidade, a sua discussão atrai a reflexão sobre sentido do Direito Processual Penal como instrumento de reconstrução de fatos.

Mas o que se pode compreender, inicialmente, sobre essa definição? A respeito desse aspecto, para Jana Matida²⁵:

³⁰ BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal /N: **Temas atuais no processo penal** – SIDI. Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra. [Orgs.] Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. p.526/527.

só a partir do asseguramento da fiabilidade (ou confiabilidade) que ele poderá integrar o raciocínio probatório por meio do qual, por sua vez, o juiz buscará determinar a ocorrência dos fatos considerados relevantes para aquele processo. Faz sentido: sem a cadeia de custódia, como confiar, por exemplo, que o resultado de DNA trazido ao processo corresponde, de fato, ao material colhido na cena do crime (mesmidade em xeque)? Se não há documentação cronológica do DNA, omitindo-se de que maneira foi coletado, manipulado e conservado, como confiar que seu resultado não foi adulterado (integridade em xeque)? Em suma, se a utilidade do material que é trazido ao processo é no sentido de acercar o juiz de uma reconstrução dos fatos o mais próximo possível da realidade, o risco de interferências irregulares sobre os materiais representa o próprio risco de que estes objetos venham a se prestar a uma reconstrução deturpada dos fatos.³¹

A reflexão desenvolvida por Jana Matida expõe, com precisão, a função do processo na seguinte perspectiva: a atividade processual é concebida como um instrumento de reconstrução histórica dos fatos que serão objeto de cognição do juízo no exercício da função jurisdicional; essa definição, também, é debatida por Perfecto Ibanez³² quando defende a experiência jurisdicional como dispositivo para determinação de fatos controvertidos, adquirindo relevância jurídica, cuja solução demanda uma atuação conforme o Direito.

O raciocínio adotado pelos autores revela, a um só tempo, dois aspectos expressivos à Cadeia de Custódia: primeiramente, destaca a finalidade da correta determinação dos fatos levado à juízo pelos diversos órgãos de investigação criminal; posteriormente, consagra a compreensão da *fiabilidade* e *mesmidade* como critério de idoneidade resultante dos atos de investigação preliminar, sem os quais a correta determinação de fatos, no processo, torna-se absolutamente inviável.

Entrementes, Michelle Taruffo³³ pondera que o resultado da investigação preliminar somente pode se constituir como meio de prova caso haja a possibilidade da sua instrumentalização apta a estabelecer a verdade dos fatos da causa. Em tempo, a ideia introdutória ao pensamento do autor na obra coliga, dentro da mesma perspectiva, três pontos essenciais, cujo teor se imbricam a todo momento: a construção da verdade dos fatos da causa, o meio de prova e a cadeia de custódia.

³¹ MATIDA, Jana. A Cadeia de Custódia é condição Necessária para redução de condenações de inocentes *In: Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul* [online]/ Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 11, n. 27 (jul/dez.2020). – Porto Alegre: DPE, 2014, p. 21.

³² IBÁNEZ, Perfecto Andrés. Argumentação Probatória e sua expressão na Sentença. **Valoração da prova e Sentença Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 33.

³³ TARUFFO, Michele. **A Prova**. 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 15.

Com efeito, leciona Geraldo Prado³⁴: “a cadeia de custódia das provas nada mais é que um dispositivo dirigido à fiabilidade do elemento probatório, ao colocá-lo sob proteção de interferências capazes de falsificar o resultado da atividade probatória”.

Notadamente, o teórico adota, em excerto exposto, uma compreensão conceitual sobre a cadeia de custódia e carrega consigo a finalidade de suma importância para a atividade processual: a elaboração de mecanismos dirigidos contra a possibilidade de falseamento no resultado da atividade probatória.

A busca incessante pela incolumidade das fontes de provas não decorre de modo fortuito ou aleatório, mas almeja a correta produção e determinação dos fatos da causa (surtida como efeito da *fiabilidade* e a *mesmidade*) e se coaduna, precisamente, com um outro objetivo de valor maior, como defende Jana Matida:

um elemento probatório não custodiado como deveria tem o lesivo potencial de dar suporte a uma hipótese fática possivelmente falsa, conferindo-lhe injustificados contornos persuasivos. Na hipótese de que receba valor probatório indevido, o elemento probatório não custodiado terá contribuído a prestar apoio à narrativa a uma primeira vista coerente, porém falsa. Pense-se, por exemplo, em uma interceptação telefônica que teve o trecho favorável à hipótese defensiva cortado. A admissão de elementos relevantes, porém não confiáveis, de modo a que futuramente possam ser (super) valorados pelo juiz, representa um flerte desnecessário com o risco de condenação de inocentes.³⁵

O valor processual, subjacente ao debate relacionado à cadeia de custódia, constitui a redução de riscos da condenação de inocentes. Nessa perspectiva, conclui-se que a Cadeia de Custódia da Prova é, de fato, uma notória adesão da atividade processual a mecanismos de proteção aptos a rechaçar a condenação de inocentes por meio da correta determinação dos fatos do processo, sendo somente possível por meio da preservação e da incolumidade dos elementos coletados na investigação preliminar.

Nessa senda, os debates revelam, precisamente, a importância da elaboração e da inserção de diversos mecanismos processuais, destinados a conservar, incolumidade, do resultado da atividade probatória na persecução criminal, atuando como uma barreira aos riscos de elaboração de hipóteses acusatórias falsas por

³⁴ PRADO, Geraldo. **A Cadeia de Custódia da prova no processo penal**. – 1.ed.- São Paulo: Marcial Pons, 2019, p.124.

³⁵ MATIDA, Jana. A Cadeia de Custódia é condição Necessária para redução de condenações de inocentes *In: Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul* [online]/ Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 11, n. 27 (jul/dez.2020). Porto Alegre: DPE, 2014, p.21.

integrantes de agências de repressão, imbuídos de promover a persecução criminal preliminar.

A faceta exposta por Jana Matida revela uma compreensão cirúrgica, e atribui ao *Habeas Corpus* 160.662/RJ o salto necessário para a evolução científica do processo penal: a importância do debate sobre Cadeia de Custódia para ciência processual permite campos de exploração que podem ser explorados entre a mudança do *status* de elemento informativo da investigação preliminar para a formação escoreta da prova judicial³⁶.

Nessa guisa, Perfecto Ibanez³⁷, também, ressalta a importância da adesão aos instrumentos de reforço sobre o controle e a determinação dos fatos no processo quando defende, nesse aspecto, a relevante função epistemológica do processo: a soberania da cognição do juízo é preponderante, e, pelo seu exercício, há a possibilidade de criação de arbitrariedades. Diante dessa contratação, impõe-se a necessidade de implementação de critérios rígidos ao seu controle com o escopo de rechaçar a determinação errônea dos fatos da causa.

Desse modo, como se pode avaliar a pertinência da Cadeia de Custódia para a formação da prova judicial inserida em contexto de busca pela correta determinação dos fatos? Diante desse questionamento, reflete Geraldo Prado³⁸:

os sistemas jurídicos, portanto, caracterizam-se por dispor de um peculiar arranjo institucional que objetiva dar conta da tarefa de determinação dos fatos. Quando a pretensão do investigador acadêmico é descritiva, relativamente a estes arranjos institucionais, a análise das atividades probatórias concretas consiste em determinar o modo como, via de regra, os profissionais do direito atuam visando colher e ordenar o material probatório de sorte a ensejar uma decisão com determinado conteúdo e também como estes profissionais interpretam a própria atividade e dos demais no mesmo sentido.

Coisa diversa, todavia, ocorre se o objeto de análise do investigador acadêmico dirige-se às estruturas dos procedimentos que devem cumprir funções relacionadas às provas. Neste caso, quer haja sido ou não definida a dimensão probatória que se supõe dominante no ordenamento jurídico, a pretensão analítica tende a ser prescritiva porque pesam de maneira mais intensa os temas de natureza ideológica e a consideração sobre o peso e a função que princípios não epistêmicos devem desempenhar.

³⁶ IBÁNEZ, Perfecto Andrés. Argumentação Probatória e sua expressão na Sentença. **Valoração da prova e Sentença Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 48.

³⁷ IBÁNEZ, Perfecto Andrés. Sobre a motivação dos fatos na sentença penal. **Valoração da prova e Sentença Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 67.

³⁸ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no Processo Penal**. 1.ed São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 14.

A reflexão exposta pelo teórico, no limiar de sua obra, sobre a temática alça a discussão da Cadeia de Custódia a um patamar elevado quando (preliminarmente) assegura a imprescindibilidade de um sistema hígido de determinação de fatos como uma característica própria e singular do sistema jurídico vigente: adquirindo uma característica da indisponibilidade.

Em sua obra anterior, Geraldo Prado³⁹ realiza uma análise da importância da cadeia de custódia para a admissão, formação e valoração da prova. O autor defende uma notória distinção entre a análise da fiabilidade e o peso de convencimento da prova, sendo o primeiro atrelado à avaliação do modo de ingresso do elemento probatório para a formalização procedimental e o segundo, a análise do peso que uma prova atribui ao grau de confirmação de uma hipótese acusatória: a análise da fiabilidade é, obrigatoriamente, antecedente à avaliação do peso da prova.

O autor expõe, com muita clareza e precisão, duas etapas que devem ocorrer sobre a prova na fase judicial: a primeira consiste no questionamento da sua fiabilidade. Em seguida deve ocorrer a valoração; conclui-se, com clareza, que a fiabilidade é elemento legitimador da possibilidade de valoração da prova pelo Juízo. A respeito da compreensão da fiabilidade probatória, segundo Geraldo Prado:

são coisas diversas, portanto, saber se um determinado elemento probatório está em condições de ser avaliado, ou seja, se o elemento probatório pode ser objeto de avaliação, e em caso de ser avaliável, saber que valor o juiz lhe atribui. A primeira atividade é denominada “fiabilidade probatória”.⁴⁰

Considerando a perspectiva adotada pelo autor, é cabível uma reflexão e questionamento uma vez que não há possibilidade de formação de prova judicial sem a existência de Cadeia de Custódia, como a *fiabilidade* deve ser objeto de avaliação no controle de admissibilidade?

É nesse contexto de questionamento que surge um dos aspectos mais relevantes da Lei 13.964/19 que inseriu, no Capítulo II do Código de Processo Penal, os artigos 158-A ao 158-F⁴¹, o aspecto procedimental da Cadeia de Custódia, de modo

³⁹ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controle epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 88.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ BRASIL, Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 30 de maio de 2021.

que a fiabilidade é avaliável de acordo com grau de cumprimento e higidez dos artigos de lei procedimentais supramencionados.

Conforme a literalidade da redação normativa, o cumprimento dos aspectos procedimentais, previstos nos artigos 158-A ao 158-F do Código de Processo Penal, permitem a avaliação da *fiabilidade* e, por sua vez, a legitimidade e possibilidade de inserção no contexto probatório do processo coligida a uma documentação cronológica no manuseio do elemento de prova. Nesse ponto, debate Isabela Aparecida de Menezes⁴² e Rafael Soares:

nos casos narrados acima, a falta de cronologia acerca da existência da prova faz com que não mais se possa falar na confiabilidade daquele material, seja na perspectiva de sua existência ou do manuseio pelas autoridades legais, impedindo, por consequência, que o acusado tenha a possibilidade de desempenhar o exercício da defesa à luz de toda a principiologia constitucional.

Em artigo sobre a temática, os autores⁴³ certificam que a fiabilidade não advém de mero formalismo procedimental probatório, mas defendem que a sua existência se encontra diretamente relacionada à adoção do *Princípio da Desconfiança*, traduzindo-se na impossibilidade de sustentar uma afirmação acerca do objeto discutido, que representa aquilo que a parte afirma ser, especialmente quando esta é representante do Estado; isso não pode se constituir elemento de atração de confiança especial, mas deve ter um sentido diverso: a desconfiança deve ser presumida.

Alinhando-se ao pensamento exposto, discute Juarez Tavares⁴⁴ e Rubens Casara, uma circunstância em momento anterior à valoração da prova: sustentam os autores que *fiabilidade* constitui elemento indisponível à segurança, sendo ônus privativo do Estado a criação de mecanismos processuais aptos a resguardar e proteger a prova de qualquer possibilidade de falsificação, adulteração ou manipulação do seu resultado, devendo produzir a *prova* do manuseio da fonte de prova.

⁴² MENEZES, Isabela A.; BORRI, Luiz A.; SOARES, Rafael J. **A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 277-300, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.128>.

⁴³ *Idem*, p. 283.

⁴⁴ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e Verdade**. 1.ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p.81

O alinhamento das percepções acima expostas revela que, no bojo da atividade processual, a faceta do Estado (Polícia Judiciária e Ministério Público) desenvolve a atividade probatória para investigação criminal e a outra faceta do Estado (Poder Judiciário) controla a sua legalidade, exigindo a prova da lisura e higidez na produção da atividade probatória.

Nessa perspectiva, também expõe Alexandre Morais da Rosa⁴⁵ o tratamento sério que deve ser concedido à exigência da fiabilidade, reputando-a como resultado do trajeto percorrido entre a obtenção do material e sua inserção procedimental. Defende, ainda, que a “*fé pública*” de agentes de segurança pública não pode se traduzir na mitigação da prova da fiabilidade, pois, nesse aparente conflito, deve prevalecer o Princípio Constitucional da Presunção de Inocência como elemento que afasta e inibe a “*fé pública*” como elemento de mitigador da prova de *fiabilidade*.

Evidentemente, essa posição acerca da *fiabilidade* possui um contraponto argumentativo relevante, defendido por Deltan Dallagnol⁴⁶ e Juliana Azevedo S.R Câmara, mostrando uma sucessão de problemas no que diz respeito à “*prova sobre a prova*”. Para isso exibem contrapontos essenciais, defendendo inicialmente,

salvo quando há indícios de comportamento desviado ou atuação guiada por interesses espúrios por parte de agentes do Estado, não se crê com facilidade que um agente público coloque a sua reputação em risco, bem como aceite o risco de sofrer um processo criminal, num doente afã de obter uma condenação criminal que não lhe trará benefícios pessoais.

Com base nessa premissa, defendem os autores a prescindibilidade da prova sobre a prova.

Conquanto a presunção de boa-fé ou regularidade da prova não se revista de caráter absoluto, se não mostrada má-fé, supõe-se a integridade da evidência, sob pena de subverter toda a lógica do sistema jurídico. Existe uma expectativa legítima de lealdade na conduta das pessoas, com base na boa-fé objetiva que regula de indivíduos em relações – inclusive relações processuais -, e é a partir dessa premissa que os comportamentos dos polos em um processo deve ser examinado⁴⁷

⁴⁵ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4ª. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 446.

⁴⁶ DALLAGNOL, Deltan; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A Cadeia de Custódia da Prova IN: **A prova no enfrentamento da Macrocriminalidade** – SIDI. SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. 2 ed. Salvador: Juspodivum, 2016, p. 448.

⁴⁷ *Idem*, p. 449.

Segundo os autores, a presunção de boa-fé, aliada à “*correção do agir estatal*”⁴⁸, implica a “*veracidade da prova*”⁴⁹, autorizando a conclusão acerca de uma “*presunção relativa acerca da regularidade das evidências*”⁵⁰, podendo ser questionado pelo acusado, caso apresente a ocorrência de um indício concreto de manipulação da fonte de prova coletada.

Em sequência, sustentam os autores que a imposição da “*prova sobre a prova*” imporá uma espécie de regresso ao infinito e inacabado, exigindo a todo momento a “*prova da prova sobre a prova*” em um ciclo sem fim.

Ilustrativamente, a droga apreendida (“A”) deve ser objeto de uma comprovação de cadeia de custódia, que pode consistir num relatório sobre quem teve a posse da evidência (“B”), desde a sua colheita até a análise. Esse relatório, contudo, também deve ser objeto de comprovação para que se saiba que é idôneo, e deve então ser objeto de comprovação para que se saiba que é idôneo, e deve então ser provada a sua cadeia de custódia, havendo um novo documento que chamaremos de (“C”), que comprove a transmissão da posse do relatório original e que as assinaturas foram autênticas. Contudo, nada garantiria também a idoneidade do super-relatório (“C”) sem que ele seja demonstrada por uma nova prova, que pode ser um relatório (“D”), e assim por diante.⁵¹

No entanto, os dois argumentos sustentados pelos autores não subsistem, pois o primeiro argumento adota uma concepção civilista, inserida em espectro amplamente diverso: elementos básicos que disciplinam a relação na esfera privada e patrimonial não podem ser trasladados ao Direito Processo Penal, considerando a sua relação decorre da tensão entre Estado *versus* Acusado, sendo o primeiro o detentor de uma força de atuação absurdamente superior ao acusado, adquirindo um desnível de atuação absolutamente incomparável. Justamente, por meio dessa constatação, o argumento da boa-fé como elemento que garanta a fiabilidade do elemento coletado representa uma mitigação ao Estado na sua obrigação em produzir e comprovar a produção de provas lícitas.

O segundo posicionamento, também, não prevalece, considerando que a denominada “*prova sobre a prova*” possui uma finalidade muito clara: revelar se a sua aquisição foi lícita ou ilícita (rastrear a sua aquisição), caso haja, na primeira prova do

⁴⁸ *Ibid.*, p. 447.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 447.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 450.

⁵¹ *Ibid.*, p. 452.

rastreio de aquisição, a demonstração da sua origem lícita, seguramente não há de se falar em regresso ao infinito da forma como foi defendido pelos autores retromencionados.

Nesse sentido, considerando que *fiabilidade* é o resultado direto do cumprimento das etapas procedimentais da Cadeia de Custódia da Prova, é cediço que esse raciocínio abrange a discussão sobre o controle de entrada e inserção de elementos de prova no processo; tem-se, como exemplo recente, notável precedente do Superior Tribunal de Justiça em julgamento elogiável e que despertou grande interesse tanto da comunidade acadêmica e como mídia nacional, a respeito do *Habeas Corpus* n.º 598.886/SC⁵², Rel. Ministro Rogério Schietti, 6ª Turma.

O julgamento do *Habeas Corpus* n.º 598.886/SC é didático quando cotejado com a diferenciação realizada, sobre a necessidade de higidez da *fiabilidade* como critério legitimador da valoração do resultado da atividade probatória.

No contexto do julgamento do supracitado *Habeas Corpus*, o STJ reconheceu como inválida a prova valorada para determinar a autoria delitiva em razão da violação de questões procedimentais previstas no artigo 226 do Código Penal. Em síntese, a Corte Federal considerou que o procedimento do reconhecimento de pessoa e coisa somente pode ser válido e apto caso haja estrita observância às normas procedimentais contidas no artigo 226⁵³ do CPP.

O cerne da ementa do acórdão expõe com clareza o raciocínio jurídico:

[...] 2. Segundo estudos da Psicologia moderna, são comuns as falhas e os equívocos que podem advir da memória humana e da capacidade de armazenamento de informações. Isso porque a memória pode, ao longo do tempo, se fragmentar e, por fim, se tornar inacessível para a reconstrução do fato. O valor probatório do reconhecimento, portanto, possui considerável grau de subjetivismo, a potencializar falhas e distorções do ato e, conseqüentemente, causar erros judiciários de efeitos deletérios e muitas vezes irreversíveis.

3. O reconhecimento de pessoas deve, portanto, observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime, não se tratando, como se tem compreendido, de "mera recomendação" do legislador. Em verdade, a inobservância de tal procedimento enseja a nulidade da prova e, portanto, não pode servir de

⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n.º 598.886/SC**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2007]. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/27102020%20HC598886-SC.pdf>. Acesso em: 23 de fev. 2021

⁵³ BRASIL, Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 30 de maio de 2021.

lastro para sua condenação, ainda que confirmado, em juízo, o ato realizado na fase inquisitorial, a menos que outras provas, por si mesmas, conduzam o magistrado a convencer-se acerca da autoria delitiva. [...] ⁵⁴

O 2º (segundo) ponto da ementa reconhece, expressamente, que a natureza da memória é fragmentária, pois a capacidade de armazenamento de informações na mente humana é notadamente falha; posto isso, à medida que o tempo transcorre a memória, perde a sua capacidade de ser utilizada como critério de reconstrução factual e nessa perspectiva, o 3º (terceiro) ponto da ementa assevera a imprescindibilidade de observância do rito previsto do artigo 226 do Código de Processo Penal para que o reconhecimento fotográfico seja inserido nos autos e utilizado como elemento idôneo e válido de reconstrução histórica dos fatos: identificação de autoria de delito.

O ponto número 3 (três) da ementa também chama a atenção por outra razão de notável relevância: demonstra que o rito previsto no art. 226 do CPP não se trata de mera recomendação legislativa e, caso haja a sua inobservância, é preciso reconhecer a nulidade da prova, sendo inconcebível, nos dizeres do próprio julgado, a sua utilização como critério de atribuição de autoria delitiva.

Considerando-se o breve contexto do julgamento desse *Habeas Corpus*, a 6ª turma expôs a possibilidade do procedimento aludido no Código de Processo Penal acerca do reconhecimento de pessoas ser dotado de *fiabilidade* somente quando ocorrer a observância estrita de atos processuais previstos no art. 226 do CPP. Desse modo, sustentam Isabela Aparecida de Menezes⁵⁵ e Rafael Soares:

necessário se faz que o detentor da fonte de prova, na maioria das vezes o Estado-acusação, tenha o devido cuidado na coleta, manipulação e transporte do objeto que, posteriormente, será um elemento probatório, a fim de preservar a cadeia de custódia e garantir a integridade da prova.

Superada a regularidade processual dessa fase, o elemento de prova poderá ser utilizado na fase subsequente a ser extraído o fato e poder constituir-se como

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n.º 598.886/SC**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2007]. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/27102020%20HC598886-SC.pdf>. Acesso em: 23 de fev. 2021.

⁵⁵ MENEZES, Isabela A.; BORRI, Luiz A.; SOARES, Rafael J. **A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 277-300, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.128>, p. 284.

prova judicial, apta a ser valorada pelo Juízo. Nessa perspectiva, o julgamento desse *Habeas Corpus* proveu uma análise do controle de legalidade de produção da prova testemunhal, desconstituindo a condenação, cujo teor se fundou na prova produzida em contrariedade aos artigos de lei que disciplinam e procedimentalizam a sua produção do Código de Processo Penal.

