



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

ARTHUR VINICIUS RODRIGUES GOMES

**A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA ENQUANTO FERRAMENTA À
VALORAÇÃO RACIONAL**

Recife

2022

ARTHUR VINICIUS RODRIGUES GOMES

**A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA ENQUANTO FERRAMENTA À
VALORAÇÃO RACIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Processual Penal; Epistemologia Jurídica; Direito Probatório.

Orientadora: Prof.^a. Manuela Abath Valença

Recife

2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

Gomes, Arthur Vinicius Rodrigues.

A cadeia de custódia da prova enquanto ferramenta à valoração racional / Arthur Vinicius Rodrigues Gomes. - Recife, 2022.
48 f.

Orientador(a): Manuela Abath Valença

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2022.

1. Direito processual penal. 2. Direito probatório. 3. Tomada de decisão. 4. Epistemologia jurídica. I. Valença, Manuela Abath. (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

ARTHUR VINICIUS RODRIGUES GOMES

**A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA ENQUANTO FERRAMENTA À
VALORAÇÃO RACIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito da Universidade Federal
de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas,
como requisito parcial para a obtenção do
título de bacharel em Direito.

Aprovado em: 24/10/2022

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Manuela Abath Valença (Orientadora)

Universidade Federal de Pernambuco

Prof^a. Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti (Examinadora interna)

Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Vitor Gomes Dantas Gurgel (Examinador interno)

Universidade Federal de Pernambuco

AGRADECIMENTOS

“Muita gente me ajudou chegar até aqui, aos trancos e barrancos que eu consegui. Minha família, meus amigos, minha fé: a vocês devo tudo”¹. Essa caminhada na universidade que, para tantos, é forjada como algo natural e comum, para outros, como eu, trata-se de um grande feito, a título de exceção. Passar a ser um dos poucos com ensino superior na família é triunfo que não me cabe só. Assim é que tenho o dever de agradecer às minhas mães biológica, Kathya, e do coração, Ana Maria, pela vida e ensinamentos que nenhuma lição jurídica fornece, pela compreensão quanto àquilo que não entendiam, pelos silêncios que fizeram e luta que travaram para que eu pudesse estudar seja na mesa da cozinha, sofá, quarto ou até mesmo na Universidade Federal do nosso estado. Sem elas, nada seria possível nem mesmo a pessoa que tenho me tornado. Às minhas tias-avós Rosalinda e Verônica bem como meu tio Daniel, que maximizaram desde pequeno a possibilidade de estudar e aprender, além de sempre me colocarem em suas preces e firmamentos aos orixás e outros espíritos de luz. À minha companheira Rharyne, que tanto ouviu meus lamentos durante, não somente na graduação, e me incentivou a seguir em frente, sempre ao meu lado, sonhando e compartilhando horas de estudo (mesmo que no dia dos namorados). Ao meu pai, que me concedeu a vida e, na contradição, me fez perceber o Direito como uma possibilidade. Aos meus preciosos amigos do ensino médio, que travaram a batalha inicial comigo para prestar o vestibular, deixando tudo mais leve. Aos meus amigos do peito da graduação, que foram o alicerce da generosa parte do conhecimento que adquiri juntamente com meus professores e professoras da Faculdade de Direito do Recife, os quais jamais esquecerei.

“Gratidão pela força que nunca me deixou desistir”.²

¹XANDE de Pilares - Gratidão. Música: Gratidão. Rio de Janeiro: Universal Music, 2018. (4 min.), son., color. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=v0BdHWjQliI>. Acesso em: 02 set. 2022.

² Idem.

“O processo penal condenatório é antes de mais nada um processo probatório. A atividade probatória deve ser de qualidade tal a espancar a dúvida sobre a existência do crime e a autoria responsável, em termos compatíveis com o estado de direito.” (PRADO, 2019).

RESUMO

O Estado Democrático de Direito conduz o fio para criação e aplicação das normas pertencentes ao seu ordenamento jurídico e, para tanto, aporta pilares básicos cujos valores são irrenunciáveis. No que diz respeito ao processo penal, a verdade e os meios para alcançá-la ou tratá-la como contingente, isto é, os sistemas utilizados para comprovação da veracidade daquela narrativa; se mostram elementos essenciais ao controle do exercício *ius puniendi*. Mais do que aspectos formais, as ferramentas utilizadas enquanto fontes probatórias constituem o alicerce epistemológico do processo, hipótese que impõe cautela nos momentos de sua produção para que seja possível o controle da subjetividade jurisdicional e a atribuição de fiabilidade à informação oriunda daquele meio. Neste contexto, o presente trabalho de conclusão de curso visa analisar a cadeia de custódia da prova no processo penal enquanto ferramenta hábil ao controle do *ius puniendi* por meio da valoração racional. Para tanto, constrói-se a averiguação dos valores irrenunciáveis do processo penal no Estado Democrático de Direito a fim de entender a adequação do livre convencimento enquanto sistema de prova adequado, ou não, perpassando a historicidade de outros sistemas probatórios e pontuando de que forma ainda se encontram no ordenamento jurídico brasileiro. Posteriormente, trata-se da cadeia de custódia a partir da lógica epistemológica e legal, elencando o momento de sua utilização e seu aporte para a comprovação de determinada hipótese a partir da corroboração. Além disso, algumas considerações de práticas informais que permeiam a persecução penal são levadas em consideração a fim de demonstrar a superação do brocardo *Quod non est in actis non est in mundo*, situando a realidade para além do procedimento. No trabalho, utilizou-se como método de pesquisa o levantamento bibliográfico da doutrina preconizada pelos professores Michele Taruffo e Jordi Ferre Beltrán, além de Berger e Luckmman.

Palavras-chave: sistemas probatórios; cadeia de custódia da prova; valoração racional; tomada de decisão.

ABSTRACT

The Democratic State of Law leads the thread for the creation and application of norms belonging to its legal order and, for that, it provides basic pillars whose values are inalienable. Regarding criminal proceedings, the truth, and the means to reach it or treat it as contingent, that is, the systems used to prove the veracity of that narrative; essential elements to control the exercise of *ius puniendi* are shown. More than formal aspects, the tools used as probative sources constitute the epistemological foundation of the process, a hypothesis that requires caution in the moments of its production so that it is possible to control the jurisdictional subjectivity and the attribution of reliability to the information coming from that medium. In this context, this course completion work aims to analyze the chain of custody of evidence in criminal proceedings as a skillful tool to control the *ius puniendi* through rational valuation. To this end, the investigation of the essential values of the criminal procedure in the Democratic State of Law is constructed to understand the adequacy of free conviction as an adequate proof system, or not, passing through the historicity of other evidentiary systems and punctuating in what way it still found in the Brazilian legal system. Subsequently, it deals with the chain of custody from the epistemological and legal logic, listing the moment of its use and its contribution to the proof of a given hypothesis from the corroboration. In addition, some considerations of informal practices that permeate criminal prosecution are considered to demonstrate the overcoming of the adage *Quod non est in actis non est in mundo*, placing reality beyond the procedure. In the work, the bibliographic survey of the doctrine advocated by professors Michele Taruffo and Jordi Ferre Beltrán, as well as Berger and Luckmman, was used as a research method.

Keywords: evidence systems; chain of custody of evidence; rational valuation; decision making.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O PROCESSO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	11
2.1 A QUESTÃO DA VERDADE	19
3 SISTEMAS PROBATÓRIOS PENAL NO BRASIL	