Revela-se, portanto, o ponto central da discussão sobre a dimensão epistêmica do processo debatido por Michelle Taruffo⁵⁶:

aceitar uma tese de que existem razões válidas para que se julgue que no processo é possível apurar a verdade dos fatos com base numa controvérsia — e que, aliás, é necessário direcionar o processo no sentido da descoberta da verdade — gera diversas consequências. Uma dessas é que se pode perguntar se (e eventualmente em que medida) o processo pode ser interpretado como epistemologicamente válido e racional, ou seja, se esse é um método ou um instrumento eficaz para a descoberta e a determinação da verdade dos fatos que se funda a decisão. Parece sensato, de fato, debater sobre uma função epistêmica do processo, considerando-o um conjunto estruturado de atividades com o fim de obter elementos de conhecimento verídico sobre os fatos relevantes para a solução da controvérsia.

Por meio da reflexão acima, Michele Taruffo abre o debate sobre a função epistêmica do processo como fonte de conhecimento da verdade e reconstrução dos fatos da causa na qual impulsionou o seu nascedouro. O debate profícuo sobre a função epistêmica do processo, por sua vez, é absolutamente indissociável da ideia da Cadeia de Custódia das Provas, pois a segunda definitivamente encontra o seu alicerce e sua razão de existir pela adoção da primeira perspectiva, como discute o autor:

por um lado, é oportuno considerar que a descoberta da verdade é um fim essencial no processo e uma condição necessária para a justiça da decisão, mas não é o único fim que o processo persegue. Consequentemente, a função epistêmica que o processo pode desempenhar é muito importante, mas não é a única. O processo também é um 'lugar' em que as normas são aplicadas, valores são postos em prática, garantias são asseguradas, direitos são reconhecidos, interesses são tutelados, escolhas econômicas são feitas, problemas sociais dão enfrentados, recursos são alocados, o destino das pessoas é determinado, a liberdade do indivíduo é tutelada, a autoridade do Estado é manifestada...e controvérsias são resolvidas através de decisões pretensamente justas.⁵⁷

⁵⁶ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a reconstrução dos fatos. Tradução: Vitor de Paula Ramos. 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 159.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 106.

A discussão realizada por Michele Taruffo reconhece a função epistêmica do processo sem desconsiderar, todavia, outras facetas de igual relevância, cujo conteúdo imprime ao processo uma visão caleidoscópica em relação à função social imensurável. Inobstante, chama a atenção a perspectiva adotada pelo filósofo ao constatar que a sua preocupação com a descoberta da verdade no processo, quando sustenta este como elemento indispensável para a justiça da decisão.

Por certo, a interpretação decorrente do excerto autoriza a chegar à seguinte conclusão: a par de todas as funções sociais desempenhadas pelo processo indicado pelo filósofo, é absolutamente inconcebível discutir qualquer uma das funções processuais que determine a verdade dos fatos.

Nessa perspectiva, segundo Perfecto Ibanez⁵⁸:

os dados fáticos acedem ao juízo e antes ao processo mesmo, como afirmações complexas, estruturada em forma de hipóteses ou propostas de explicação, as quais se acompanha com a indicação de determinadas fontes de informação aptas a dar dados idôneos para a confirmação daquelas.

Nesse ponto surge grande relevância do tema Cadeia de Custódia da Prova para o Direito Processual Penal, atuando como um corpo de conceitos e mecanismos que vedam a manipulação do resultado da produção de provas, afastando a possibilidade de uma cognição judicial discrepante acerca do ocorrido no mundo dos fatos.

Desse modo, em recente obra no cenário acadêmico nacional, Gustavo Badaró⁵⁹ discute a importância da correta determinação dos fatos para o Direito Processual Penal nos exatos termos:

exposta a concepção sobre qual é a finalidade ou o escopo do processo penal, é preciso analisar qual o seu objeto. Tendo em vista que esta obra se volta para a questão do processo como instrumento cognitivo quanto aos juízos de fato, o ponto principal é delimitar em que medida os fatos fazem parte do objeto do processo.

No processo penal, a imputação é o ato processual por meio do qual se formula a pretensão penal. Imputar é atribuir um fato penalmente relevante a alguém. O conteúdo da imputação é, portanto, a afirmação do fato que se atribui ao sujeito, a afirmação de um tipo penal e a afirmação da conformidade do fato ao tipo penal. Em síntese, trata-se da afirmação de três elementos: o fato, a norma e a adequação ou subsunção do fato à norma. Seu conteúdo,

⁵⁸ IBÁNEZ, Perfecto Andrés. Argumentação Probatória e sua expressão na Sentença. **Valoração da prova e Sentença Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 39.

⁵⁹BADARÓ, Gustavo. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 68/69.

pois, só pode ser a atribuição do fato concreto que se enquadra em um tipo penal.

O doutrinador debate com precisão a posição que os fatos possuem para o Direito Processual Penal, colocando-o como o cerne existencial do processo. A reflexão exposta permite compreender que o elemento condutor do processo é a imputação que, por sua vez, se define como a construção narrativa desenvolvida na denúncia, como pondera o próprio autor⁶⁰:

O fato processual é um concreto acontecimento histórico tipo por existente, mas que pode não ter efetivamente existido. No momento em que são formulados esses enunciados fáticos, de natureza hipotética, tem um status epistemológico de incerteza, podendo ou não ter ocorrido. Isso é fundamental para se compreender que o fato objeto do processo não é fato enquanto trecho da realidade, mas a afirmação sobre o fato feita pelas partes. Os fatos, em si mesmos, são acontecimentos que tem existência no mundo real. O fato ocorreu ou não, existiu ou não, não comportando adjetivações ou valorações. Aquilo que existe na realidade não pode ser verdadeiro ou falso; simplesmente existe.

Nesse contexto, Badaró⁶¹ discute sobre o aspecto dos processos de entrada de fatos no processo, atestando a impossibilidade da sua inserção material, advinda de limitações ontológicas: de fato, a sua inserção decorre por meio de enunciados ou conjunto de enunciados fáticos

A compreensão esmiuçada por Gustavo Badaró colige-se ao pensamento de Jordi Ferrer Beltrán⁶² quando se propõe a discussão relativa à repercussão das partes no processo e sua intervenção na atividade probatória, ressaltando, de forma categórica, que a intervenção ocorrida é típica de todo processo; seja em maior ou menor medida. Sustenta, ainda (dentro de uma escala de prioridades a serem objetos da atividade probatória), que a definição de fatos do processo é prioridade.

Em seguida, Beltrán chama a atenção a uma questão decisiva ao cerne da pesquisa: as partes podem defender seu próprio interesse (e é legítimo que o façam) sem que isso coincida com a descoberta da verdade. Desse modo, conclui-se que é correto e legítimo presumir a ocorrência da manipulação do resultado probatório de

⁶⁰ *Ibid.*, p. 70.

⁶¹BADARÓ, Gustavo. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 72.

⁶²BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Valoração racional da prova**. (Tradução Vitor de Paula Ramos) – Salvador: Editora Juspodivum, 2021, p. 58.

diversas formas, sob diversas perspectivas, inclusive por agentes que compõem instituições promovedoras da persecução criminal, sendo absolutamente indispensável a prova, a demonstração que a origem se manteve incólume do momento da captura até o momento de valoração a ser realizada pelo Juiz. Seguramente, a incolumidade desse trilhar representa o êxito da cadeia de custódia.

Essa perspectiva destina-se a preservar a verdade como valor para a atividade processual como pondera Gustavo Badaró⁶³, sustentando que o ato de *buscar da verdade* se constitui uma das finalidades do processo, sendo incabível a concepção de uma decisão justa, caso seja alicerçada em uma reconstrução fática equivocada. Essa posição encontra guarida no pensamento de Perfecto Ibanez⁶⁴ quando defende a existência de um sentimento coletivo e comum materialidade na ideia de que a justiça de uma decisão judicial é associada, e a fixação verdadeira dos fatos e alinhados a procedimentos e critérios criados para essa finalidade. Diante dessa perspectiva, Gustavo Badaró⁶⁵ ressalta, em dossiê sobre o tema:

no ponto que interessa ao tema deste dossiê, o processo penal necessita de uma reconstrução histórica do fato. Se a verdade fosse indiferente para a justiça, a atividade probatória seria uma grande inutilidade, e se poderia continuar a decidir os processos por meio de ordálias, duelos, juramentos judiciários, lançando dados como fazia o juiz descrito por Rabelais, ou qualquer outro meio irracional. Tais métodos, embora irracionais, propiciam um resultado de modo mais rápido e menos custoso.

Nesse entendimento serão definidas as bases teóricas sobre o conceito de Cadeia de Custódia da Prova e o fundamento da sua existência e relevância ao Direito Processual Penal em relação à determinação dos fatos da causa.

Em conclusão, assevera-se que o tema Cadeia de Custódia da Prova concede ao processo penal o fornecimento de mecanismos da redução e de condenação de inocentes, sendo também relevante para construção dos fatos que serão objeto da acusação (a imputação da denúncia)⁶⁶.

⁶³ BADARÓ, Gustavo. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 135.

⁶⁴ IBÁNEZ, Perfecto Andrés. Argumentação Probatória e sua expressão na Sentença. **Valoração da prova e Sentença Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 34.

⁶⁵ BADARÓ, Gustavo H. Editorial dossiê “**Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos**”. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>.

⁶⁶ IBÁNEZ, Perfecto Andrés. Argumentação Probatória e sua expressão na Sentença. **Valoração da prova e Sentença Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 49.

1.3. As consequências processuais da quebra da cadeia de custódia das provas

Superada a exposição sobre os pontos que revelam a importância do tema da Cadeia de Custódia das Provas ao Direito Processual Penal, apresenta-se a discussão acerca das consequências processuais resultantes da ocorrência de sua cisão: o resultado processual deve incidir quando constatado o cenário da quebra da cadeia de custódia.

Primeiramente, a advertência exposta por Geraldo Prado⁶⁷, sobre a ausência de debates profícuos e estudos doutrinários nacionais sobre o tema, reverbera nesse ponto específico, pois, apesar da sua inserção no Código de Processo Penal, a alteração legislativa advinda da Lei n.º 13.964/19⁶⁸ não disciplinou as consequências geradas pela quebra da Cadeia de Custódia das Provas. Com efeito, essa lacuna acarretará sucessivas divergências que serão esmiuçadas no presente tópico.

Inicialmente, tratar-se-á da posição adotada por Geraldo Prado⁶⁹. Em sua obra sobre o tema, o autor defende que todos os elementos colhidos, cuja cadeia de custódia foi quebrada, devem ser invalidados, somente excetuando-se nas hipóteses que não haja nexo de causalidade na sua produção. Nesse sentido, o teórico defende a adoção de uma perspectiva pedagógica:

vale sublinhar que a tradição de controle da ilicitude probatória tem o mérito de incorporar um efeito dissuasório – “*derrent effect*” – que serve de desestímulo às agências repressivas quanto à tentação de recorrerem a práticas ilegais para obter punição.

A posição adotada pelo autor encontra-se em ensaio elaborado logo após o julgamento do paradigmático *Habeas Corpus* 160.662/RJ sobre a matéria.

Em edição posterior, Geraldo Prado⁷⁰ sustenta que a violação da Cadeia de Custódia resulta na repleta impossibilidade de valoração da prova, sendo o seu exame

⁶⁷PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controle epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos – 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 80.

⁶⁸BRASIL. **Lei N.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

⁶⁹PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controle epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos – 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 91/92

⁷⁰PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no Processo Penal**. – 2.ed.- São Paulo: Marcial Pons, 2021, p. 162.

inserido no momento do juízo de admissibilidade ou de obtenção da prova: não há espaço para a avaliação do peso probatório ou da relevância da prova cuja custódia foi cindida. Nesse ponto, a posição acima e a adoção da consequência adotada no referido *Habeas Corpus* comungam de idêntico entendimento: a comunicação direta entre a ocorrência da quebra da Cadeia de Custódia e a existência de ilicitude probatória prevista no Código de Processo Penal e fixada como garantia processual na Constituição Federal.

Ainda assim, Geraldo Prado não adota uma posição absolutamente radical, mas viabiliza o afastamento da contaminação integral quando há outras provas produzidas sem *nexo de causalidade* com as provas cuja cadeia de custódia foi ceifada. Notadamente, o autor introduz, implicitamente, ao seu entendimento a Teoria da Fonte Independente⁷¹.

Realizada a sua compreensão germinal sobre as consequências processuais da quebra da cadeia de custódia, em sua obra lançada no ano de 2014, Geraldo Prado⁷² expõe e amplia o espectro de discussão sobre esse ponto específico em obra posterior, no ano de 2019, trazendo para o debate a possibilidade de inserção no quadro de nulidades do Código de Processo Penal e tecendo uma gama de relevantes exposições sobre razões constitucionais pelas quais o tratamento deve ficar à margem do tema de *nulidades*, atraindo o tratamento direto previsto no artigo 157 do CPP.

Antes de adentrar à discussão acima, vale ponderar o acerto do autor em trazer à tona a possibilidade de tratamento do tema no contexto quadro geral de nulidades, considerando a dicção expressa do artigo 564, inciso IV⁷³ do CPP, aplicável às hipóteses de quebra da cadeia de custódia das provas.

Com efeito, demonstra o autor⁷⁴:

⁷¹ Conforme o teor redação do §2º do art. 157 do CPP, reputa-se, como fonte independente, aquele elemento de prova que, por si, alinhado aos trâmites regulares da investigação ou instrução criminal seria capaz de conduzir a sua descoberta. É aquela que foi obtida sem qualquer relação, direta ou indireta, com a prova ilícita. Trata-se de um meio de prova que tem vida própria, autônoma, lícita e que não é contaminada e nem contamina qualquer outra fonte de prova, exatamente pela sua licitude". RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21º ed. Atlas: São Paulo, 2021, p. 475.

⁷² PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no Processo Penal**. – 1.ed.- São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 126.

⁷³ CPP: Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: [...] IV – por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

⁷⁴ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controle epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 126/127.

por isso no campo das proibições de prova, marcadas pelo valor superior da dignidade da pessoa humana, tendência dos ordenamentos jurídicos é de não se contentar com o regime de nulidades.

A matéria está circunscrita ao âmbito mais rigoroso da admissibilidade/inadmissibilidade, que interdita a valoração da prova e exige a sua exclusão do processo, como expressamente ordenado na reforma processual de 2008, que modificou o artigo 157 do CPP.

[...]

Ainda assim, cabe reforçar que o direito processual brasileiro, sob os rigores da CR, é mais restritivo que o italiano, prevendo uma verdadeira barreira à prova ilícita, ao que corresponde o dever do juiz ou tribunal de não protelar o julgamento sobre a ilicitude da prova, que se for reconhecida, não admite sanção.

Nesse contexto, Geraldo Prado discute as consequências sobre o deslocamento do regime de tratamento das consequências da quebra da cadeia de custódia para o regime de nulidades que enfraquece a proteção constitucional de vedação ao uso da prova ilícita, pois existem circunstâncias jurídicas inseridas no regime de nulidades que autorizam convalidar e sanear o ato nulo. Há, também, circunstâncias processuais propriamente ditas que implicariam a preclusão sobre a arguição do ato processual nulo.

Em síntese: o tratamento processual — quando há a quebra da cadeia de custódia das provas — não encontra nenhum tipo de amparo no bojo do quadro de nulidades previstos no Código de Processo Penal. A sua avaliação deve ocorrer no campo da licitude/ilicitude probatória disciplinada no artigo 157 do CPP, decorrente do Mandado Constitucional de inadmissibilidade da prova ilícita contido no art. 5º, LVI da Constituição Federal.

Nessa perspectiva, a ressalva realizada expõe e demonstra a grave insegurança jurídica ocasionada caso o tratamento da quebra da cadeia de custódia se realizasse no contexto do quadro geral de nulidades, (deixando considerar como efeito o reconhecimento direto de ilicitude probatória). Desse modo, avançar-se-á ao tratamento constitucional legal da ocorrência da sua quebra.

Geraldo Prado⁷⁵ assevera que a quebra da Cadeia de Custódia das Provas representa a impossibilidade de exercício do contraditório nas provas coletadas e no conjunto remanescente, ou seja, a agência repressora constrói uma *opinio delict* lastreada no material autêntico e integral, mas, quando o submete ao Poder Judiciário e, conseqüentemente, ao acusado ou investigado, estes ficam impossibilitados de

⁷⁵ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controle epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1 Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 128.

verificar a lisura da construção dessa *opinio delict* de forma escoreta, pois a unidade do resultado probatório foi esfacelada. Nessa perspectiva, verificando a impossibilidade no exercício do contraditório, não há outro caminho a não ser a declaração de ilicitude sobre o material remanescente, pois o exercício do contraditório é medida que concede validade e legitimidade à prova, prejudicando, diretamente, a sua valoração.

O cerne da posição adotada por Geraldo Prado alça o contraditório a um patamar especial: o contraditório é o critério apto a validar a licitude probatória; em sentido antagônico, em caso de qualquer conduta que vise impedir ou contaminar o seu efetivo exercício no material, resultante da coleta de provas, a sua ilicitude deve ser declarada.

Percebe-se, com base no raciocínio desenvolvido pelo autor, que o art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, possui uma comunicação direta com o art. 157 do Código de Processo Penal. Nesse contexto, a análise da fiabilidade probatória discutida em capítulo anterior é absolutamente preponderante nessa comunicação direta: na idêntica perspectiva de problematização — situando o contraditório como cerne da temática. Para Elmir Dulrec⁷⁶:

assim consagrado, o referido princípio poderia até mesmo ser compreendido como desdobramento necessário do devido processo legal. Realmente, não haveria sentido falar em processo de partes, que devem estar em igualdade de condições, se não lhes fosse assegurada a faculdade processual de contraditar ou contradizer da forma mais abrangente possível os argumentos e elementos de informação trazidos ao processo pela parte contrária.

A interpretação adotada por Elmir Dulrec sobre o contraditório recepciona, com primazia, o encaixe que o Princípio do Contraditório realiza no bojo da discussão sobre a Cadeia de Custódia da Prova Penal, como também defende Gustavo Badaró⁷⁷ ao sustentar a sua concepção sobre o contraditório quando afirma que esse princípio atua como elemento integrador do processo, ao possibilitar o seu desenvolvimento dialético, atuando como indispensável mecanismo de descoberta da verdade.

⁷⁶ DULREC, Elmir ... [et al.]. **Introdução aos fundamentos do direito processual penal**. – 1. Ed. – São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 70.

⁷⁷ BADARÓ, Gustavo. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 23.

De fato, a posição adotada por Geraldo Prado ganhou reforço na concepção de outros estudiosos, conforme refletiu Carlos Edinger⁷⁸ ao sustentar que a quebra da Cadeia de Custódia das provas acarreta a perda da rastreabilidade do elemento coletado pela agência repressora, tornando impossível verificar a sua credibilidade e auferir a inexistência de manipulação por agentes do Estado. Nesse contexto, o autor sustenta, também, que a defesa não deve ser concedida, somente, ao conteúdo da acusação, mas também ao alicerce de construção probatório no qual erigiu a narrativa acusatória, ponderando, com precisão, que o material probatório, indevidamente descartado ou alterado, poderia conter a prova defensiva apta de conduzir a absolvição dos acusados ou investigados.

Cotejando a posição adotada por Geraldo Prado e por Carlos Edinger, há a constatação de uma posição acertada em perspectivas diferenciadas: Geraldo Prado defende a prejudicialidade no exercício do contraditório pela impossibilidade do confronto global dos elementos de provas que alicerçou determinada hipótese acusatória, gerando a impossibilidade de confrontar o fundamento da narrativa acusatória ou o descobrimento e criação de uma narrativa absolutória; já Carlos Edinger ressalta a perspectiva da rastreabilidade como critério para auferir a higidez da cadeia de custódia, adotando, com maior vigor, o *Princípio da Desconfiança*, e, ao final, junge à sua compreensão a necessidade de preservação da unidade probatória como condição antecedente ao exercício concreto do contraditório.

Nesse sentido, Carlos Edinger⁷⁹ conclui que a higidez da preservação da cadeia de custódia exige prova da sua conservação, sendo absolutamente inconcebível qualquer tipo de dúvida razoável quanto a sua fragilidade, tendo como efeito direto a sua ilicitude e inadmissibilidade, albergando idêntica compreensão adotada por Geraldo Prado.

Ilustrando o debate teórico acima, observa-se o contexto do relevante julgamento pela 3ª Turma Criminal do TJDFT no *Habeas Corpus* n.º 0704121-63.2020.8.07.0000⁸⁰:

⁷⁸ EDINGER, Carlos. Cadeia de Custódia, rastreabilidade probatória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 120, maio/jun. 2016, p. 250.

⁷⁹ EDINGER, Carlos. Cadeia de Custódia, rastreabilidade probatória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 120, maio/jun. 2016, p. 252.

⁸⁰ TJDFT. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 01 abr. 2021.

EMENTA: CONSTITUCIONAL, PROCESSO PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. ART. 402 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NECESSIDADE DA PROVA PARA COMPROVAÇÃO DA AUTENTICIDADE E INTEGRIDADE DO CONTEÚDO PRODUZIDO UNILATERALMENTE PELO COLABORADOR. RESPEITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. DECISÃO REFORMADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. É direito constitucionalmente garantido às partes, no processo penal, o emprego de todos os meios legal e moralmente admitidos e que possam influenciar a formação da convicção do julgador, sempre na busca da verdade real. **2. Tem relevância jurídica a verificação, por meio de exame pericial, da autenticidade e integridade de som e imagem gravados unilateralmente em mídia por colaborador.** 3. **Ofende o direito à ampla defesa o indeferimento de perícia que não se mostra protelatória ou de repetição indevida.** 4. A prova produzida no processo penal influenciará a formação da convicção do Juízo monocrático e da Turma Julgadora, na hipótese de interposição de recurso. 5. Ordem concedida.

A perspectiva adotada por Geraldo Prado e Carlos Edinger jungida ao conteúdo do *Habeas Corpus* supracitado evidencia a imprescindibilidade da preservação da Cadeia de Custódia das Provas no contexto de processos criminais em que haja réus adeptos a acordos de colaboração premiada, pois o conteúdo verbal e documental da delação necessita apresentar higidez e integridade em observância aos requisitos legais de validação da delação (especialmente a voluntariedade); eventuais provas documentais necessitam ser devidamente custodiadas com o escopo de cumprir a sua função processual de corroborar o conteúdo verbal da colaboração, atuando como critério de rechaço de manipulação documental que conceda uma aparência de veracidade à delação, mas, no fundo, se tornara simulacro, uma fraude processual.

Gustavo Badaró realiza um contraponto relevante sobre as consequências processuais que devem incidir quando ocorre a quebra da Cadeia de Custódia. Afastando-se, nesse ponto, da compreensão exposta e adotada por Geraldo Prado e Carlos Edinger; Badaró sustenta a possibilidade de aproveitamento e valoração da fonte de prova, inserindo ao bojo da discussão uma ideia conhecida no jargão jurisprudencial de diversos tribunais do país: a ocorrência de *mera irregularidade*, dissertando da seguinte forma⁸¹:

no caso de violação da cadeia de custódia, em tese, duas soluções seriam possíveis: a primeira, considerar que a prova se torna ilegítima, não podendo ser admitida no processo; a segunda, superar o problema de admissão da prova e resolver o problema do vício da cadeia de custódia dando menor valor

⁸¹ BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal *IN: Temas atuais no processo penal* – SIDI. Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra. [Orgs.] – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p.517/538.

ao meio de prova produzido a partir de fontes de prova cuja cadeia de custódia tenha sido violada. Ou seja, trata-se de discussão entre admissibilidade e valoração da prova.

Com efeito, o autor amplia a discussão⁸² ao defender que as irregularidades da cadeia de custódia não geram ilicitude direta da prova, devendo o problema ser resolvido, com redobrado cuidado e muito maior esforço justificativo, no momento da valoração. Nessa dimensão, Badaró defende que a higidez da conservação não é critério antecedente à valoração: é possível que haja o segundo, ainda que ocorram vícios e irregularidades no primeiro.

Notadamente, o autor desenvolve um contraponto, promovendo uma amplitude sobre as consequências processuais ocorridas na quebra da Cadeia de Custódia, demonstrando que a cisão não implica, diretamente, a ilicitude da fonte de prova, mas considera a possibilidade de seu aproveitamento e valoração desde que haja uma motivação plausível apta a justificar a repescagem da fonte de prova.

No entanto, a compreensão adotada pelo doutrinador apresenta problemas insuperáveis, sendo o primeiro deles a inexistência de um critério objetivo de verificação da cisão de caráter “leve” ou “comprometedor”: em realidade, o que pode ter a aparência de leveza de cisão seguramente pode ser o elemento garantidor da hipótese absolutória de um acusado ou investigado, e que se esvaiu, impossibilitando ao juízo e ao acusado o acesso a seu conteúdo.

Ainda assim, a amplitude realizada pelo autor certamente remete à ideia de *irregularidade/prejuízo*, inserindo o tema no campo das nulidades pelas portas dos fundos, apesar de não defender a sua expressa inserção no quadro geral de nulidades. Com efeito, Badaró aponta um caminho diverso e sutil: a imprescindibilidade de o juiz reforçar a motivação quanto ao aproveitamento da fonte de prova.

Ainda que seja uma saída perspicaz, o reforço da motivação impõe uma série de problemas, pois a motivação não suprirá a lacuna gerada pela cisão da cadeia de custódia ainda que se repute uma mera irregularidade: esse problema ganha maior força em razão da inexistência de critérios objetivos aptos a definir uma concepção objetiva e universal sobre “*mera irregularidade*”.

⁸² *Ibid.*

Considerando a gama de problemas insolúveis, adotados pela perspectiva de Gustavo Badaró, alberga-se a posição adotada por Geraldo Prado e Carlos Edinger, ao reconhecer a ilicitude dos elementos de provas quando ocorrida a cisão da cadeia de custódia, ressaltando as provas cuja produção não ocorreu de resultado direto dos elementos de provas cuja custódia ocorreu quebra da sua higidez. Posição que também encontra amparo na doutrina produzida após a inserção do tema no Código de Processo Penal defendida por Aury Lopez Jr⁸³ .:

questão final é: qual a consequência da quebra da cadeia de custódia (*break on the chain of custody*)? Sem dúvida deve ser a proibição de valoração probatória com a consequente exclusão física dela e de toda a derivada. É a “*pena de inutilizzabilità*” consagrada pelo direito italiano. Mas é importante que não se confunda a “teoria das nulidades” com a “teoria da prova ilícita”, ainda que ambas se situem no campo da ilicitude processual, guardam identidades genéticas distintas. É por isso que não se aplicam às provas ilícitas as teorias da preclusão ou do prejuízo. Esse é um diferencial crucial, não raras vezes esquecido.

No entanto, a posição diversa no sentido que o tema deve ser tratado no bojo do quadro geral de nulidades já ganhou adesão de diversos doutrinadores em esfera nacional, como Renato Brasileiro de Lima⁸⁴ e Eugênio Pacelli⁸⁵.

Os embates doutrinários acima expostos, por si, são representativos da amplitude da temática que reverbera uma gama relevante de perspectivas: seja pela definição conceitual, seja pela relevância ao Processo Penal, ou seja, pelas suas consequências processuais advindas da sua ocorrência.

Nesse contexto, a própria comunidade acadêmica, a respeito dos elogios da inserção do tema cadeia de custódia da prova no “*Pacote Anticrime*”, apontou falhas da omissão legislativa sobre as consequências jurídicas oriundas da ocorrência da sua cisão.

a principal consequência dessa omissão, certamente, implicará o acirramento do debate doutrinário acima exposto, influenciando o objeto que será tratado no capítulo subsequente, cujo teor mergulhará na compreensão do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

⁸³ LOPEZ Jr., Aury. **Direito processual penal** – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 506

⁸⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivum, 2020, p. 722/723

⁸⁵ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal** – 24. Ed. – São Paulo: Atlas, 2020, p. 1.349

Em continuidade, superada a exposição sobre as divergências doutrinárias relativas às consequências jurídicas decorrentes da quebra da Cadeia de Custódia das Provas, realiza-se uma abordagem da função institucional do Superior Tribunal de Justiça enquanto corte de precedentes à luz da fixação realizada no bojo do Novo Código de Processo Civil de 2015, representando uma nova perspectiva ao sistema processual e compreendendo o fruto da atividade judicial como uma das fontes do direito.

1.4. O sistema de precedentes na conjuntura do Novo Código de Processo Civil de 2015 e a posição do Superior Tribunal de Justiça como corte de precedentes

O Código de Processo Civil de 2015 é um Código Novo. Em relação à obviedade da assertiva, seu conteúdo revela que a Lei 13.105/15 não imprimiu uma mera reforma ou alteração circunstancial ao Código de Processo Civil de 1973 — Código Buzaid —, mas representou uma adesão a um novo sistema processual concebido como sistema de precedentes judiciais, consubstanciando em um dos pilares na dogmática do Novo Código de Processo Civil e imprimindo uma significativa transformação ao exercício da jurisdição.

Apesar da novidade legislativa representada pelos artigos 926 e 927 do Novo Código de Processo Civil de 2015, a utilização dos precedentes como fonte do Direito na prática judicante não é recente: na verdade, a legislação processual impôs o respeito à uniformidade e coerência de decisões do tribunal, apoiada na adesão oficial ao sistema de precedentes, almejando a previsibilidade e segurança das decisões judiciais, como defende Marinoni⁸⁶:

Acontece que, apesar da aproximação dos papéis dos magistrados de ambos os sistemas, apenas o *common law* devota respeito aos precedentes — o que se afigura altamente nocivo ao sistema de distribuição de justiça, à afirmação do Poder e à estabilidade do direito no Brasil.

A ausência de respeito aos precedentes está fundada na falsa suposição de que a lei seria suficiente para garantir segurança jurídica. A tradição do civil law afirmou a tese de que a segurança jurídica apenas seria viável se a lei fosse estritamente aplicada. A segurança seria garantida mediante a certeza advinda da subordinação do juiz à lei. Porém, é curioso perceber que a certeza jurídica adquiriu feições antagônicas no civil law e no common law, já

⁸⁶MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. — São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 08.

que no último fundamentou o *stare decisis*, enquanto no *civil law* foi utilizada para negar a importância dos tribunais e das suas decisões.

A observação posta por Luiz Guilherme Marinoni aglutina a ocorrência de fenômenos recorrentes: em diversas decisões judiciais no país, existem soluções de caráter antagônicas a casos juridicamente idênticos e semelhantes. Essas ocorrências, por sua vez, promovem uma cisão na segurança jurídica e na previsibilidade das decisões judiciais, abrindo margem para a presença da arbitrariedade escancaradamente revestida pela retórica do *livre convencimento motivado*. E, nessa perspectiva, o autor⁸⁷ defende que o ordenamento jurídico não pode abdicar do sistema de precedentes obrigatórios sob pena de prejudicar o esforço a uma postura contributiva ao desenvolvimento do Direito.

Decorrente desse contexto, o Novo Código de Processo Civil de 2015 representou uma adesão do ordenamento jurídico processual à sistemática dos precedentes. Essa adesão promoveu uma ampliação substancial na competência jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça, pois, além das funções judicantes definidas na Constituição Federal, o STJ passou a atuar como relevante corte de precedentes em matéria infraconstitucional: considerando que o STJ é o último grau de jurisdição em matéria infraconstitucional. Nesse contexto, Marinoni⁸⁸ discute a relevância social e institucional da adoção do sistema de precedentes ao ordenamento jurídico:

ao final, busca-se demonstrar a fundamentalidade dos precedentes para a unidade e o desenvolvimento do direito, a clareza e a generalidade, a promoção da igualdade, o fortalecimento institucional, a limitação do poder do Estado, a previsibilidade, a racionalidade econômica, o respeito ao direito e o incremento da responsabilidade pessoal.

Ainda Marinoni sustenta que a eticização dos precedentes também ocasiona uma preservação de valores indisponíveis do Estado de Direito, determinando condutas individuais e institucionais, sedimentadas pela responsabilidade social.

A princípio, o Superior Tribunal de Justiça possui o dever constitucional de promover e definir o sentido da lei federal e assegurar a sua uniformidade. A nitidez da sua atividade jurisdicional possui respaldo no art. 105, inciso III da Constituição

⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes**. 4. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2019, p. 10

⁸⁸ *Ibid.*, p. 13.

Federal. Consoante a literalidade do referido dispositivo constitucional, o Recurso Especial é cabível quando tribunais de segundo grau, em causa decididas em única ou última instância, promovem 3 (três) situações jurídicas: a) violação de lei federal ou negativa de vigência; b) julgamento de validade de ato de governo local, contestando lei federal; c) dissídio jurisprudencial e tribunais locais ou entre tribunal local e o Superior Tribunal de Justiça⁸⁹.

As competências jurisdicionais mencionadas referem-se a Recurso Especial, mas não são restritas, somente, a essa modalidade recursal, sendo possível a sua atuação jurisdicional por meio de outros meios, como o próprio *Habeas Corpus* e o Recurso Ordinário Constitucional. Essa ressalva tem caráter essencial, considerando que a análise dos acórdãos do terceiro capítulo ocorrerá em diversas modalidades de apreciação.

O Novo Código de Processo Civil de 2015 (aliado ao contexto exposto e delineado ao STJ pela Constituição Federal de 1988) representou uma adesão do sistema jurídico nacional ao que se convencionou reputar de sistema de precedentes, consubstanciado nos artigos 926 ao 928 do diploma referido⁹⁰: o novel diploma processual vestiu-se de uma nova estrutura legal, concebido como sistema de precedentes judiciais obrigatórios.

Antes de adentrar ao cerne da questão sobre o conceito de precedentes judiciais obrigatórios, é necessário realizar uma distinção com o objetivo de evitar qualquer tipo de confusão conceitual. A concepção do sistema de precedentes obrigatórios assemelha-se, em alto grau, à ideia de jurisprudência, de Súmula e Súmula Vinculante. No entanto, algumas distinções são necessárias.

Entende-se por jurisprudência um conjunto de decisões de uma corte sobre um tema específico, fruto de uma sucessão de julgamentos que consolidam o entendimento sobre determinada matéria apreciada, repetidas vezes, por um tribunal; falar de jurisprudência não significa remeter a uma decisão, mas a um entendimento

⁸⁹ DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal – 13.ed. reform. – Salvador: Ed: JusPodivm, 2016, p. 216.

⁹⁰DIDIER, Fredie. **Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais**: Uniformidade, Estabilidade, Integridade e Coerência da Jurisprudência In Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro n.º 64, abr./jun. 2017. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1255811/Fredie_Didier_Jr.pdf. Acesso em: 01 abr. 2021.

sobre uma matéria que se originou de um conjunto de decisões em determinado transcurso temporal.

A concepção de Súmula se consubstancia na ideia sobre o posicionamento consolidado e reiterado do tribunal, com uma sucessão de requisitos regimentais para a sua existência, como a aprovação de 2/3 de colegiado de tribunal superior.

No entanto, a existência de precedentes obrigatórios apresenta uma distinção mais cirúrgica e precisa. Nos casos acima indicados, conforme defende Gustavo Henrique Schneider Nunes⁹¹:

os precedentes judiciais não podem ser confundidos com súmulas ou com jurisprudência. [...]

Jurisprudência corresponde a um conjunto de decisões proferidas pelos juízes tribunais num determinado sentido, acarretando eficácia apenas persuasiva na apreciação de casos semelhantes.

Já o precedente encontra-se situado no âmbito de uma decisão judicial que possua como característica essencial a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados, magistrados e advogados. Não é de toda decisão judicial que se extrai um precedente, embora todo precedente seja extraído de uma decisão judicial, desde que marcada pela característica apresentada. 67 Uma decisão judicial somente terá força suficiente para tornar-se um precedente "se em aplicação analógica futura se verificar que seus fundamentos determinantes se aplicam ao caso futuro devido às suas identidades jurídicas e fáticas"

Vê-se, assim, que o caso pendente de julgamento é que tem potencial de criar ou não o precedente e não o inverso.

Por encontrar-se situado em uma determinada decisão judicial específica, o precedente nasce como a regra destinada a solucionar um caso concreto, que, apenas posteriormente, poderá ou não tornar-se a regra de uma série de casos análogos.

A passagem de um precedente a outro envolve a construção de analogias entre as circunstâncias fáticas relevantes para o juízo de semelhança entre o caso concreto e o precedente paradigmático, sob a justificação de um princípio jurídico. Para tanto, a análise do relatório do precedente é de fundamental importância para demonstrar a identidade fática entre os casos. Portanto, é da essência do precedente que a norma geral construída pelo órgão jurisdicional, a partir de um caso concreto, sirva como diretriz para as demandas semelhantes.

Nesse cenário, a grande relevância do novo papel imprimido ao Superior Tribunal de Justiça, como uma corte de precedentes, é debatida por Marinoni⁹² quando discute *universabilidade* da decisão (característica fundante do sistema de precedentes) como uma garantia de racionalidade do ato jurídico. Desse modo, o

⁹¹ NUNES, Gustavo Henrique Schneider. Precedentes judiciais vinculantes no novo Código de Processo Civil. In: **Revista dos Tribunais**, VOL.970 (AGOSTO 2016) Doutrina Especial: Mês do Advogado 4. Precedentes Judiciais Vinculantes no Novo Código de Processo Civil.

⁹²MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. 4.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 101.

autor⁹³ defende o descabimento quando há a interpretação de um mesmo texto legal, dele extraindo a norma jurídica “X” e a norma jurídica “Y”, sem que circunstâncias fáticas relevantes possam justificá-las como racionais.

Nesse viés, sustenta, de forma categórica, que a existência de decisões desiguais para casos substancialmente iguais representa uma violação à igualdade, à previsibilidade e à coerência da ordem jurídica.

Efetivamente, Marinoni defende que uma decisão universalizável pavimenta e proporciona a aceitabilidade das razões de justificação de uma decisão judicial atuando de uma dupla perspectiva: a primeira, com o seu caráter justificador, e a segunda, com o dever de exercer controle do contexto decisório, alçado como caminho tomado pelo precedente. Em síntese, a dupla faceta reside na necessidade de impor um caráter de justificação argumentativa e o outro, destinado ao controle e inserção da racionalidade das decisões judiciais.

O teórico⁹⁴ reflete sobre a ausência de tratamento judicial a casos iguais ou similares. Revela o arbítrio no contexto decisório, ponderando que a universalidade é um fator que milita e atua em benefício da racionalidade e da correção de uma decisão judicial.

A conclusão alçada por Marinoni revela a grandeza que a temática do sistema de precedentes trouxe no Novo Código de Processo Civil de 2015. Essa adoção irradia a todos os campos do direito, sendo inconcebível imaginar que o processo penal é marginalizado de suas consequências em um contexto de busca incessante pela racionalidade e coerência das decisões judiciais.

Desse modo, todas as justificativas acima, por si, já seriam suficientes. No entanto, ganham maior reforço quando Marinoni⁹⁵ leciona sobre a autoridade dos precedentes, ao defender que a sua obrigatoriedade não representa um cerceamento de liberdade na interpretação e argumentação dos juízes. Em realidade, a sua autoridade não advém da mera hierarquia de jurisdição, mas assevera que os critérios de racionalização judicial outorgam aos precedentes autoridade e força obrigatória, afirmando a autoridade dos precedentes judiciais como medida adotada para afastar a arbitrariedade e o decisionismo, conferindo unidade, coerência e racionalidade à

⁹³ *Ibid.*, p. 101.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 102/103.

⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. 4.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 145.

decisão judicial, bem como um critério fundamental ao desenvolvimento de uma ordem jurídica hígida e coesa, discutindo essas características.

Além disso, o sistema de precedentes oportuniza o desenvolvimento do direito de um modo bastante positivo e sofisticado. Não há qualquer relação de paralelismo entre definir o sentido do direito e obstaculizar o seu desenvolvimento; ao contrário, o poder de atribuir sentido ao direito traz em si o dever de desenvolvê-lo. O precedente não é sinal de engessamento do direito, mas de estabilidade.⁹⁶

Superado o debate acerca da necessidade de imprimir autoridade aos precedentes judiciais, avançar-se-á à exposição da função institucional do STJ.

O Superior Tribunal de Justiça é o protagonista, da ordem processual, na definição e fixação de precedentes em matéria infraconstitucional em decorrência da sua função insculpida na Constituição Federal; nas palavras de Marinoni⁹⁷, a Corte atua como vértice na criação e elaboração dos precedentes em matéria infraconstitucional, considerando que não há nenhuma outra corte que possua a atribuição constitucional de definir o sentido da lei federal, como fora exposto no início do presente subcapítulo.

Nesse contexto, segundo o autor⁹⁸, a autoridade do precedente decorre da função constitucional do Superior Tribunal de Justiça. A constituição Federal lhe atribui a função de imprimir sentido à lei federal com a finalidade de observância pelos tribunais locais e pelos juízes de primeiro grau, sendo inconcebível decisões que violam precedentes fixados pelo STJ, sob pena de notória usurpação de competência da Corte Federal.

Evidencia-se a importância que a adesão ao sistema de precedentes obrigatórios representou para o ordenamento jurídico, a ampliação do espectro de atuação do Superior Tribunal de Justiça em uma conjugação da sua competência constitucional consolidada anteriormente (definida na Constituição de 1988). Qual a relevância dessa circunstância específica para o espectro da abordagem e recorte de estudo da presente pesquisa? Por qual razão deve-se trazer à tona o tema do sistema de precedentes no Novo Código de Processo Civil de 2015?

⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes**. 4. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2019, p. 101.

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. 4.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 149.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 150-151.

Essencialmente, a adesão da sistemática dos precedentes irradia sobre todos os campos do direito: o Direito Processual Penal não escapa dessa relevante e salutar influência, considerando a ausência de regramento específico sobre o tema possibilitando a sua inserção em matéria criminal, pela dicção expressa do art. 3º⁹⁹ do Código de Processo Penal, a exemplo do que ocorreu no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 119.520/SP¹⁰⁰.

Posto isso é essencial identificar o cerne do contexto decisório no julgamento do paradigmático *Habeas Corpus* n.º 160.662/RJ (que representou um efetivo enfrentamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o objeto central deste trabalho); posteriormente, analisar como o julgamento supracitado *Habeas Corpus* influenciou na apreciação de outros casos similares, com a abordagem idêntica, com o intuito de identificar como ocorreu o manejo do *Habeas Corpus* n.º 160.662/RJ em relação à construção argumentativa de casos similares levados à apreciação da Corte sobre a temática.

Nesse sentido, será avaliado se o acórdão do *Habeas Corpus* n.º 160.662/RJ tornou-se um precedente seguido no próprio Superior Tribunal de Justiça por duas necessidades: a relevância do tema para o processo penal, conforme exposto no limiar, o presente capítulo e a posição do Superior Tribunal de Justiça que, além das suas funções jurisdicionais, previstas na Constituição Federal, têm a missão de constituir precedentes a serem seguidos e observados por Tribunais de Justiça e por Tribunais Regionais Federais e pela própria Corte Superior por razões expostas e debatidas por Marinoni:

no Brasil, parcela significativa dos juízes de primeiro grau de jurisdição e dos Tribunais de Justiça e Regionais Federais não respeitam os precedentes do STJ. Na verdade, esses juízes e tribunais sequer argumentam para deixar de aplicar uma decisão da Suprema Corte. O próprio STJ tem entendimentos diferentes a respeito de casos iguais. Isso ocorre não só quando a Turma diverge de outra. Uma mesma turma, não raras vezes, não mantém estável determinada decisão. Isso ocorre porque o STJ ainda funciona como uma Corte de correção das decisões dos tribunais ordinários. Ainda não possui o semblante de uma Corte de precedentes, que define a interpretação ou

⁹⁹ BRASIL – CPP - Art. 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.

¹⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **Habeas Corpus nº 119.520/SP**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?dpCTPACdocID260670>. Acesso em: 18 abr. 2021.

norma que deve reguçar casos futuros, inclusive aqueles que chegarem em suas mãos.¹⁰¹

Desse modo, avançar-se-á para a abordagem e análise de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça que enfrentaram o tema no terceiro capítulo, objeto deste estudo, realizados por diversos instrumentos processuais, seja em sede de *Habeas Corpus* ou pela via do Recurso Especial, com o intento de verificar a compreensão do STJ sobre a temática, considerando-se como ponto de partida, o julgamento do *Habeas Corpus* 160.662/RJ, e verificando o fluxo argumentativo desempenhado nos acórdãos, aliado à construção de uniformidade conceitual sobre a matéria e questões correlatas, como as consequências jurídicas e processuais aplicadas a cada caso.

¹⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes**. 4. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2019, p. 67.

2. A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E O PENSAMENTO DE MANUEL ATIENZA

Superado o debate relativo ao capítulo inicial nesta pesquisa onde se discutiu os pontos de maior relevância e controvérsia que permeiam o tema Cadeia de Custódia da Prova no Processo Penal, adentrar-se-á no debate dos aspectos pontuais da Teoria da Argumentação Jurídica, expondo-se, preliminarmente, a relevância da matéria para a inserção do caráter racional ao desenvolvimento do Direito (especificamente ao ato de decidir), como demanda decorrente da compreensão do Direito, surgida no período pós-guerra, na segunda metade do Século XX, concebida como Neoconstitucionalismo, que passou a exigir, a todo momento, de diversos operadores do Direito, elevado rigor quando se propõem a construir a justificação da sua atuação¹⁰².

Posteriormente, será realizada uma abordagem sobre os pontos de interesse da pesquisa inseridos na Teoria da Argumentação Jurídica desenvolvida por Manuel Atienza, com enfoque na sua proposta de representação do fluxo argumentativo por meio de setas e diagrama, e discutindo os critérios adotados para promover a análise e a avaliação de argumentos jurídicos.

De antemão, a justificativa pela adoção do pensamento de Manuel Atienza sobre Argumentação Jurídica decorre da propositura do seu pensamento, ao construir um método de análise de argumentação voltado para o contexto da decisão judicial¹⁰³, coadunando-se com os objetivos desta dissertação, pois o capítulo subsequente recairá sobre a análise argumentativa de decisões judiciais e utilizará os instrumentos de representação e análise argumentativa, desenvolvidos e propostos por Atienza, reforçado pela interpretação adotada por Cláudia Roesler¹⁰⁴, em comparação à

¹⁰² BRAATZ, Tatiani Heckert. **É Preciso Argumentar? Reflexões Sobre a Argumentação Jurídica e a Teoria De Manuel Atienza**. In: Revista Jurídica - CCJ/FURB ISSN 1982 -4858 v. 11, n.º 21, p. 133 - 147, jan./jun. 2007.

¹⁰³ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica; tradução de Claudia Roesler** – 1.ed. - Curitiba: Alteridade, 2017, p. 104.

¹⁰⁴ ROESLER, Claudia. **A análise da argumentação judicial em perspectiva crítica: o que fazemos quando analisamos decisões judiciais?** In: ROESLER. Claudia; HARTMANN, Fabiano e REIS,

Argumentação Jurídica a um complexo jogo de luz e sombra, ressaltando o protagonismo do juiz do seguinte modo:

se estreitarmos o foco e pensarmos na argumentação especificamente judicial, veremos que o juiz é um dos sujeitos que mais precisa estar atento ao complexo jogo de luz e sombra.

Ademais, Atienza¹⁰⁵ desenvolve um método de representação e análise argumentativa que não se limita, somente, a controvérsias *normativas*, mas também junte controvérsias sobre o *fato* subjacente ao contexto de construção do fluxo argumentativo que compõe a decisão judicial. Atienza contrapõe-se, diretamente, desse modo, à insuficiência da Teoria *Standart* da Argumentação Jurídica, trazendo a lume a construção teórica da argumentação jurídica em matéria de fato. A justificativa albergada pelo autor reside, essencialmente, na necessidade de se construir, de maneira válida e legítima, a motivação em matéria de fato, considerando que esse vetor decisório integra o maior contingente de decisões judiciais no ordenamento jurídico.

Com efeito, a abordagem acerca do seu esquema de representação de Argumentos Jurídicos e dos critérios de avaliação e relevância serão indispensáveis ao capítulo subsequente, pois fornecerão os instrumentos conceituais que serão abordados na análise do fluxo argumentativo de decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema Cadeia de Custódia da Prova no Processo Penal.

2.1. Relações entre a Argumentação Jurídica e o Direito

A argumentação é um elemento presente no Direito. Evidentemente, sua dimensão plural do Direito não permite reduzir a sua concepção ao mero exercício argumentativo. No entanto, é perceptível que esse componente integra o desenvolvimento do Direito, seja pela perspectiva da produção legislativa, ou pela provocação judicial, seja pela construção doutrinária e científica ou por meio de atos de poder decorrente da Administração.

Isaac. (Orgs.). Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 21-44 (Capítulo I).

¹⁰⁵ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica; tradução de Claudia Roesler** – 1.ed. - Curitiba: Alteridade, 2017, p. 163.

Primariamente, o relevante papel que a Argumentação Jurídica desempenha ao desenvolvimento do Direito (especificamente no âmbito das decisões judiciais) reside no esforço de rechaçar a irracionalidade na estruturação da decisão e no resultado decisório, imprimindo um cenário de possibilidades para a construção racional e justificada da atividade judicante. Nessa perspectiva, Manuel Atienza ressalta¹⁰⁶ conotações que atestam a importância da Argumentação Jurídica ao desenvolvimento do Direito, exemplificando-as do seguinte modo:

1) as teorias de Direito mais marcantes do século XX deixaram, por razões diversas, de cuidar dessa dimensão do Direito; 2) a prática do Direito parece consistir de modo relevante na argumentação (Atienza aponta para as imagens mais populares da prática jurídica, como o desenvolvimento dos julgamentos, nos quais é cada vez mais relevante a dimensão argumentativa); 3) a constitucionalização do Direito e outras mudanças nos sistemas jurídicos contemporâneos, que parecem levar a crescimento qualitativo e quantitativo em termos de exigência de fundamentação e argumentação das decisões dos órgãos públicos; 4) um ensino do Direito mais prático teria que estar voltado ao manejo essencialmente argumentativo do material jurídico e 5) na sociedade contemporânea, percebe-se uma perda da importância da autoridade e da tradição como fontes de legitimidade do poder e, em seu lugar, impondo-se a aceitação e consentimento dos afetados; a democracia sobretudo a democracia deliberativa, exige cidadãos capazes de argumentar racionalmente e competentemente em relação a ações e decisões.

Com efeito, Atienza não foi o único teórico a abordar a construção dialética entre a Argumentação Jurídica e o Direito, a exemplo de Neil MacCormick¹⁰⁷ que discute, em seus estudos, a sua preocupação entre a descrição e explicação de argumentos jurídicos, promovendo uma comunicação direta com a Teoria Geral do Direito, inserindo-o na da Teoria Geral da Razão Instrumental que será utilizada como argumentação prática, traduzido na utilização da razão pelos seres humanos com a finalidade de decidir a ação comportamental em determinados contextos onde permitam escolhas.

Ainda assim, MacCormick, ao modo como definiu Robert Alexy no desenvolvimento da sua Teoria da Argumentação, reconhece a relevância do discurso racional como alicerce ao contexto de justificação na argumentação jurídica, propondo a sua submissão a princípios gerais de racionalidade pragmática.

¹⁰⁶ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica; tradução de Claudia Roesler** 1.ed. Curitiba: Alteridade, 2017, p. 12.

¹⁰⁷ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito. Tradução Waldéa Barcellos.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

A importância que a Argumentação Jurídica concede ao desenvolvimento do Direito também foi objeto de estudo por Robert Alexy. Nesse sentido, o teórico defende a inserção da Argumentação Jurídica no Direito em função de 3 (três) pontos fundamentais¹⁰⁸:

tem-se evidenciado numerosas vezes que de maneira nenhuma [as normas jurídicas surgidas do processo da legislação] determinam de forma completa a decisão jurídica. Enunciam-se quatro razões para isto: (1) a vagueza da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflitos normativos, (3) a possibilidade de casos que exigem uma regulação jurídica, inexistente nas normas vigentes e (4) a possibilidade de decidir em casos especiais contra a literalidade da norma.

Nesse ponto, Robert Alexy propõe, como centro da discussão, a imprescindibilidade de definição de uma teoria do procedimento lastreada em métodos de controle externo que possibilitem a percepção e a avaliação da racionalidade contida no conteúdo decisório. Em síntese: o exercício da jurisdição deve atuar coligido a uma argumentação racional que, por sua vez, deve se submeter a critérios de avaliação como medida de mensuração.

Com efeito, a proposta de Robert Alexy não se destina a imprimir uma concepção absolutamente racional e pura ao conteúdo dos atos decisórios, mas reverbera a necessidade de exclusão de argumentos irracionais do discurso, ameahando parâmetros na discussão com a finalidade de alcançar a conotação racional, independentemente do conteúdo de suas premissas.

Desse modo, Robert Alexy estabelece uma sucessão de regras que atuam no desenvolvimento do discurso jurídico destinado à obtenção de uma resposta racional na atuação jurídica, considerando que a racionalidade posta no discurso se apresenta como a condição de legitimidade da sua existência e afeta, diretamente, o controle das decisões judiciais, destinadas ao propósito da consolidação do Estado de Direito.

Robert Alexy ressalta, ainda, o alcance da racionalidade do discurso judicial, debatendo a imprescindibilidade da observância a critérios que denomina como procedimentos de justificação interna e justificação externa¹⁰⁹ do discurso.

¹⁰⁸ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001, p.17.

¹⁰⁹ Em síntese, as regras de justificação interna do discurso estão atreladas à lógica do discurso: essas premissas decorrem da constatação entre o nexos entre a conclusão e as premissas que subsidiaram o trilhar da conclusão na decisão judicial, em que o cumprimento de cada etapa imprime maior grau de racionalidade na justificação interna. Em sequência, as regras de justificação externa se traduzem na verificação de diversas premissas discursivas com a argumentação prática racional e a observância ao

Cláudia Roesler¹¹⁰, também, se propõe a discutir uma concepção de Argumentação Jurídica, definindo-a como um complexo jogo de luz e sombra em que a evolução do Direito é diretamente atrelada à capacidade de inovação interpretativa dos seus operadores. A autora debate sobre o contexto de justificação interna da decisão judicial e utiliza de instrumentos da razão e da persuasão para legitimar-se pelo convencimento dos interlocutores. Há uma atração no estudo da Argumentação Jurídica, reforçado pela sua concepção na qual a atividade de evolução do Direito afasta-se da premissa concebida pelo legislador e aproxima-se da *práxis* decorrente da interação entre legislador, juiz e doutrina: *práxis* que existe enquanto argumentação.

Em conclusão, a intensa discussão promovida por Atienza, Neil MacCormick, Robert Alexy e Cláudia Roesler atestam a relevância da discussão contemporânea sobre a necessidade de inserção da racionalidade na decisão judicial: nesse aspecto, a Argumentação Jurídica desempenha um papel fundamental, pois os seus instrumentos que a integram (seja pelo modelo de representação de argumentos, seja pela criação ou implemento de critérios de avaliação) serão manejados com essa finalidade.

2.2. Introdução ao pensamento de Manuel Atienza

Manuel Atienza discute¹¹¹, nos capítulos introdutórios do seu trabalho, a dimensão complexa do fenômeno do Direito, delineando diferentes enfoques na sua atividade, dentre os quais se revezam três dimensões: i) estrutural; ii) funcional; iii) acepção ideal do Direito, sendo a primeira concebida por meio de uma ideia primordial a qual aponta o Direito como uma composição essencial de normas; já o enfoque estrutural, é definido como uma atividade em si, na qual diversos agentes que promovem a sua atividade devem ter o seu papel identificado para que a conjuntura

uso das formas especiais dos argumentos jurídicos. In: ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 219 a 235.

¹¹⁰ ROESLER, Claudia. **A análise da argumentação judicial em perspectiva crítica: o que fazemos quando analisamos decisões judiciais?** In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano e REIS, Isaac. (Orgs.). *Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise*. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 21-44 (Capítulo I).

¹¹¹ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica; tradução de Claudia Roesler**. 1.ed. Curitiba: Alteridade, 2017, p. 12.

da atividade de cada um seja avaliada de forma individualizada. Em seguida, na acepção ideal, o Direito é concebido como um modelo e uma proposta a ser seguida como atuação racional.

Isto posto, Manuel Atienza¹¹² debate a propositura da sua concepção teórica sobre o Direito diferenciada das concepções tradicionalista, mas unificando-as em cada ponto de compreensão, expondo do seguinte modo:

o Direito não é, evidentemente, unicamente argumentação. Todavia destacar esse aspecto tem particular importância para dar conta dos fenômenos jurídicos nas sociedades democráticas e para fornecer aos que operam dentro do Direito, aos juristas práticos, instrumentos que permitam guiar e dar sentido a sua atividade. Por isso, o Direito, em todas as suas instâncias legislativa, jurisdicional, doutrinária, etc., pode ser visto como um emaranhado muito complexo de decisões — vinculado com a resolução de certos problemas práticos — e de argumentos, isto é, de razões a favor ou contra essas (ou outras) decisões.

A partir dessa concepção do Direito, se desenvolve a Teoria da Argumentação Jurídica de Manuel Atienza em que, em sua origem, reconhece a importância dos predicados de cada compreensão do Direito, desenvolvida pelas escolas anteriores, e parte dessa compreensão para desenvolver um modelo de representação argumentativa, utilizando-o como alicerce de análise, avaliação e construção de argumentos jurídicos com a finalidade de ampliar o desenvolvimento do Direito. Nesse ponto, compreende-se o pensamento de Atienza como uma defesa da indissociabilidade entre o resultado decisório e construção argumentativa que promoveu o seu surgimento.

Manuel Atienza discute a imprescindibilidade da Argumentação Jurídica quando, na sociedade contemporânea e especificamente na democracia, com a percepção na qual legitimação do poder se ampara no consentimento dos cidadãos em detrimento das antigas fontes de legitimação do poder, como a autoridade e a tradição: pavimentando a argúcia na capacidade argumentativa do exercício de poder¹¹³.

¹¹² ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica; tradução de Claudia Roesler**. 1.ed. Curitiba: Alteridade, 2017, p. 25.

¹¹³ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica; tradução de Claudia Roesler**. 1.ed. Curitiba: Alteridade, 2017, p. 30.

Com efeito, Atienza¹¹⁴ discute o surgimento do Neoconstitucionalismo e do Pós-positivismo como uma ação reativa às antigas escolas do direito, expondo que as concepções superadas são inaptas para realização de um desenvolvimento argumentativo do Direito. Diante desse quadro, considerando que a nova concepção jurídica, engendrada na metade no século passado demanda maior grau de justificação, exigiu-se o desenvolvimento de recentes teorias da Argumentação Jurídica, sendo ela a teoria dos precursores e a Teoria da Argumentação *standart*. Subsequentemente, defende Manuel Atienza¹¹⁵ uma posição decisiva ao impulsionamento da sua obra:

ainda que o Direito não possa ser reduzido a argumentação, o enfoque argumentativo do Direito pode contribuir para uma melhor melhoria e uma melhor prática jurídica.

Ao sustentar essa premissa do seu pensamento teórico, Atienza defende a imprescindibilidade do alicerce conceitual herdado de concepções jurídicas desenvolvidas nos séculos anteriores e, concomitantemente, denuncia a insuficiência dessas concepções ante ao enfrentamento de questões contemporâneas decisivas: nessa compreensão colige a necessidade de apoio nas escolas que o precederam sem deixar de reconhecer a sua insuficiência, expondo, desse modo, o questionamento vital que representa o fio condutor do seu pensamento¹¹⁶:

pois bem, o Direito pode ser visto (ainda que não seja a única abordagem possível) como uma técnica, um instrumento para o tratamento de certos tipos de problemas, de conflitos sociais. Em cada uma das instâncias jurídicas (legislativa, judicial, etc.) são produzidas decisões que, nos Direitos contemporâneos, têm que estar sustentada em razões, tem que ser argumentadas. Mas o que significa argumentar? E que relação há entre argumentar e decidir?

Logo em sequência, Manuel Atienza desenvolve uma digressão sobre concepção absolutas da Argumentação Jurídica expondo, a rigor, a inutilidade de uma pretensão acabada e perfeitas, defendendo, em seguida, a adoção de uma teoria que

¹¹⁴ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica; tradução de Claudia Roesler**. 1.ed. Curitiba: Alteridade, 2017, p. 35.

¹¹⁵ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica; tradução de Claudia Roesler**. 1.ed. Curitiba: Alteridade, 2017, p. 32.

¹¹⁶ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica; tradução de Claudia Roesler**. 1.ed. Curitiba: Alteridade, 2017, p. 34.

possui maior ou menor peso de acordo com o contexto que erige seu fundamento, e tomando como exemplo o maior grau de utilidade que a concepção material é instrumentalizada ao conteúdo das decisões judiciais, decorrente da exigência que a sua natureza imprime: a necessidade de construir boas razões adequadas a critérios de racionalidade oriundo da teoria das fontes, atreladas a critérios de validade e de interpretação.

Com efeito, Atienza reforça a importância da concepção material da argumentação quando o seu alcance extrapola a concepção formal da construção do argumento, sustentando que o ato de argumentar se constitui na propositura de boas razões e a sua análise deve permitir uma avaliação boa ou ruim, válida ou inválida, verdadeira ou falsa, exigindo um juízo acerca do seu conteúdo. Ou seja, a concepção material da argumentação demanda uma correspondência com o mundo exterior, oriunda da premissa até a sua conclusão, seja pela dimensão fática ou normativa.

Considera-se, nesse sentido, que a concepção material da argumentação exposta por Atienza é mais adequada ao Direito. Esse ponto cria uma vinculação umbilical com o foco da pesquisa, pois ao se defender, anteriormente, a Cadeia de Custódia das Provas como dispositivo necessário e antecedente para a correta verificação do conteúdo da imputação, e somente a partir da sua higidez se realizar a valoração da prova, nada mais coerente que adotar uma concepção argumentativa que esteja preocupada com a dimensão exterior da construção do fluxo argumentativo e o fornecimento de elementos que permitam a verificação da sua veracidade com o mundo exterior.

Nesse sentido, conclui-se que a concepção de argumentação jurídica, defendida por Atienza, possui o objetivo de criar justificações consistentes, gerando o alicerce (fluxo argumentativo) que pode ser utilizado como parâmetro para mensurar seus graus de validade, por meio de uma propositura teórica (com enfoque na *práxis*), destinada à verificação da racionalidade, da razoabilidade e da coerência; a argumentação jurídica se conecta com a tomada de decisão direcionada à resolução de problemas jurídicos que germinam e impulsionam o ato de decidir.

2.3. O esquema de representação da argumentação jurídica desenvolvido por Manuel Atienza

Superado o debate acerca da relevância que a Argumentação Jurídica tem realizado ao desenvolvimento do Direito contemporâneo, prosseguir-se-à à análise do método de Argumentação Jurídica desenvolvida por Manuel Atienza, introduzindo a sua abordagem da seguinte forma:

o resumo dos capítulos anteriores poderia ser o seguinte: para abarcar adequadamente a dimensão argumentativa do Direito, teríamos de considerar (distinguir, para em seguida integrar uma teoria complexa) os componentes formais, materiais e pragmáticos (dialéticos e retóricos) que existem em toda a argumentação. A partir disso, estaríamos em condições de abordar três questões que tal enfoque do Direito suscita: i) como analisar uma argumentação judicial, ii) como avaliá-la, iii) como argumentar no Direito.¹¹⁷

Ato contínuo, Atienza situa as duas primeiras questões em um contexto posterior e o último em uma situação anterior à decisão judicial. Nesse sentido, o foco da abordagem recairá, somente, sobre duas primeiras questões em decorrência do objetivo da presente pesquisa, realizando, de forma antecedente, uma pertinente ressalva adotada pelo teórico.

Atienza ressalta que o enfoque da primeira questão não insere o interlocutor em mero trabalho descritivo da decisão na qual objetiva analisar argumentativamente, mas possibilita a sua atuação em sentido oposto: o questionamento abre um campo de possibilidades para a tomada de decisões com o claro propósito de promover uma análise argumentativa de decisões judiciais.

Nesse viés, a compreensão acima reforça o pensamento desenvolvido por Cláudia Roesler¹¹⁸ sobre o modelo de análise da avaliação argumentativa, quando defendo que esse modelo possibilita compreender, e, posteriormente, afirmar sobre a racionalidade de uma decisão judicial, possibilitando a sua reconstrução, e, conseqüentemente, abrindo margem para a compreensão do seu contexto de justificação interna e externa.

Nessa perspectiva, Atienza discute que a análise de argumentos jurídicos exige a conjugação de uma sucessão de tarefas para o êxito da sua confecção, as quais se dividem em duas, sendo a primeira a representação dos argumentos e das

¹¹⁷ Atienza, Manuel. **Curso de argumentação jurídica; tradução de Claudia Roesler**. 1.ed. Curitiba: Alteridade, 2017, p. 99.

¹¹⁸ ROESLER, Claudia. **A análise da argumentação judicial em perspectiva crítica: o que fazemos quando analisamos decisões judiciais?** In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano e REIS, Isaac. (Orgs.). *Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise*. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 30 (Capítulo I).

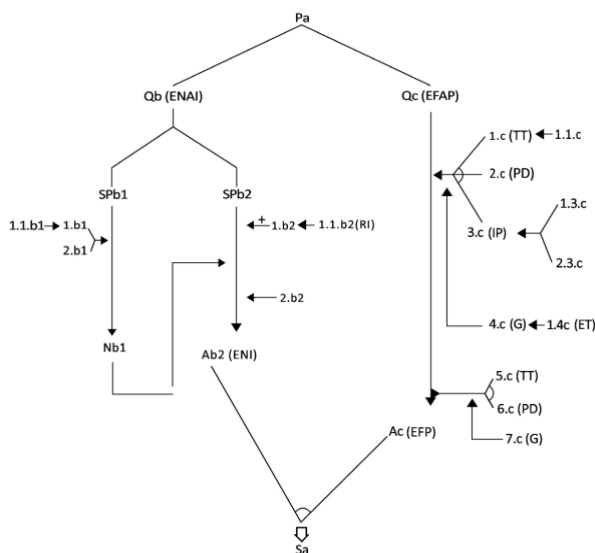
argumentações e a segunda, os elementos que podem ser distinguidos em uma argumentação jurídica. A conjugação dessas etapas não ocorre de modo fortuito ou aleatório, mas destina-se a coligar a forma, a estrutura, as razões e os elementos pragmáticos da argumentação jurídica.

Com efeito, debate Atienza, acerca do ponto que se consubstancia em compreender a argumentação jurídica como um fluxo de informações, cuja origem decorre da identificação do problema à construção do argumento ao caminho de uma solução, materializando-se em um enunciado.

O enunciado constitui a solução do problema enfrentado pela decisão judicial.

Na figura 1, apresenta-se o método desenvolvido por Atienza¹¹⁹.

Figura 1 – representação do Método de análise argumentativa de Atienza



O diagrama elaborado pelo autor representa o seu modelo de representação argumentativa e densifica a sua compreensão sobre Argumentação Jurídica, concebendo-a como um intenso fluxo de atividades decodificadas.

O início, representado pela letra “P”, contém um conteúdo proposicional denominado de “a”. A conjugação “Pa” representa o problema que impulsiona a atividade jurisdicional: constitui-se a razão pela qual surge o ato decisório.

Com base na definição do problema germinal, a análise argumentativa adquire duas ramificações, subdividindo-se entre o “EFAP” e o “ENAI”, sendo o primeiro

¹¹⁹ Atienza, Manuel. **Curso de argumentação jurídica; tradução de Claudia Roesler**. 1.ed. Curitiba: Alteridade, 2017, p. 104.

denominado de Enunciado Fático a Ser Provado e o segundo de Enunciado Normativo a Ser Interpretado. Tem-se, dessa forma, a representação do problema a ser enfrentado, o que exige a solução das duas variáveis em conjunto.

O final, conjugado por duas setas denominadas de “Sa”, é o resultado da operação advinda do Enunciado Normativo Interpretado e o Enunciado Fático provado: esse resultado, por si, não representa a argumentação ou pertencem às linhas argumentativas. Em realidade, o ponto “Sa” representa o enunciado final, fruto do fluxo argumentativo originado do problema “Pa”, ao que Atienza reputou como justificção interna da decisão judicial.

Atienza ressalta¹²⁰ que a propositura do seu modelo representativo de análise argumentativa não possui a pretensão de se tornar imutável, mas, de modo contrário, assevera que a sua proposta pode ser desenvolvida em diversas direções e coligadas com infindáveis modalidades de questões, promovendo a ampliação acerca das formas de agrupamento de argumentos ou até mesmo a remodelação de uma classificação mais precisa dos enunciados.

Evidentemente, mudança e a ampliação do modelo de representação argumentativa surgem de pontos relevantes decorrentes da argumentação jurídica a ser analisada com a finalidade de promover maior grau de precisão para a avaliação argumentativa: a representação da argumentação jurídica não se traduz na sua análise, sendo tão somente um efetivo instrumento para atingir a sua finalidade¹²¹.

2.4. Como avaliar argumentações segundo a proposta da Teoria da Argumentação Jurídica de Manuel Atienza

Finalizada a exposição do modelo de representação dos argumentos jurídicos, prosseguir-se-á à análise dos critérios de avaliação da Argumentação Jurídica proposta por Manuel Atienza introduzindo, de forma antecedente, uma ressalva essencial para a abordagem dos critérios que serão debatidos adiante:

por outro lado, considerando o caráter prático (vinculado à ação) das argumentações jurídicas, é importante especificar que avaliar um argumento

¹²⁰ Atienza, Manuel. **Curso de argumentação jurídica; tradução de Claudia Roesler**. 1.ed. - Curitiba: Alteridade, 2017, p. 106.

¹²¹ Atienza, Manuel. **Curso de argumentação jurídica; tradução de Claudia Roesler**. 1.ed. - Curitiba: Alteridade, 2017, p. 107.

não é exatamente o mesmo que avaliar uma decisão ou uma ação, como tampouco deve-se confundir a avaliação dos argumentos teóricos e a das crenças ou teorias que eles endossam.¹²²

O contraponto adotado por Atienza revela uma conotação essencial da relação entre a decisão judicial e a argumentação jurídica: há decisões que não possuem qualquer espécie de argumentação. No entanto, quando houver disposição para decisão, judicialmente, de forma argumentativa, haverá a possibilidade de ocorrer boas decisões com argumentações ruins e más decisões com argumentações de elevada qualidade. Em contrapartida, o autor asseverou¹²³:

de todo modo, em relação a atividade judicial, o ideal regulativo do Estado de Direito é que as boas decisões sejam precisamente as decisões bem argumentadas. A obrigação de motivar (que vige pelo menos em relação às decisões de alguma importância) pressupõe o cumprimento de critérios formais (autoritativos e procedimentais) e substantivos tendentes a assegurar que as decisões sejam acompanhadas por uma argumentação – motivação – adequada.

O pensamento de Atienza também é compactuado por Cláudia Rosane Roesler¹²⁴, ao expor a indiscutível importância da decisão oriunda do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510 — pelo plenário do Supremo Tribunal Federal —, não se compatibilizou com o tratamento argumentativo realizado em cada voto no acórdão, asseverando que esse cuidado, notadamente, se traduziria em um respeito às ideias do Estado Democrático de Direito, expressando maior adequação ao ideal de coerência normativa. Nesse contexto, a autora¹²⁵ defende que o caminho percorrido (fluxo argumentativo) pela decisão é tão relevante quanto os efeitos jurídicos e sociais desse resultado:

a questão do uso que se faz das palavras não pode ser desconsiderada. Os conceitos são relacionais na medida em que se legitimam em função dos usos e significados que os diferentes partícipes das relações sociais se lhes atribuem e compartilham.

¹²² Atienza, Manuel. **Curso de argumentação jurídica; tradução de Claudia Roesler**. 1.ed. - Curitiba: Alteridade, 2017, p. 121.

¹²³ Atienza, Manuel. **Curso de argumentação jurídica; tradução de Claudia Roesler** 1.ed. Curitiba: Alteridade, 2017, p. 122.

¹²⁴ ROESLER, Cláudia Rosane. **O Julgamento da ADI N.º 3510 Sob a Perspectiva Argumentativa**. IN: Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 19 n. 3 - set-dez 2014, p. 691.

¹²⁵ ROESLER, Cláudia Rosane. **Uma Investigação Sobre Os Sentidos e Usos das Súmulas Dos Tribunais Superiores No Brasil**. IN: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, v. 32.2, jul./dez. 2012, p. 58.

Manuel Atienza define os critérios a serem utilizados para a avaliação da Argumentação Jurídica da seguinte forma: i) a universalidade, ii) a coerência, iii) a adequação das consequências, iv) moral social e justificada.

Sobre o primeiro critério, Atienza define, sumariamente, que este pode ser aplicado aos dois vetores que se originam do Problema a Ser Solucionado (*Pa*): os problemas normativos e os problemas de fato; sendo também aplicável — como critério de avaliação — à análise de justificação interna do fluxo argumentativo.

Em relação ao vetor de ordem normativa, o critério da universalidade é avaliável de acordo com as razões de decidir do ENAI (Enunciado Normativo a Ser Interpretado), de forma alguma por situar-se como uma aplicação desconexa das razões inseridas em casos anteriores¹²⁶:

(..) a *ratio decidendi* não pode ser ad hoc, que se, por exemplo, no caso C a norma N é interpretada no sentido N' é porque essa também foi a interpretação que no passado se fez nos casos análogos a C e, sobretudo, será aquela que, no futuro, continuará sendo feita quando aparecerem novos casos semelhantes a C.

A respeito do critério da coerência, este se define como elemento que se encontra atrelado a uma compatibilidade entre princípios, valores e teoria inseridos no ordenamento jurídico onde o fluxo argumentativo será analisado. Desse modo, Atienza debate que esse critério se revela como um elemento contextual em função das diferenças significativas dos próprios princípios, valores e teoria existentes entre diferentes ramos do Direito, e, seguramente, entre diferentes ordenamentos jurídicos.

Nesse contexto, Manuel Atienza discute uma característica singular ao critério da coerência que possibilita o uso, de forma corriqueira, de argumentar no âmbito jurídico: o uso do raciocínio por analogia, agregando uma nova informação que pode somar-se à norma já posta ou promover uma inovação no seu conteúdo.

Em continuidade, a adequação das consequências é definida, inicialmente, por Manuel Atienza como um critério que concentra seus esforços no futuro em sentido oposto ao critério da coerência, para, logo em seguida, definir:

O critério das consequências significa que, no Direito (na argumentação judicial), as razões finalistas (como subespécies das razões substantivas —

¹²⁶ Atienza, Manuel. **Curso de argumentação jurídica; tradução de Claudia Roesler**. 1.ed. - Curitiba: Alteridade, 2017, p. 131.

a outra subespécie são razões de correção) desempenham um papel que pode ser maior ou menor segundo o sistema jurídico (a tradição jurídica) de que se trate ou a concepção de Direito que a endosse¹²⁷.

Esse critério, diferentemente da universalidade, adquire um peso de avaliação de acordo com o ordenamento jurídico ou ramo do direito em que o fluxo argumentativo analisado está inserido, a exemplo do que Atienza discute sobre as consequências econômicas em uma avaliação argumentativa, em que no Direito Econômico pode adquirir um caráter decisivo, mas, no Direito Processual Penal, poderá ter um peso de menor relevância ou relevância alguma.

Em seguida, Atienza define como últimos critérios de avaliação argumentativa a moral social. Ao desenvolver a concepção acerca do critério da moral social como elemento de avaliação argumentativa, Atienza defende que determinadas normas jurídicas se encontram incorporadas de modo explícito a esse critério, não restando dúvidas quanto à necessidade de uso desse fator como instrumento de avaliação argumentativa.

No entanto, segundo Atienza¹²⁸, o manejo desse critério é incabível quando não há espaço a esse tipo de abordagem em determinadas normas positivadas. Outrossim, Atienza considera, a respeito de questões inescapáveis desse critério de avaliação argumentativa, que há discrepâncias entre determinadas posições adotadas pela moral social e os limites de adesão que o juiz, enquanto representante institucional, pode, legitimamente, realizar..

Por fim, Manuel Atienza concluiu a análise dos critérios de avaliação argumentativa, debatendo a razoabilidade¹²⁹, ressaltando que os critérios de avaliação escolhidos e discutidos no início, seguramente, não se constituem um conjunto encerrado apto a solucionar os problemas de avaliação da argumentação judicial. Em certa medida, Atienza afirma a possibilidade de surgimento de contradições entre esses critérios de avaliação argumentativa.

Diante das duas controvérsias, Atienza assevera que o embate abre margem para a ideia de razoabilidade, e que o seu conteúdo pode ser auferível em qualquer

¹²⁷ Atienza, Manuel. **Curso de argumentação jurídica; tradução de Claudia Roesler**. 1.ed. - Curitiba: Alteridade, 2017, p. 135.

¹²⁸ Atienza, Manuel. **Curso de argumentação jurídica; tradução de Claudia Roesler**. 1.ed. - Curitiba: Alteridade, 2017, p. 138.

¹²⁹Atienza, Manuel. **Curso de argumentação jurídica; tradução de Claudia Roesler**. 1.ed. - Curitiba: Alteridade, 2017, p. 141.

decisão judicial, seja a que demanda maior complexidade em grau argumentativo até as decisões mais simples.

Com efeito, Atienza assevera que a inserção do critério da razoabilidade adquire relevância quando o agente julgador se depara diante de uma situação antagônica ou binária na qual há margem para decidir entre as duas ou mais posições, considerando que as múltiplas possibilidades não apresentam nenhuma incongruência ou discrepância com as fontes que alicerçam o seu conteúdo decisório. Nessa perspectiva, Manuel Atienza equipara a sua ideia de razoabilidade em idêntica correspondência com compreensão adotada por Robert Alexy sobre a sua ideia de proporcionalidade e com a ideia de Dworkin, consubstanciada na compreensão sobre a decisão judicial como ato que carrega consigo o dever de tratamento universal, com igualdade e respeito.

Em conclusão, compreende-se que o escopo germinal do pensamento desenvolvido e elaborado por Manuel Atienza justifica a adoção do pensamento do autor para a presente pesquisa, pois, primeiramente, o teórico é transparente ao afirmar que a elaboração do seu modelo de representação argumentativa e avaliação dos seus elementos são direcionados à compreensão do fluxo argumentativo que alicerçam as decisões judiciais.

Subsequentemente, ao expor e debater os critérios de análise argumentativa, em momento nenhum, torna o debate encerrado ou alheio a qualquer possibilidade de inserção de novos elementos de representação e avaliação argumentativa, desde que seja atendida a necessidade oriunda de um caso concreto, considerando que a finalidade do modelo de representação e avaliação de argumentos jurídicos é imprimir maior objetividade em todos os seus componentes.

Em conclusão, será realizada a análise das decisões judiciais no capítulo seguinte, utilizando o modelo de representação de argumentos jurídicos e adotando os critérios de avaliação argumentativa desenvolvidos por Manuel Atienza, debatidos no curso do presente capítulo, tendo como cabedal de análise uma propositura elementar (mas primordial cujo teor servirá de orientação ao capítulo subsequente) ao asseverar que a atividade argumentativa é destinada à resolução de problemas¹³⁰: somente há algum sentido discutir argumentação jurídica se existem problemas que

¹³⁰ Atienza, Manuel. **Curso de argumentação jurídica; tradução de Claudia Roesler**. 1.ed. Curitiba: Alteridade, 2017, p. 145.

demandam soluções e estas exigem razões racionais para fundar-se em um alicerce justificável.

3. A ANÁLISE DAS ARGUMENTAÇÕES JURÍDICAS DESENVOLVIDAS CONFORME DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE O TEMA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Superada a análise realizada do segundo capítulo, no qual se abordou a justificativa de adesão da pesquisa ao pensamento desenvolvido por Manuel Atienza acerca da Teoria da Argumentação Jurídica com enfoque: i) na relevância da Argumentação Jurídica ao desenvolvimento do Direito no seio de uma concepção Neoconstitucional; ii) discussão sobre a concepção material de argumentação; iii) a análise do seu esquema de representação argumentativa através de flechas e diagramas como antecedente para a avaliação da construção do fluxo argumentativo, realizar-se-á o estudo acerca dos argumentos jurídicos desenvolvidos nas decisões do Superior Tribunal de Justiça relativos ao tema Cadeia de Custódia da Prova, considerando-se o acórdão do *Habeas Corpus* n.º 160.662/RJ.

Inicialmente, sobre os critérios propostos pelo autor, utilizado para realizar a avaliação argumentativa, assevera-se que serão excluídas a moral social e a moral justificada, considerando que esses elementos não possuem espaço enquanto critério de avaliação argumentativa em relação ao Direito Processual Penal, pois o implemento das decisões judiciais, em matéria criminal, encontram o seu respaldo lastreado, precipuamente, pelo Princípio da Legalidade e pelo Princípio da Taxatividade Estrita em função da adesão a garantias individuais, assentadas no art. 5º da Constituição Federal, sendo inconcebível qualquer espécie de discussão acerca da moralidade social ou justificada do contexto decisório, quando há um valor individual que necessita ser garantido pela atividade judicial em matéria criminal: seja pelo seu resultado decisório, seja pela construção argumentativa que subsidiou o resultado decisório.

Os critérios de moral social e moral justificada não encontram razão no processo penal inserido em espaço democrático; a medida diversa possibilita uma atuação à margem do Estado de Direito, bem como práticas abusivas como o *Lawfare*

ou a propositura de medidas que nulificam garantias constitucionais fundadas em um discurso, cujo teor dissemina a falsa ideia de um inimigo coletivo.

3.1.Representação e Análise argumentativa do acórdão oriundo do *Habeas Corpus* N.º 160.662/RJ

Conforme exposto no primeiro capítulo do presente trabalho, o *Habeas Corpus* n.º 160.662/RJ¹³¹ representou a primeira apreciação substancial do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema Cadeia de Custódia da Prova no Processo Penal; com efeito, o julgamento realizado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça chamou a atenção dos inúmeros pesquisadores e acadêmicos para a relevância da matéria abordada no julgamento, promovendo uma abrangência de interesse que culminou em diversos estudos e artigos relevantes no decorrer dos últimos anos, que influenciaram a inserção da temática no Código de Processo Penal pela Lei 13.964/2019.

Em continuidade, será analisada a argumentação jurídica desenvolvida no acórdão que julgou o *Habeas Corpus* n.º 160.662/RJ, utilizando tanto o diagrama de representação argumentativa como também os critérios de avaliação de argumentos desenvolvidos e propostos por Manuel Atienza, debatidos no capítulo anterior. O HC 160.662/RJ inicia a definição do problema, denominado por “*Pa*”, conforme o modelo de representação argumentativa desenvolvida por Atienza.

<p>1 – PROBLEMA (<i>Pa</i>):</p>	<p>A ausência de preservação e, conseqüentemente, o extravio de elementos de prova — resultante da quebra de sigilo telemático e alteração de trechos de interceptação telefônica coletado em sede de investigação preliminar (em posse do agente investigador) — ocasionam a ilicitude dos elementos de prova (o conjunto das mídias das interceptações e da prova telemática) coletados?</p>
---	--

¹³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 160.662/RJ, 6ª Turma. Relatora Ministra Assusete Magalhães. Julgado em 18/02/2014, DJe 17/03/2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33803036&num_registro=201000153608&data=20140317&tipo=5&formato=PDF . Acesso em: 09 out. 2021

Evidentemente, o acórdão em análise se debruçou sobre diversos problemas antecedentes ao problema do foco de análise deste trabalho, inserido no modelo de representação argumentativa desenvolvido por Atienza¹³². Conclui-se desse modo que a decisão judicial não se impulsiona, somente, por meio de um problema, mas pode surgir, seguramente, de uma gama de problemas que se propõe a enfrentar por meio de provocações fundadas em diferentes perspectivas.

<p>2 – ENUNCIADO FÁTICO A SER PROVADO</p>	<p>No caso em análise, ocorreu a preservação do material obtido com base na quebra do sigilo telemático e na preservação das interceptações telefônicas na forma como foi captada pela autoridade policial na tramitação da investigação preliminar que antecedeu a acusação?</p>
--	---

O Enunciado Fático a Ser Provado (*ENAI*), conforme debatido por Atienza, decorre da identificação e da fixação do Problema (*Pa*) a ser enfrentado pela decisão judicial. Nessa perspectiva, a identificação escoreita dos fatos levados ao exame judicial será indispensável, pois, em sentido contrário, poderá comprometer a correção do fluxo argumentativo, contaminando, desse modo, o próprio resultado da decisão judicial.

Nesse contexto, compreende-se, ainda, que a fixação do “*EFAP*” é um questionamento cujo teor decorre da propositura binária contida no Problema (*Pa*) a ser enfrentado, cuja essência, também, é um questionamento.

<p>2.1 – ENUNCIADO FÁTICO</p>	<p>Não: “(…) não obstante a licitude da quebra dos sigilos telefônico e telemático, tenho que o mesmo não se pode afirmar,</p>
--------------------------------------	---

¹³² Tem-se como exemplo a provocação inserida na impetração sobre a validade de fundamentação da decisão do Juiz de 1º grau que autorizou a quebra do sigilo telefônico, enfrentada pelo STJ e rechaçada, entendendo que a decisão que determinou a medida cautelar probatória atendiam a todos os requisitos exigidos pela Lei, decidia nos seguintes termos: “*examinei detidamente o presente processo e entendo que a decisão que decretou a quebra de sigilo telefônico — cujos fundamentos foram aproveitados para a quebra de sigilo telemático — encontra-se devidamente motivada e precedida de investigação policial, ao contrário do que sustentam os impetrantes.*” IN: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 160.662/RJ, 6ª Turma. Relatora Ministra Assusete Magalhães. Julgado em 18/02/2014, DJe 17/03/2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33803036&num_registro=201000153608&data=20140317&tipo=5&formato=PDF . Acesso em: 09 out.2021, p. 44.

	relativamente à preservação do material obtido a partir das interceptações realizadas ¹³³ .” “(…) a partir da interceptação telemática, foi extraviada, ainda na Polícia Federal, e o conteúdo dos áudios telefônicos não foi disponibilizado da forma como captado, havendo descontinuidade nas conversas e na sua ordem ¹³⁴ (…)”
--	---

Diferentemente da identificação e fixação do Problema (*Pa*) e da identificação do Enunciado Fático a Ser Provado (*EFAP*), o desenvolvimento já não ocorre por meio de um questionamento, mas de fonte da própria decisão em análise: surge, nesse ponto, a identificação interna no contexto decisório das balizas que sustentam o fluxo argumentativo construído na decisão analisada.

2.1.1 – Argumentos a favor do enunciado fático	Argumentos a seguir sustentam o Enunciado Fático.
2.1.2 – 1.c (Prova documental número 01)	“Assim, esclareceu a autoridade policial que “o conteúdo monitorado”, na interceptação telemática obtida através do provedor EMBRATEL, “foi irremediavelmente perdido, pois o computador utilizado durante a investigação precisou ser formatado” (fl. 1.045e).” ¹³⁵
2.1.2 – 2.c (Prova Documental número 02)	“Entretanto, ante os ofícios de fls. 864e, 582e e 1.045e, também não resta dúvida de que o material objeto da interceptação telemática obtida através do provedor EMBRATEL existiu e perdeu-se irremediavelmente — nas palavras da autoridade policial (fl. 1045e) —, no âmbito da Polícia Federal, e não foi juntado ao Inquérito Policial e à Ação Penal.” ¹³⁶
2.1.3 – 2.1.c	Entretanto, essas 4 (quatro) mídias, agora entregues pela autoridade policial, após o desaparecimento do material interceptado, não garante a integralidade e a segurança da

¹³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 160.662/RJ, 6ª Turma. Relatora Ministra Assusete Magalhães. Julgado em 18/02/2014, DJe 17/03/2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33803036&num_registro=201000153608&data=20140317&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 09 out.2021, fls. 44.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 56.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 58.



¹³⁶ *Ibidem*, p. 58.

<p>(Elemento que milita o Argumento decorrente da prova Documental número 02)</p>	<p>prova colhida, na interceptação telemática. Isso porque a autoridade policial, nas aludidas mídias, recuperou os <i>e-mails</i> dos computadores dos investigados, apreendidos durante a Operação policial (fls. 1.045e e 905e). Entretanto, como consta do documento de fl. 1.070e, para a recuperação da totalidade de tal prova, seria necessário "tivessem sido apreendidos 'todos' os computadores dos investigados (incluindo desktops, notebooks e netbooks, no Brasil e no exterior), algo muito improvável, ainda assim restariam telefones, tablets e similares, os quais poderiam ter sido origem ou destino de mensagens enviadas/recebidas pelo endereço eletrônico alvo" (fl. 1.070e).¹³⁷</p>
<p>3.0 – AC: (Enunciado Fático Provado)</p>	<p>Entretanto, essas 4 (quatro) mídias, entregues pela autoridade policial, após o desaparecimento do material interceptado, não garante a integralidade e a segurança da prova colhida, na interceptação telemática. Isso porque a autoridade policial, nas aludidas mídias, recuperou os <i>e-mails</i> dos computadores dos investigados, apreendidos durante a Operação policial (fls. 1.045e e 905e). Entretanto, como consta do documento de fl. 1.070e, para a recuperação da totalidade de tal prova, seria necessário "tivessem sido apreendidos 'todos' os computadores dos investigados (incluindo desktops, notebooks e netbooks, no Brasil e no exterior), algo muito improvável, ainda assim restariam telefones, tablets e similares, os quais poderiam ter sido origem ou destino de mensagens enviadas/recebidas pelo endereço eletrônico alvo" (fl. 1.070e).</p> <p>(...)</p> <p>Na hipótese, como se viu, o material obtido por meio da interceptação telemática, vinculado ao provedor EMBRATEL, foi extraviado, ainda na Polícia Federal, impossibilitando, tanto à defesa, quanto à acusação, o acesso ao seu conteúdo. Assim, com base nos elementos existentes nos autos, a acusação ofereceu denúncia contra os pacientes, juntamente com outros 12 agentes, supostamente envolvidos nos fatos delituosos (fls. 285/317e).¹³⁸</p>

¹³⁷ *Ibidem*, p. 58.





¹³⁸ *Ibidem*, p. 60.

Superada a representação argumentativa na perspectiva fática, prosseguir-se-á à representação da argumentação na perspectiva questão normativa.

<p>4 – ENUNCIADO NORMATIVO A SER INTERPRETADO</p>	<p>“O desaparecimento de parte da prova (resultante da quebra de sigilo telemático) e a desconformidade da coleta das interceptações telefônicas torna a prova imprestável, considerando-se a impossibilidade da defesa confrontá-la, mediante o acesso integral do material, em violação ao princípio da comunhão da prova, inviabilizando, assim, o exercício do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal?”</p>
<p>4.1 – Suposição 1 (SP-1)</p>	<p>Sim, o arcabouço jurídico prevê a possibilidade de tornar o material resultante imprestável.</p>
<p>4.2 – Argumentos a Favor da Suposição 1 (AF-SP-1)</p>	<p>Argumentos a seguir sustentam a Suposição 1:</p>
<p>4.1 – (AF-SP-1) 1.0</p> <p></p>	<p>“O princípio do devido processo legal, consagrado no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, assegura a observância de ritos e formas previstos para os atos processuais, impondo, assim, limites à atividade instrutória, somente reputando válida a prova produzida em conformidade com as normas previamente estabelecidas. Sob essa perspectiva, ‘o rito probatório não configura um formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo” (Ada Pelegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho. <i>As nulidades no processo penal</i>. 10 ed., São Paulo: rt, 2007, p. 155).¹³⁹</p>
<p>4.2 – (AF-SP-1) 2.0</p> <p></p>	<p>“Também é certo que a prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível, por tal razão, a preservação da sua integralidade, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa, tendo em vista a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova.¹⁴⁰”</p>

¹³⁹ *Ibidem*, p. 61.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 61.




<p>4.3 – (AF-SP-1) 3.0</p> 	<p>“Assim, mostra-se lesiva ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório — constitucionalmente garantidos —, a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, repercutindo no próprio dever de garantia da paridade de armas das partes. Assim, "para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo Estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e acareações" (FERRAJOLI, op cit., p. 565).”¹⁴¹</p>
<p>4.4 – (AF-SP-1) 4.0</p> 	<p>“Assim, se a própria autoridade policial reconhece que os documentos são importantes para a investigação (fl. 623e), mas eles se perdem e acaba por não usá-los – como alega –, tal não retira da defesa o direito de a eles ter acesso e conhecê-los, pois a integralidade da prova colhida interessa, não apenas à acusação, mas também à defesa, que dela poderia utilizar-se para contrapor-se à acusação, não mais podendo fazê-lo.”¹⁴²</p>
<p>4.4.1 – (AF-SP-1) 4.1</p> 	<p>“Assim, diante das razões expostas, deve a prova obtida através da interceptação telemática ser considerada ilícita, em razão da perda da sua unidade, ou, nas palavras do parecerista Geraldo Prado, a "perda da cadeia de custódia da prova", caracterizando cerceamento do direito de defesa.”¹⁴³</p>
<p>4.5 – (AF-SP-1) 5.0</p> 	<p>“É certo que todo o material obtido por meio da interceptação telefônica deve ser dirigido à autoridade judiciária, a qual, juntamente com a acusação e a defesa, deve selecionar tudo o que interesse à prova, descartando-se, mediante o procedimento previsto no art. 9º, parágrafo único, da Lei 9.296/96, o que se mostrar impertinente ao objeto da interceptação.”¹⁴⁴</p>
<p>4.6 – (AF-SP-1) 6.0</p>	<p>“De fato, o art. 9º da Lei 9.296/96, ao estabelecer a inutilização, por ordem judicial, do material captado que não interesse ao</p>

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 61.

¹⁴² *Ibidem*, p. 61.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 62.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 62.

	<p>objeto investigado, mediante o acompanhamento da acusação, facultada a presença do acusado, confirma a natureza bilateral da prova, pelo que constitui constrangimento ilegal a seleção do material produzido nas interceptações autorizadas, realizada pela Polícia Judiciária, tal como ocorreu, subtraindo-se, do Juízo e das partes, o exame da pertinência das provas colhidas.”</p>
<p>4.6.1 – (AF-SP-1) 6.1</p> 	<p>“(…) Não cabe aos policiais executores da medida proceder a uma espécie de filtragem das escutas interceptadas. A impossibilidade desse filtro atua, inclusive, como verdadeira garantia ao cidadão, porquanto retira da esfera de arbítrio da polícia escolher o que é ou não conveniente ser interceptado e gravado. Valoração, e eventual exclusão, que cabe ao magistrado a quem a prova é dirigida. 4. Ordem denegada" (STF, HC 91.867, Rel. Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 20/09/2012)”¹⁴⁵.</p>
<p>4.6.2 – (AF-SP-1) 6.2</p> 	<p>“No caso em exame, evidenciou-se o completo descumprimento da exigência legal e das garantias constitucionais, como se verifica nos denominados 'autos circunstanciados e de análise' elaborados pelos agentes policiais. Nestes, com efeito, é possível perceber que, na verdade, a seleção do material probatório interceptado foi realizado pelos próprios agentes policiais, como se o exame da relevância e pertinência da prova obtida pudesse ser subtraída da competência da autoridade judiciária, com o controle das partes, em contraditório (...) Isso tudo indica, claramente, que o procedimento de seleção das comunicações interceptadas foi realizado com evidente preterição das formalidades legais e, mais do que isso, com violação das garantias constitucionais do juiz natural, do contraditório e da ampla defesa" (fls. 541/542e).¹⁴⁶</p>

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 63.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 65.

5.0 – A.b 2 – ENUNCIADO NORMATIVO INTERPRETADO	<p>Conquanto seja pacífico o entendimento de que desnecessária a transcrição integral de todo o material interceptado, é imprescindível que, pelo menos em meio digital, a prova seja fornecida à parte em sua integralidade, com todos os áudios do período, sem possibilidade de qualquer seleção de áudios, pelos policiais executores da medida, impossibilidade que, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, atua como verdadeira garantia ao cidadão.¹⁴⁷</p>
---	---

Considerando-se a representação argumentativa dividida entre o Enunciado Fático a Ser Provado e o Enunciado Normativo a Ser Interpretado desenvolvido por Manuel Atienza resultado da operação.

3.0 – AC: ENUNCIADO FÁTICO PROVADO

**5.0 – A.b 2 – ENUNCIADO
NORMATIVO INTERPRETADO**



RESULTADO DO JULGAMENTO:
<p>Inexistindo, nos autos, a integralidade das interceptações telemática e telefônica, o paciente está impossibilitado de confrontar as teses acusatórias com o resultado completo das interceptações, que pode conter material que interesse à sua defesa.</p> <p>Assim, diante desses elementos, verifica-se a ocorrência de constrangimento ilegal, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, ante a nulidade das provas produzidas nas interceptações telefônica e telemática, em decorrência da ausência de preservação de parte do material probatório colhido, caracterizando cerceamento do direito de defesa. Portanto, estando os autos da Ação Penal 2006.51.01.523722-9 conclusos para sentença, o Juízo de 1º Grau deve proceder ao exame da existência de provas ilícitas por derivação, nos termos do art. 157, §§ 1º e 2º, do CPP, as quais, caso existentes, deverão ser desentranhadas da Ação Penal.</p> <p>Ante o exposto, não conheço do presente <i>Habeas corpus</i>, quanto à REBECA DAYLAC, que não é paciente, no acórdão impugnado. Não conheço do writ, substitutivo de Recurso Ordinário. Concedo, porém, a ordem, de ofício, para anular as provas produzidas nas interceptações telefônica e telemática, em virtude de constituírem provas ilícitas (arts. 5º, LVI, da CF e 157 do CPP), determinando ao Juízo de 1º Grau o desentranhamento integral do material colhido, bem como o</p>

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 68.

exame da existência de prova ilícita por derivação, nos termos do art. 157, §§ 1º e 2º, do CPP, procedendo-se ao seu desentranhamento da Ação Penal 2006.51.01.523722-9.¹⁴⁸

Superada a representação argumentativa precisamente adequada, a proposta elaborada Manuel Altienza, avaliam-se os argumentos desenvolvidos pelo autor, retomando como ponto de partida uma ressalva fundamental exposta pelo próprio Altienza, que ressalta a elaboração da representação como ato que facilita a avaliação do fluxo argumentativo, tomando como pressuposto os critérios de avaliação argumentativa definidos pelo teórico.

Com efeito, serão dotados, somente, três critérios definidos por Atienza a: i) universalidade; ii) coerência; iii) adequação das consequências. Serão excluídos os critérios: moral social e a moral justificada, em virtude de estes não se adequarem à avaliação argumentativa em matéria de Direito Processual Penal, considerando que a sua aplicação necessita estar alheia a esses últimos critérios de avaliação, sob pena de imprimir uma desordem conceitual que violariam o Princípio da Taxatividade da Legalidade Estrita, premissas do foco de estudo processual penal.

Por fim, avaliar-se-á se a decisão final atingiu o caráter razoável.

Inicialmente, sobre a perspectiva da universalidade, não restam dúvidas que a construção da argumentação incidiu tanto na questão de fato a ser provada como no enunciado normativo a ser interpretado.

Sobre a avaliação do critério da universalidade do Enunciado Normativo a Ser Interpretado, notadamente, a decisão conjugou a garantia constitucional prevista no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal com teor o art. 9º da Lei das Interceptações Telefônicas asseverando, por meio dessa conjugação, a imprescindibilidade de preservação uniforme do material coletado pela autoridade policial na condução da investigação preliminar, ressaltando que essa necessidade — imposta tanto pela Constituição Federal como pela Lei da Interceptações Telefônicas — não é fortuita ou aleatória, mas decorre do Princípio Constitucional da Comunhão da Prova, na qual aquilo que é coletado no interesse da acusação não é propriedade do agente acusador, é destinado ao Estado-Juiz que comunga, também, com a parte contrária (seja investigado ou acusado) a unidade do elemento que alicerça a acusação.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 69.

Ademais, o fluxo argumentativo assevera, ainda, que a legislação ordinária preconiza a existência de um procedimento específico sobre a inutilização do material coletado pelo agente condutor da investigação policial, no qual deve, primeiramente, ser submetido à cognição do Juízo e este, em observância ao contraditório, carrega o dever de possibilitar a participação da parte contrária com finalidade de concordar, ou não, com a inutilização do material coletado como condição ao exercício do garantia constitucional do contraditório.

Nesse sentido, quando autoridade policial usurpa do Juízo essa deliberação procedimental, impossibilita o investigado ou acusado o exercício pleno do contraditório sobre o fruto da investigação, comprometendo o exercício da ampla-defesa sobre o material coletado no interesse da hipótese investigatória.

Nesse ponto, a universalidade do Enunciado Fático a ser interpretado foi cumprida a rigor, pois não excluiu a sua incidência quando constatou, por meio de prova documental, o vício processual insolúvel. No primeiro caso, a decisão utilizou-se de diversos documentos para atestar que o resultado das interceptações telefônicas foi extraviado na investigação preliminar sem a observância procedimental; essa constatação não se originou de somente um documento, mas de vários outros, a exemplo das informações prestadas pela autoridade coatora apontada no *Habeas Corpus* e por certidões expedidas pela própria vara que tramitou o processo de origem.

Adiante, a análise sobre a coerência tanto da questão de fato a ser provada como no enunciado normativo a ser interpretado adimpliu a esse critério, considerando que o primeiro é resultado das informações geradas tanto autoridade que conduziu a investigação preliminar como também pelo Juízo do 1º grau, pois ambos reconheceram a ilegalidade processual existente.

Sobre a coerência do Enunciado Normativo a Ser Interpretado, o fluxo argumentativo iniciou-se com a indicação da garantia constitucional prevista no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal para, logo em seguida, indicar a sua presença na lei infraconstitucional contida no art. 9º da Lei das Interceptações Telefônicas, imprimindo contexto interpretativo um precedente específico do Supremo Tribunal Federal que trata do direcionamento judicial que o material coletado no interesse da investigação preliminar e alinhando posicionamentos doutrinários, como o de Luigi Ferrajolli, acerca do dever de agir do Estado-Acusador no Estado de Direito.

No critério acerca da adequação das consequências, a decisão impôs, diretamente, a declaração da ilicitude probatória sobre o saldo remanescente das interceptações telefônicas, e, conseqüentemente, ordenou a sua extração dos autos ao Juízo de 1º grau, determinando que realizasse a análise de outras provas advindas da derivação das interceptações telefônicas, alicerçando essa consequência como fruto direto da implicação decorrente do artigo 157 do Código de Processo Penal.

A perspectiva adotada pelo fluxo argumentativo realiza uma construção caleidoscópica, pois adota a impossibilidade do exercício do contraditório e da ampla defesa em razão da conduta da autoridade policial que violou o *caput* e o parágrafo único do art. 9º¹⁴⁹ da Lei 9.296/96, representando, dessa forma, uma notória quebra da unidade probatória. E por qual razão a unidade probatória se constitui elemento essencial para atestar a incolumidade das interceptações telefônicas? Segundo Vitor de Paula Ramos¹⁵⁰:

se assim não fosse — e caso se permitisse uma “filtragem” do material destruindo-se o restante sem outros cuidados —, no exemplo dado acima, formulada uma hipótese durante a investigação, a destruição do restante do material não permitiria que tal hipótese fosse colocada em dúvida ou criticada. Assim, por exemplo, permitindo-se a destruição prematura do material, um diálogo que revelasse, no exemplo dado acima, um comércio normal de alfaces e cebolas poderia ser eliminado, fazendo com que os demais diálogos parecessem, isoladamente, mais suspeitos ou mais incriminadores.

Somente por meio da unidade do material coletado, possibilita a hipótese da investigação e da acusação tornar-se derrotável e questionável; em sentido contrário, a perda da sua unidade probatória impossibilita o questionamento da interpretação que a autoridade policial realizou sobre o conteúdo coletado, utilizando, de forma arbitrária, uma fala desconexa com o seu contexto de surgimento no contexto factual.

Diante dessas perspectivas avaliativas, submetidas na análise argumentativa, é correta a imposição das consequências processuais realizadas no julgamento, declarando-as ilícitas.

¹⁴⁹ BRASIL, Lei 9.296/96 – Art. 9º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em: 25 de dez. 2021.

¹⁵⁰ RAMOS, Vitor P. **Da Necessidade de Corroboração Probatória para a Reconstrução de Sentidos em Diálogos obtidos por Interceptações Telefônicas**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 7, n. 1, p. 537-566, jan./abr. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.429> acesso dia 26 de dezembro de 2021.

3.2.Representação e Análise Argumentativa do Recurso Especial número 1.795.341/RS

Em continuidade representação e análise argumentativa das decisões do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema Cadeia de Custódia da Prova no Processo Penal, analisar-se-á o Recurso Especial n.º 1.795.341/RS¹⁵¹, apreciado pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Inicialmente, pontua-se que o debate do tema referiu-se a Recurso Especial, recurso peculiar à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, carregando a finalidade de imprimir higidez na interpretação e incidência da lei federal: o seu resultado necessita ser observado pela própria Corte Federal, pelos Tribunais locais e pelos Juízes de 1º grau de Jurisdição.

O Recurso Especial número 1.795.341/RS tramitou, inicialmente, no Superior Tribunal de Justiça por meio de Agravo em Recurso Especial, caso em que o relator determinou a conversão do feito em Recurso Especial¹⁵², sustentando que a mudança de classe processual permitiria melhor análise da controvérsia exposta, antevendo o preenchimento dos requisitos de admissibilidade do Agravo com a finalidade de promover o conhecimento da irresignação recursal perante a Corte Federal. Nesse sentido, surge a fixação do problema cerne do Recurso Especial supradito.

1 – PROBLEMA (P):	“É legítima a condenação alicerçada em conteúdo das interceptações telefônicas compartilhada de um processo ao outro sendo que as degravações e as mídias não foram inseridas na sua integralidade, mas através de excertos extraídos e editados de um todo maior?”
--------------------------	---

¹⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.795.341/RS. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Brasília, 8 ago. 2013. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=92223080&num_registro=201802511115&data=20190514&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 26 dez. 2021.

¹⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N.º 1.372.132 – RS, 6ª Turma. Relator Ministra Nefi Cordeiro. Julgado em 18/02/2014, DJe 18/04/2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=91001633&tipo_documento=documento&num_registro=201802511115&data=20190201&tipo=0&formato=PDF. Acesso em: 09 out.2021.

O questionamento elaborado se constitui o problema enfrentado no julgamento do Recurso Especial em análise, reiterando o debate inserido por Manuel Atienza que defende que problemas jurídicos que impulsionam o nascimento da decisão e constitui o alicerce ao desenvolvimento do fluxo argumentativo desenvolvido no contexto de justificação interna da decisão judicial.

<p>2 – ENUNCIADO FÁTICO A SER PROVADO.</p>	<p>Ocorreu o compartilhamento de elementos decorrentes da interceptação telefônica de um processo ao outro sem o envio da integralidade de todo o conteúdo contido pela medida cautelar?</p>
---	--

Nesse ponto, o “EFAP” diferencia-se do anterior, pois, no primeiro caso debatido, ocorreu uma seletividade promovida pelo agente responsável pela investigação policial; já no acórdão aqui analisado, ocorreu o compartilhamento fragmentado do resultado de interceptações telefônicas de um processo judicial para outro processo judicial: a quebra da unidade ocorreu do compartilhamento de provas de um processo judicial para outro processo judicial.

<p>2.1 – ENUNCIADO FÁTICO A SER PROVADO;</p>	<p>Sim, o compartilhamento de elementos decorrentes da interceptação telefônica de um processo ao outro sem o envio da integralidade de todo o conteúdo produzido pela medida cautelar probatória.</p>
<p>2.1.1 – Argumentos a Favor do Enunciado Fático</p>	<p>Argumentos a seguir sustentam o Enunciado Fático.</p>
<p>2.1.2 – 1.c (Prova Documental número 01)</p>	<p>“No caso, conforme consignado no Tribunal de origem, a defesa teve acesso, embora não integral, ao conteúdo das interceptações (fl. 1117), o qual foi trazida aos presentes autos de forma emprestada, sendo que [...] as gravações e as mídias, produzidas e insertas em autos apartados, não vieram</p>

	aos autos senão através de excertos extraídos e editados de um todo maior (fls. 1142-1143) ¹⁵³ .
<p>2.1.3 – 1.1.c (Prova documental que alicerça o argumento 1.c)</p>	<p>Por oportuno, trago os excertos do voto vencido (fls. 1142-1144): até mesmo as degravações e as mídias, produzidas e inseridas em autos apartados, não vieram aos autos senão através de excertos extraídos e editados de um todo maior. [...]</p> <p>A regra é esta: todo o material objeto das interceptações telefônicas, para servirem como prova em processo penal, deve ser disponibilizado integralmente às partes, em especial, aos acusados, para que lhes seja possível exercer ampla defesa. Não há ampla defesa possível diante de áudios descontinuados, sem ordenação, sequencial lógica e com omissão de trechos da degravação, como ocorre nestes autos, em que os excertos colacionados dessas interceptações constituem prova que interessa apenas ao Ministério Público. Diante disto, ao meu sentir, padece de nulidade absoluta a prova produzida em Primeiro Grau, emprestada, de forma equivocada, de processo estranho à justiça castrense, sem que às partes tenha sido assegurado o conhecimento amplo e completo da prova que serviu de base à condenação criminal que lhes foi imposta. Assinalo, ainda, que ao exame da sentença combatida, percebe-se que os fundamentos da decisão condenatória estão embasados nas escutas telefônicas e em prova oral. Esta, porém, a prova testemunhal, foi cotejada com a prova emprestada, o que significa dizer que a censura penal decorre do entrelaçamento de ambas as provas que compõem o arcabouço probatório. Então, vê-se que a reprimenda penal se assenta em prova nula que contamina a prova que poderia ser eficaz. Sem dúvida, as autorizações judiciais de interceptações telefônicas e de seu compartilhamento com a Justiça Militar, assim como o conhecimento integral das mídias e degravações, constituíam documentos e provas indispensáveis ao atendimento do devido processo legal constitucional.¹⁵⁴</p>

A prova do Enunciado Fático decorreu da constatação lavrada no voto vencido, sobre ocorrência no compartilhamento esfacelado do resultado global produzido na

¹⁵³ *Ibidem*, p.04.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p.03.

medida cautelar de interceptações telefônicas. Em seguida, prosseguir-se-á à análise do Enunciado Normativo a Ser Interpretado, decorrente do problema enfrentado na decisão judicial.

<p>4 – ENUNCIADO NORMATIVO A SER INTERPRETADO</p>	<p>O Enunciado Fático Provado representou uma violação ao art. 9º, parágrafo único, da Lei 9.296/96?</p>
<p>4.1.1 – (AF-SP-1) 1</p>	<p>Cabe ressaltar que todo produto decorrente dos áudios obtidos deve ser destinado ao Juízo competente, e a extração do que não for relevante ao processo deve ser realizada em conjunto com acusação e defesa, na forma disciplinada no art. 9º, parágrafo único, da Lei 9.296/96.¹⁵⁵</p>
<p>4.1.2 – (AF-SP-1) 1.1</p>	<p>“Sendo assim, a questão deve ser analisada a partir da quebra da cadeia de custódia da prova, sendo que esta Corte já decidiu que tem como objetivo garantir a todos os acusados o devido processo legal e os recursos a ele inerentes, como a ampla defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita. O instituto abrange todo o caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade (RHC 77.836/PA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 12/02/2019).”¹⁵⁶</p>
<p>4.2 – (AF-SP-1) 2.0</p>	<p>“(…) 3.4 Não cabe aos policiais executores da medida proceder a uma espécie de filtragem das escutas interceptadas. A impossibilidade desse filtro atua, inclusive, como verdadeira garantia ao cidadão, porquanto retira da esfera de arbítrio da polícia escolher o que é ou não conveniente ser interceptado e gravado. Valoração, e eventual exclusão, que cabe ao magistrado a quem a prova é dirigida. 4. Ordem denegada. (HC 91867, Relator(a): Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 19-09-2012 PUBLIC 20-09-2012).”</p>
<p>4.3 – (AF-SP-1) 3.0</p>	<p>Dessa forma, tratando-se a presente hipótese de falta de acesso à integralidade da interceptação telefônica e não da falta</p>

¹⁵⁵ *Ibidem*, p.04.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p.04.

	<p>de transcrição ou de gravação integral das conversas obtidas, patente a nulidade. De fato, a apresentação de parcela do produto extraído dos áudios, cuja filtragem foi estabelecida sem a presença do defensor, acarreta ofensa ao Princípio da Paridade de armas e ao direito à prova, porquanto a pertinência do acervo probatório não pode ser realizado apenas pela acusação, na medida em que gera vantagem desarrazoada em detrimento da defesa.</p>
<p>4.3.1 – (AF-SP-1) 3.1</p>	<p>XI. A prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa, tendo em vista a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova. XII. Mostra-se lesiva ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório — constitucionalmente garantidos —, a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, repercutindo no próprio dever de garantia da paridade de armas das partes adversas. XIII. É certo que todo o material obtido por meio da interceptação telefônica deve ser dirigido à autoridade judiciária, a qual, juntamente à acusação e a defesa, deve selecionar o que interesse à prova, descartando-se, mediante o procedimento previsto no art. 9º, parágrafo único, da Lei 9.296/96, o que se mostra impertinente ao objeto da interceptação, pelo que constitui constrangimento ilegal a seleção do material produzido nas interceptações autorizadas, realizada pela Polícia Judiciária, tal como ocorreu, subtraindo-se, do Juízo e das partes, o exame da pertinência das provas colhidas. Precedente do STF. (HC 160.662/RJ, Rel. Ministra ASSULETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 17/03/2014.)¹⁵⁷</p>
<p>4.4 – (AF-SP-1) 4.0</p>	<p>“Evidencia-se que o emprego de trechos da interceptação pode ensejar a extração de conversas descontextualizadas, de modo que sem o acesso ao interior teor das mídias obsta que a defesa possa impugnar no momento oportuno, notadamente quando consignado no voto vencido que a condenação se fundamentou na prova combatida.”¹⁵⁸</p>

¹⁵⁷ *Ibidem*, p.05.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p.08.

Considerando-se a representação da construção do fluxo argumentativo desenvolvido no acórdão que julgou o Recurso Especial em análise, finaliza-se a operação entre os dois enunciados (conforme quadro 11).

3.0 – AC: ENUNCIADO FÁTICO PROVADO	5.0 – A.b 2 – ENUNCIADO NORMATIVO INTERPRETADO
---	---



Sa: Resultado do Julgamento
<p>Sendo assim, uma vez lastreada a condenação fortemente nas provas obtidas durante o monitoramento telefônico, tendo sido impugnado ainda na origem, constata-se flagrante prejuízo à defesa, em razão de que não foi facultado o amplo acesso à integralidade da prova, motivo pelo qual deve ser reconhecida a nulidade.</p> <p>Dessa forma, declarada a nulidade da interceptação telefônica e das provas consequentes, devem retornar os autos para que o Juízo singular profira nova sentença, com base nas provas remanescentes.¹⁵⁹</p>

Desenvolvida a integralidade da representação argumentativa, elaborada no corpo do acórdão, adotam-se os mesmos requisitos indicados por Atienza manejados anteriormente para promover a avaliação do fluxo argumentativo, no qual se revezam entre a: i) universalidade; ii) coerência; iii) adequação das consequências.

Sobre o critério de avaliação da universalidade, a sua natureza se manteve preservada, considerando que o ponto inicial da questão interpretativa se originou, primariamente, sobre enfrentamento judicial acerca da alegação na violação ao art. 9º da Lei 9.296/96, coligindo a seu turno a ementa decorrente do julgamento realizado no *Habeas Corpus* número 160.662/RJ (analisado anteriormente) e também o teor do *Habeas Corpus* número 91.867 do Supremo Tribunal Federal, promovendo uma interação dialética entre a construção argumentativa da decisão judicial aliada a dois precedentes que debatem matéria similar.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p.09.

Nesse contexto, a conclusão decorrente da construção do fluxo argumentativo da decisão asseverou que a matéria deve ser analisada com base na perspectiva da quebra da cadeia de custódia das provas, trazendo a lume um precedente do próprio Superior Tribunal de Justiça cujo teor conceitua a sua definição sobre o tema, delineando a sua finalidade e a sua relevância.

Sobre o critério da coerência, o fluxo argumentativo, desenvolvido na decisão, merece uma ressalva, pois, apesar de ter adequado fundamento da decisão ao contexto de precedentes decorrente do próprio Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal (construindo uma interação coerente entre a provocação direcionada à Corte Federal e o alinhamento no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 160.662/RJ), o resultado do julgamento apresentou uma conotação diferenciada dos precedentes coligidos na construção da argumentação judicial.

Na decisão analisada, a sanção processual determinou a declaração de nulidade no compartilhamento seletivo do material probatório, fruto da medida cautelar de interceptação telefônica, ordenando ao Juízo de origem o seu desentranhamento do processo que recebeu o material ilegalmente selecionado. Nesse ponto, a ponderação acerca da nulidade do ato não pode ser adotada quando se enfrenta a quebra da cadeia de custódia das provas, pois o seu fundamento subjaz ao direito constitucional da prova ilícita: a cadeia de custódia das provas existe como instituto que atua no rechaço à ilicitude probatória, resguardando a garantia constitucional da produção de provas lícitas.

Nesse contexto, ao trazer, no bojo da discussão, a matéria de nulidade processual, abre-se margem à discussão do reaproveitamento de atos processuais defeituosos; essa perspectiva, com efeito, não possui espaço na discussão sobre a quebra da cadeia de custódia das provas.

Em conclusão, o critério da coerência ficou comprometido em razão da dissonância entre o germe e o trilhar argumentativo em contraponto à sanção processual adotada pela decisão judicial: não há coerência entre a sanção de nulidade e o reconhecimento da quebra da cadeia de custódia das provas, pois a sua consequência imprime o reconhecimento de ilicitude probatória, alinhando-se à posição adotada por Geraldo Prado¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Nesse ponto, o autor debate sobre a possibilidade de a sanção processual ser travado no âmbito das nulidades processuais, caso que não é aceitável, pois a disciplina do campo de proibições da prova destina-se a preservar valores como a dignidade da pessoa humana e o afastamento de efeitos

No que tange ao critério da adequação das consequências, o fluxo argumentativo atingiu seu êxito quando ordenou o desentranhamento do material selecionado ao contexto decisório do Juízo de primeiro grau, com a expressa determinação de retirada dos autos do material compartilhado ilegalmente. A construção argumentativa desenvolvida pelo acórdão é idêntica ao resultado do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 1.055.941/SP¹⁶¹, fixada no tema número 990, em que, na ocasião, somente reconheceu-se a constitucionalidade do compartilhamento de dados fiscais entre a RFB e a UIF com demais órgãos de investigação, caso haja a implantação de medidas destinadas à conservação e integridade do material compartilhado, nulificando qualquer possibilidade de adulteração e manipulação do objeto do compartilhamento.

Nesse contexto, a decisão é adequada, pois o dever de compartilhamento integral e inserção de mecanismos que obstam a possibilidade de manipulação do material compartilhado deve ser rigorosamente observado quando se trata de comunhão de atos probatórios de um processo ao outro.

3.3. Análise Argumentativa do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* número 99.735/SC

O Recurso Ordinário número 99.735/SC¹⁶² revelou notável interesse da pesquisa em razão da matéria de fundo, cujo teor se debruçou, de forma antecedente, sobre questões técnicas e pontuais acerca da cadeia de custódia da prova digital coletada em modernos aplicativos de envio e recebimento de mensagens resguardados pela criptografia informática.

perversos de conduta probatória ilícita que podem ser diluídos caso a discussão seja travada na perspectiva das nulidades processuais. PRADO, Geraldo. **Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 90.

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 1.055.941/SP**. Brasília, DF: Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754018828> , acesso dia 05 de dezembro de 2021.

¹⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário 99.735/SC, 5ª Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz. Julgado em 27/11/2018, DJe 12/12/2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=92663446&num_registro=201801533498&data=20190328&tipo=91&formato=PDF . Acesso em: 09 out. 2021.

1 – PROBLEMA (Pa):	É válida a decisão judicial que autoriza a apreensão de aparelho celular com a finalidade de realizar o espelhamento remoto de aplicativo de envio e recebimento de mensagens no computador, em posse da autoridade policial, alicerçado de forma analógica ao instituto da interceptação telefônica previsto no artigo 1.º, da Lei n.º 9.296/1996?
-------------------------------	---

A fixação do problema reside, inicialmente, na ocorrência ou não da similaridade entre a captação remota, realizada por meio de computador de mensagens contidas em aplicativo de celulares, para, posteriormente, decidir se há respaldo legal para a conduta, alicerçada no regramento processual previsto na Lei n.º 9.296/1996.

2 – ENUNCIADO FÁTICO A SER PROVADO	As peculiaridades tecnológicas do acesso remoto de aplicativos de troca mensagens equiparam-se ao uso de <i>e-mail</i> ou de diálogos realizados em interceptações telefônicas?
2.1 – ENUNCIADO FÁTICO	Não. “A meu ver, a análise feita acima, acerca de como funciona o espelhamento do WhatsApp, demonstra ser impossível, tal como pretendido no acórdão impugnado, proceder a uma analogia entre o instituto da interceptação telefônica (art. 1.º, da Lei n.º 9.296/1996) e a medida que foi tomada no presente caso. ¹⁶³ ”
2.1.1 – Argumentos a Favor do Enunciado Fático	Argumentos a seguir sustentam o Enunciado Fático.
2.1.2 – 1.c (Prova Documental número 01)	“Para além de permitir o acesso ilimitado a todas as conversas passadas, presentes e futuras, a ferramenta WhatsApp Web foi desenvolvida com o objetivo de possibilitar ao usuário a realização de todos os atos de comunicação a que teria acesso no próprio celular. O emparelhamento entre celular e computador autoriza o usuário, se por algum motivo assim desejar, a conversar dentro do aplicativo do celular e, simultaneamente, no navegador da internet, ocasião em que as

¹⁶³ *Ibidem*, p.10.

	conversas são automaticamente atualizadas na plataforma que não esteja sendo utilizada.” ¹⁶⁴
2.1.2 – 2.c (Prova Documental número 02)	Ainda mais relevante para a discussão presente nestes autos é o seguinte detalhe: tanto no aplicativo, quanto no navegador, é possível, com total liberdade, o envio de novas mensagens e a exclusão de mensagens antigas (registradas antes do emparelhamento) ou recentes (registradas após), tenham elas sido enviadas pelo usuário, tenham elas sido recebidas de algum contato. ¹⁶⁵ Não bastasse, eventual exclusão de mensagem enviada (na opção "Apagar somente para Mim") ou de mensagem recebida (em qualquer caso) não deixa absolutamente nenhum vestígio, seja no aplicativo, seja no computador emparelhado, e, por conseguinte, não pode jamais ser recuperada para efeitos de prova em processo penal, tendo em vista que a própria empresa disponibilizadora do serviço, em razão da tecnologia de encriptação ponta-a-ponta, não armazena em nenhum servidor o conteúdo das conversas dos usuários. ¹⁶⁶
2.1.3 – 2.1.c (Elemento que milita em favor do Argumento decorrente da prova Documental número 02)	Sobre esse último aspecto, mostra-se relevante a explicação de Tercio Sampaio Ferraz Junior, Juliano Maranhão e Marcelo Finger, em texto intitulado "WhatsApp mostra a necessidade de regulação da criptografia", publicado em 16/08/2016 na revista online Consultor Jurídico: "A possibilidade de criptografar mensagens existe há milhares de anos. A tecnologia moderna permite que cada usuário do WhatsApp tenha uma chave pública, comunicada a todos que desejem lhe endereçar mensagens. Todos podem codificar e enviar mensagens de acordo com esse recurso, com a privacidade garantida. Só quem possui a chave de decodificação (armazenada no celular de cada usuário) pode ler as mensagens. O provedor do aplicativo cria a possibilidade de codificação e decodificação, mas não possui nem tem como acessar as chaves. Portanto, a questão crucial não é se o WhatsApp (ou outro aplicativo do gênero) teria a obrigação de revelar o teor das mensagens, pois isso é impossível, mas se as empresas de tecnologia estão autorizadas a comercializar produtos que proporcionem ao


¹⁶⁴ *Ibidem*, p.08.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p.09.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p.09.

	usuário ambientes de informação absolutamente inacessíveis." ¹⁶⁷
3.0 – AC: (Enunciado Fático Provado)	Em razão das peculiaridades tecnológicas da ferramenta WhatsApp Web, não há como realizar uma analogia de tratamento legislativo entre a Lei das Interceptações Telefônicas e o modo de manuseio e captação de provas da ferramenta pelo acesso remoto. ¹⁶⁸



O “*EFAP*” posto no acórdão analisado subsidiou a sua narrativa, realizando uma análise precisa acerca das peculiaridades dessa ferramenta tecnológica em contraponto a troca de *e-mails* e diálogos captados entre interlocutores por meio de aparelho celular ou pelo uso de computador convencional.

4 – ENUNCIADO NORMATIVO A SER INTERPRETADO	É possível, tal como pretendido no acórdão impugnado, proceder a uma analogia entre o instituto da interceptação telefônica (art. 1.º, da Lei n.º 9.296/1996) e a medida que foi tomada no presente caso?
4.1 – Suposição 1 (SP-1)	Não é possível proceder a analogia.
4.2 – Argumentos a Favor da Suposição 1 (AF-SP-1)	Argumentos a seguir sustentam a Suposição 1:
4.1 - (AF-SP-1) 1.0 	“Em primeiro lugar, ao contrário da interceptação telefônica, no âmbito da qual o investigador de polícia atua como mero observador de conversas empreendidas por terceiros, no espelhamento via WhatsApp Web o investigador de polícia tem a concreta possibilidade de atuar como participante tanto das conversas que vêm a ser realizadas quanto das conversas que já estão registradas no aparelho celular, haja vista ter o poder, conferido pela própria plataforma online, de interagir diretamente com conversas que estão sendo travadas, de enviar novas mensagens a qualquer contato presente no celular, e de excluir, com total liberdade, e sem deixar vestígios, qualquer mensagem passada, presente ou futura.” ¹⁶⁹

¹⁶⁷ Ibidem, p.09.


¹⁶⁸¹⁶⁸ Ibidem, p.11.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 11.

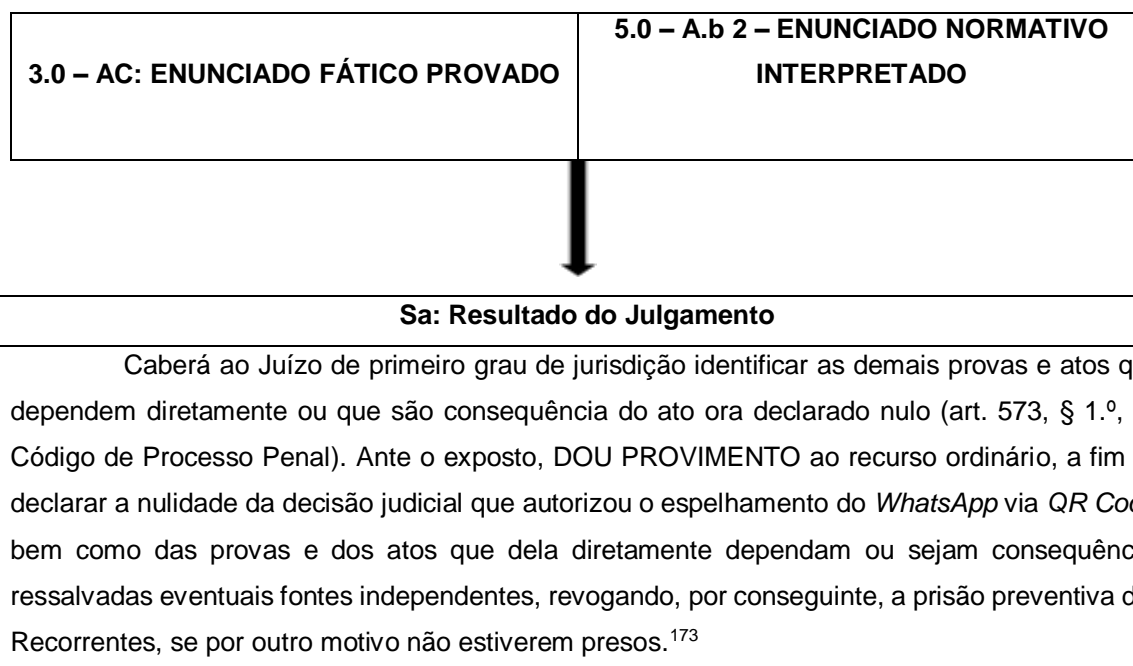
<p>4.2 – (AF-SP-1) 2.0</p> 	<p>“Nesse ponto específico, insta registrar que, por mais que os atos praticados por servidores públicos gozem de presunção de legitimidade, doutrina e jurisprudência reconhecem que se trata de presunção relativa, que pode ser ilidida por contra-prova apresentada pelo particular. Não é o caso, todavia, do espelhamento: o fato de eventual exclusão de mensagens enviadas (na modalidade "Apagar para mim") ou recebidas (em qualquer caso) não deixar absolutamente nenhum vestígio nem para o usuário nem para o destinatário, e o fato de tais mensagens excluídas, em razão da criptografia <i>end-to-end</i>, não ficarem armazenadas em nenhum servidor, constituem fundamentos suficientes para a conclusão de que a admissão de tal meio de obtenção de prova implicaria indevida presunção absoluta da legitimidade dos atos dos investigadores, dado que exigir contraposição idônea por parte do investigado seria equivalente a demandar-lhe produção de prova diabólica (o que não ocorre em caso de interceptação telefônica, na qual se oportuniza a realização de perícia)”¹⁷⁰.</p>
<p>4.3 – (AF-SP-1) 3.0</p> 	<p>Em segundo lugar, ao contrário da interceptação telefônica, que tem como objeto a escuta de conversas realizadas apenas depois da autorização judicial (<i>ex nunc</i>), o espelhamento via QR Code viabiliza ao investigador de polícia acesso amplo e irrestrito a toda e qualquer comunicação realizada antes da mencionada autorização, operando efeitos retroativos (<i>ex tunc</i>). Em termos técnico-jurídicos, o espelhamento seria melhor qualificado como um tipo híbrido de obtenção de prova consistente, a um só tempo, em interceptação telefônica (quanto às conversas <i>ex nunc</i>) e em quebra de sigilo de e-mail (quanto às conversas <i>ex tunc</i>). Não há, todavia, ao menos por agora, previsão legal de um tal meio de obtenção de prova híbrido.¹⁷¹</p>

¹⁷⁰ *Ibidem*, p.09.

¹⁷¹ *Ibidem*, p.09.

<p>4.4 – (AF-SP-1) 4.0</p> 	<p>Por fim, ao contrário da interceptação telefônica, que é operacionalizada sem a necessidade simultânea de busca pessoal ou domiciliar para apreensão de aparelho telefônico, o espelhamento via <i>QR Code</i> depende da abordagem do indivíduo ou do vasculhamento de sua residência, com apreensão de seu aparelho telefônico por breve período de tempo e posterior devolução desacompanhada de qualquer menção, por parte da Autoridade Policial, à realização da medida constritiva, ou mesmo, porventura — embora não haja nos autos notícia de que isso tenha ocorrido no caso concreto —, acompanhada de afirmação falsa de que nada foi feito.¹⁷²</p>
<p>5.0 – A.b 2 – ENUNCIADO NORMATIVO INTERPRETADO</p>	<p>Em decorrência da acerca de modo de funcionamento do espelhamento do WhatsApp, demonstra ser impossível, tal como pretendido no acórdão impugnado, proceder a uma analogia entre o instituto da interceptação telefônica (art. 1.º, da Lei n.º 9.296/1996).</p>

Considerando-se a representação da construção do fluxo argumentativo desenvolvido no acórdão que julgou o Recurso Especial em análise, o desfecho da operação entre os dois enunciados ocorre conforme Quadro 15.



¹⁷² *Ibidem*, p.09.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 13.

Elaborada a integralidade da representação argumentativa delineada no corpo da decisão analisada, serão abarcados mesmos requisitos indicados pelo autor e utilizados anteriormente para realizar a avaliação do fluxo argumentativo, no qual se revezam entre a: i) universalidade; ii) coerência; iii) adequação das consequências.

A universalidade na construção do fluxo argumentativo foi preservada, pois, em relação à Lei n.º 9.296/1996 — que especifica as hipóteses e disciplina o procedimento da violação ao sigilo das comunicações telefônicas e telemática — de fato foi atestado pelo acórdão, mas com a preservação das garantias constitucionais que rechaçam a possibilidade de produção de ilicitudes probatórias, seja pela seletividade do material coletado ou seja pela manipulação no curso da investigação preliminar.

Com efeito, é notório e esperado que a redação Lei n.º 9.296/1996 não previu a circunstância fática ocorrida na decisão em análise, em razão da ausência dessa modalidade contemporânea de comunicação na data da sua edição. Desse modo, a utilização do argumento por analogia somente seria legítima na hipótese de o direcionamento das ferramentas tecnológicas da lei ser idêntico ou, pelo menos, similar à troca de *e-mails* ou diálogos travados entre pessoas por meio de uma ligação convencional. No caso do *WhatsApp* e da ferramenta de uso remoto *WhatsApp Web*, esse aplicativo é guarnecido por uma criptografia que não deixa vestígios (de forma contrária a comunicação telefônica e telemática), e esse fato gera a possibilidade de manipulação do conteúdo coletado pelo agente do estado imbuído de promover a investigação preliminar.

Nessa perspectiva, a negativa de incidência da Lei n.º 9.296/1996 preserva a universalidade da construção do fluxo argumentativo do acórdão, negando a sua vigência diante das peculiaridades e das circunstâncias tecnológicas que o sistema de envio e recebimento de mensagens criptografadas obstat à aplicação da lei.

Na perspectiva da coerência da construção do fluxo argumentativo, a decisão atendeu, plenamente, aos seus requisitos, pois, não há como legitimar a coleta de provas por meio do uso remoto *WhatsApp Web* em razão da inexistência de qualquer procedimento que discipline a preservação e a custódia do material coletado, adequado com as peculiaridades da ferramenta tecnológica, especialmente a criptografia, que nulifica a identificação do rastreio e manuseio do elemento de prova, comprometendo a verificação de critérios como a mesmidade e a autenticidade.

Em contrapartida, a própria decisão argumentou a possibilidade de retenção das mensagens inseridas em aplicativos eletrônicos pelo uso da perícia que atestam a preservação, a conservação e a autenticidade do material adquirido.

Nessa perspectiva, o prévio da perícia impossibilita a manipulação ou adulteração da fonte da prova; de forma contrária, como não há regramento processual que garanta a autenticidade da preservação da fonte de prova, é coerente obstar a sua incidência processual vedando o recurso da analogia e adotando, como pressuposto da crítica, o Princípio da Desconfiança.

Sobre a adequação das consequências, o acórdão analisado anulou a decisão judicial e determinou a análise das consequências processuais probatórias advindas da conduta nulificada. Nesse ponto, as consequências da decisão tomaram o mesmo sentido da decisão analisada anteriormente, que substitui a declaração de ilicitude probatória em favor do reconhecimento da nulidade do ato judicial.

Nessa extensão, a existência dessa decisão já reverberou os seus efeitos em julgamentos posteriores do Superior Tribunal de Justiça, como ocorreu na apreciação do Agravo Regimental no Recurso Ordinário n.º 133.430/PE¹⁷⁴. Na construção argumentativa desse julgamento, utilizou-se a ementa do acórdão em análise para subsidiar a declaração de ilicitude probatória decorrente de provas obtidas por meio da ferramenta *WhatsApp Web*.

Em perspectiva similar, a decisão em análise também foi utilizada na construção argumentativa realizada no Recurso Especial n.º 1.806.792/SP¹⁷⁵. Na apreciação do julgamento desse recurso especial, sustentou-se a vedação da operadora de telefonia para habilitar o chip do agente investigador em substituição ao do usuário definido a critério da autoridade policial, no qual teria o acesso, em tempo real, às chamadas e mensagens via *WhatsApp*. Nesse sentido, o Recurso Especial n.º 1.806.792/SP asseverou as mesmas razões fáticas expostas na decisão analisada, ponderando, como germe decisivo do seu curso argumentativo, a

¹⁷⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário n.º 133.430/RJ, 6ª Turma. Relatora Ministra Nefi Cordeiro. Julgado em 16/04/2019, DJe 17/05/2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=120664175&num_registro=202002175828&data=20210226&tipo=51&formato=PDF. Acesso dia 15 de janeiro de 2022.

¹⁷⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.860.792/RJ, 6ª Turma**. Relatora Ministra Laurita Vaz. Julgado em 15/09/02/2020, DJe 19/10/2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=105593630&num_registro=201901030232&data=20210525&tipo=91&formato=PDF. Acesso dia 15 de janeiro de 2022.

constatação de que eventual manipulação de mensagem recebida ou enviada não deixa nenhum vestígio, e conseqüentemente, jamais poderia ser recuperada para ser utilizada como prova judicial.

Outrossim, a adequação das conseqüências imprime um alinhamento do contexto decisório ao Princípio Constitucional da Presunção de Inocência, pois, conforme Geraldo Prado¹⁷⁶, a vigência desse princípio impede a transferência do ônus de provar ausência de realização e cisão da Cadeia de Custódia, sendo, portanto, dever processual de agências repressoras constituir a prova do cumprimento da cadeia de custódia como medida de demonstração ao Juízo e as partes que o elemento coletado é íntegro, confiável e mostra-se apto para se exercer sobre o seu teor o contraditório e a ampla-defesa.

Com efeito, o Princípio da Presunção de Inocência não se limita à imprescindibilidade de a condenação se fundar em prova segura da culpabilidade como critério de alicerce da condenação criminal, mas abrange, também, o dever de prova da custódia rigorosa do elemento de prova coletado na investigação preliminar. Diante dessa perspectiva, o Princípio Constitucional da Presunção de Inocência (reitor do processo penal) concede respaldo ao Princípio da Desconfiança. Nesse sentido, a adequação das conseqüências atingiu o seu propósito ao alinhar a garantia constitucional da presunção de inocência com o dever do estado de constituir a prova da produção da cadeia de custódia, mitigando a retórica da *boa-fé* e privilegiando o Princípio da Desconfiança.

¹⁷⁶ PRADO, Geraldo. **A Cadeia de Custódia da prova no processo penal**. 2.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2021, p.194.

CONCLUSÃO

O tema Cadeia de Custódia das Provas no Processo penal apresenta diversas modalidades de abordagem em um trabalho científico. Nesse contexto, buscou-se analisar a perspectiva construção e avaliação argumentativa dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, utilizando os principais aspectos da Teoria da Argumentação Jurídica de Manuel Atienza com a finalidade de introduzir um toque de originalidade para o tratamento e a discussão da temática.

Diante desse quadro, inúmeros trabalhos científicos se destinaram ao debate e análise da temática após a decisão do *Habeas Corpus* 160.662/RJ e das demais decisões que o sucederam, objetivando-se a análise de aspectos internos do acórdão sem realizar uma prospecção acerca da construção argumentativa que ensejou a decisão. Diante desse fato, este trabalho assenta-se na Teoria da Argumentação Jurídica elaborada por Manuel Atienza e nos seus instrumentos de representação e avaliação de argumentos jurídicos por meio do esquema de flechas e diagramas, fornecendo os elementos teóricos e conceituais que possibilitaram adentrar e desenvolver o propósito inicial da pesquisa.

Nesse contexto, a adesão a essa perspectiva de abordagem é pertinente e reveladora, considerando que a representação dos argumentos jurídicos entre a matéria de fato e matéria interpretativa da norma impõe à construção do fluxo argumentativo uma interação necessária e coerente entre as duas perspectivas: por meio da questão factual, elegem-se as norma abstratamente aplicadas para a solução da controvérsia, e, à medida que ocorre a dissecação argumentativa, é revelada como a interação entre os dois vetores decisórios resultam na solução final do problema que impulsiona o ato de decidir. Isso permitiu perceber como o STJ se posicionou em casos similares e análogos, permitindo verificar e identificar os critérios de universalidade e racionalidade na construção argumentativa de cada decisão analisada.

Ademais, a inserção de argumentos jurídicos no esquema de setas e diagramas, proposto por Atienza, possibilita a captação de detalhes do contexto interno de justificativa da decisão, possibilitando a verificação do modo como um julgamento anterior sobre a matéria influenciou o julgamento subsequente da mesma

matéria, pavimentando a verificação criteriosa acerca da uniformidade do resultado decisório entre o elemento antecedente e o resultado subsequente.

Nessa guisa, conclui-se que a ideia do tema Cadeia de Custódia das Provas não é nova e está presente na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, seja pela garantia prevista no art. 5º, inciso LV que veda a produção e a inadmissão da prova ilícita, seja pelo parágrafo único do art. 9º da Lei 9.296/96 que disciplina o procedimento de inutilização do resultado probatório decorrente da quebra de sigilo telefônico e telemático. Aliada à garantia constitucional e previsão processual supracitada, a ideia bruta da Cadeia de Custódia das Prova é nítida quando se depara com a redação do art. 6º, inciso I do CPP, cujo teor impõe à autoridade policial o dever de deslocar-se ao local do delito com a finalidade de impedir a alteração e a mudança dos elementos de prova que possuam ligação com o fato típico.

Desse modo, descobriu-se que ideia subjacente à pretensão almejada e atingida no âmbito do *Habeas Corpus* 160.662/RJ necessitava de lapidação, e seu decorrer introduziu-se a temática contemporânea sobre a Cadeia de Custódia das Provas como recurso hodierno e sofisticado que impõe maior rigor à preservação de elementos de provas coletados pelas agências repressoras, quando promovem diligências investigativas que acarretam a mitigação de garantias fundamentais albergadas pela Constituição Federal. Esse aspecto ficou evidenciado na análise argumentativa do acórdão, pois o fundamento infraconstitucional utilizado para reconhecer a ilicitude de provas consistiu na violação ao art. 9º da Lei 9.296/96. Nesse sentido, a argumentação acerca da quebra da cadeia de custódia das provas digitais foi utilizada como argumento de reforço ao cerne da argumentação protagonista.

Em sequência, o Recurso Especial n.º 1.795.341/RS adotou o precedente do *Habeas Corpus* 160.662/RJ e a violação ao art. 9º da Lei 9.296/96 como alicerce para reconhecer a violação da cadeia de custódia da prova no caso levado à apreciação ao Superior Tribunal de Justiça. No entanto, a conclusão do acórdão atuou em um vetor diferente ao do precedente utilizado; no precedente, declarou-se o resultado probatório da interceptação telefônica como ilícito; no caso do acórdão, declarou-se a nulidade do compartilhamento com a determinação de exclusão dos autos do material probatório reconhecido como nulo. Diante desse detalhe, prejudicou-se a universalidade pretendida pelo uso racional dos precedentes, pois o resultado da decisão deveria ter sido orientado no sentido idêntico ao resultado ocorrido no julgamento utilizado como precedente ao cerne argumentativo.

O Recurso Ordinário número 99.735/SC chamou a atenção da pesquisa em razão aos detalhes esmiuçados na matéria de fundo da apreciação que se debruçou sobre as peculiaridades do recurso tecnológico do *WhatsApp* e o acesso remoto do *WhatsApp Web*, especialmente por ter observado como a utilização do sofisticado recurso tecnológico da criptográfica contamina a identificação da fonte de prova e impossibilita a identificação do seu manuseio pelas propriedades da prova digital. A consequência dessa observância resulta na impossibilidade da aplicação analógica da Lei 9.296/96 como fundamento legal ao acesso à ferramenta pelo agente condutor da investigação.

A construção argumentativa na dimensão normativa obteve êxito em afastar a aplicação analógica com precisão quando se deparou com detalhes acerca dos recursos tecnológicos de acesso remoto, diferenciando-se das características da interceptação telefônica e telemática. Na dimensão idêntica ao acórdão anterior, a decisão reconheceu a nulidade da decisão da decisão judicial e do resultado probatório, afastando a declaração de ilicitude probatória.

Diante desse quadro, o alerta realizado por Geraldo Prado, na sua obra inicial sobre o tema é profético, ao discutir que as consequências processuais sobre a quebra da cadeia de custódia poderiam oscilar entre a ilicitude e a nulidade, defendendo a imposição da primeira medida como agir alinhado à garantia constitucional de vedação da prova ilícita. Ao inserir as consequências no âmbito das nulidades, possibilita-se o reaproveitamento do material ilegalmente custodiado.

É necessária a uniformização do tratamento sobre as consequências processuais decorrente da quebra de cadeia de custódia das provas pelos tribunais superiores, pois a inserção da matéria, no Código de Processo Penal, não promoveu a definição necessária acerca desse ponto da temática. Nesse sentido, o silêncio legislativo, certamente, contribui para a controvérsia. Colige-se a essa percepção a defesa realizada por Geraldo Prado e diversos autores quando asseveram que quebra da cadeia de custódia da prova impede o exercício do contraditório e prejudica a valoração escorreita do elemento guarnecido; ao barrar o exercício do contraditório, a *opinio delict*, construída pela acusação, se torna absoluta e inderrotável.

Diante desse quadro, conclui-se que, apesar da omissão legislativa e do resultado das decisões do STJ, o melhor caminho a ser tomado é a declaração de ilicitude, submetendo o material coletado ao tratamento processual previsto no artigo 157 do CPP. Com efeito, esta conclusão decorre da própria análise argumentativa

das decisões escolhidas, pois, se a garantia do contraditório constitui o elemento decisivo e que sustenta a razão de ser da Cadeia de Custódia das Provas, por essa razão não há como deixar de trazer o contexto da ilicitude de provas como consequência da sua cisão, a não ser que surjam elementos que possibilitam o aproveitamento do material remanescente, mas, com base nisso, surge um questionamento insolúvel: como identificar se o material prejudicado pela cisão da cadeia de custódia seria decisivo ou não ao pleno exercício do contraditório? Essa questão é insolúvel: a tomada de decisão sobre as consequências da quebra da cadeia de custódia deve ser idêntica ao *Habeas Corpus* 160.662/RJ.

As discussões acerca do tema são amplas e infundáveis, principalmente no contexto contemporâneo em que a todo momento surge uma sucessão de provas de natureza distintas a serem coletadas e preservadas, considerando que as peculiaridades decorrentes da natureza de cada prova impõe uma custódia de acordo com a exigência da sua natureza e essa demanda, certamente, não terá amparo legislativo, impondo um tratamento meticuloso e preciso pelo Poder Judiciário como ocorreu, exemplarmente, no julgamento do Recurso Ordinário número 99.735/SC.

Nesse contexto, a observação futura a ser realizada por estudiosos e acadêmicos reside em perceber cada detalhe do enfrentamento a ser realizado pelos tribunais superiores e tribunais locais sobre a temática, e as peculiaridades de cada caso levado à apreciação judicial, considerando-se que a adesão a uma concepção de Argumentação Jurídica, quer seja desenvolvida por Atienza quer seja desenvolvida por outro teórico, não constitui elemento decisivo para o êxito da avaliação, mas destina-se a aprimorar a construção argumentativa e a sua análise, fornecendo preciosos instrumentos teóricos que garantam a avaliação cirúrgica de cada decisão judicial e de cada um dos seus elementos que lhe concedem sustento, imbuídos no esforço e no propósito de aprimorar e lapidar o desenvolvimento do Direito na contemporaneidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001, p.17.

ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica; tradução de Claudia Roesler** – 1.ed. - Curitiba: Alteridade, 2017, p. 104.

BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. *In*: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. **Temas atuais de investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 522/523.

_____. Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal *IN*: **Temas atuais no processo penal** – SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra. [Orgs.] – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p.526/527

_____. Gustavo. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 23/68/69/70/72/135/517/538.

_____. Gustavo. Editorial dossiê “**Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos**”. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Valoração racional da prova**. (Tradução Vitor de Paula Ramos) – Salvador: Editora Juspodivum, 2021, p. 58.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar mm Mandado de Segurança 34.070 Distrito Federal. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2016]. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>

_____. **Lei Nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

_____. **Portaria n. 82, de 16 de julho de 2014**. Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça. Publicação em: 18 de julho de 2014. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_25740023_PORTARIA_N_82_DE_16_DE_JULHO_DE_2014. Acesso em: 20 mar. 2021.

_____. **Portaria n. 12.000-108, de 14 de outubro de 2014**. Secretaria de Estado da Segurança Pública do Piauí. Disponível em: http://www.pc.pi.gov.br/download/201410/PC23_96f4e2e54e.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

_____. **Portaria n. 12, de 29 de novembro de 2016.** Secretaria de Estado de Segurança Pública e Defesa Social do Pará. DOEPA n. 33262, p. 25. Publicação em: 01 de dezembro de 2016. Disponível em: http://www.ioepa.com.br/diarios/2016/12/01/2016.12.01.DOE_25.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

_____. **Constituição Federal** – Art. 5º (...) LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 30 de maio de 2021.

_____. **Código de Processo Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 30 de maio de 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n.º 598.886/SC.** Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2007]. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portaltp/SiteAssets/documentos/noticias/27102020%20HC598886-SC.pdf>. Acesso em: 23 de fev. 2021.

_____. **Lei N.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

_____. **Código de Processo Penal – Art. 3º** A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **Habeas Corpus n.º 119.520/SP.** Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?dpctpacdocID260670>. Acesso em: 18 abr. 2021

BRAATZ, Tatiani Heckert. **É Preciso Argumentar? Reflexões Sobre a Argumentação Jurídica e a Teoria De Manuel Atienza.** In: Revista Jurídica - CCJ/FURB ISSN 1982 -4858 v. 11, n.º 21, p. 133 - 147, jan./jun. 2007.

CORDEIRO, Nefi. **Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles.** – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 76

DALLAGNOL, Deltan; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A Cadeia de Custódia da Prova IN: **A prova no enfrentamento da Macrocriminalidade** – SIDI. SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. 2 – ed. – Salvador: JusPodivum, 2016, p. 436/447/450

DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues. **Cadeia de custódia: do local de crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência**. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; NUCCI, Guilherme de Souza (org.). Doutrinas essenciais: processo penal. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 404. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009, v. 883, p. 197,436.

DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal – 13.ed. reform. – Salvador: Ed: JusPodivm, 2016, p. 216**

_____. Fredie. **Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais: Uniformidade, Estabilidade, Integridade e Coerência da Jurisprudência** In Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro n.º 64, abr./jun. 2017. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1255811/Fredie_Didier_Jr.pdf. Acesso em: 01 abr. 2021.

DULREC, Elmir ... [et al.]. **Introdução aos fundamentos do direito processual penal**. – 1. Ed. – São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 70.

EDINGER, Carlos. Cadeia de Custódia, rastreabilidade probatória. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. N. 120, v. 24, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 237-257, p.239.

_____. Carlos. Cadeia de Custódia, rastreabilidade probatória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 120, maio/jun. 2016, p. 250/252.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Argumentação Probatória e sua expressão na Sentença. **Valoração da prova e Sentença Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 33/34//39/48/49.

_____. Perfecto Andrés. Sobre a motivação dos fatos na sentença penal. **Valoração da prova e Sentença Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 67.

JUNQUEIRA, Gustavo *et al.* **Lei anticrime comentada: artigo por artigo: inclui a decisão liminar proferia nas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300**. – São Paulo: Saraiva Educação, 2.000, p. 188/193.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 722/723.

LOPEZ Jr., Aury. **Direito processual penal** – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 506

LOURENÇO, Aline A.; SILVA, Erick S. C. **Considerações sobre as condenações injustas fundamentadas em provas periciais: análise do Innocence Project, do National Registry of Exoneration e mecanismos para redução de erros periciais.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 7, n. 1, p. 567-607, jan./abr. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.410>.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito. Tradução Waldéa Barcellos.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios.** – 6ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 08.

_____. Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes.** – 4. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2019, p. 10/13/66.

_____. Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema.** – 4.ed.rev.atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 67/101/102/103/145/149/150/151.

MATIDA, Jana. A Cadeia de Custódia é condição Necessária para redução de condenações de inocentes. *In: Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul* [online]/ Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 11, n. 27 (jul/dez.2020). – Porto Alegre: DPE, 2014, p.19/21.

MENEZES, Isabela A.; BORRI, Luiz A.; SOARES, Rafael J. **A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 277-300, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.128>, p. 128/283/284.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. Precedentes judiciais vinculantes no novo Código de Processo Civil. *In: Revista dos Tribunais*, VOL.970 (AGOSTO 2016) Doutrina Especial: Mês do Advogado 4. Precedentes Judiciais Vinculantes no Novo Código de Processo Civil.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal** – 24. Ed. – São Paulo: Atlas, 2020, p. 1.349.

PRADO, Geraldo. **A Cadeia de Custódia da prova no processo penal.** – 1.ed.- São Paulo: Marcial Pons, 2019, p.14/104/106/124/126/127.

_____. Geraldo. **Prova penal e sistemas de controle epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos** – 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 80/88/91/92/128.

ROESLER, Claudia. **A análise da argumentação judicial em perspectiva crítica: o que fazemos quando analisamos decisões judiciais?** In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano e REIS, Isaac. (Orgs.). *Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise*. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 21-44 (Capítulo I).

ROESLER, Cláudia Rosane. **Uma Investigação Sobre Os Sentidos e Usos das Súmulas Dos Tribunais Superiores No Brasil**. *IN: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 32.2, jul./dez. 2012, p. 58.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4ª. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 446.

SUTHERLAND, Edwin H. **White Collar Criminality**, *American Sociological Review*, v. 5, n. 1. 1940, p. 2. Em português: SUTHERLAND, Edwin. A criminalidade de colarinho branco. Trad. Lucas Minorelli. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS*. V. 2, n. 2, 2014. p. 93. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/56251>>.

TARUFFO, Michele. **A Prova**. 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 15.

_____. Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a reconstrução dos fatos**. Tradução: Vitor de Paula Ramos. – 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 106/159.

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e Verdade**. – 1.ed. – São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p.81.

TJDFT. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 01 abr. 2021.

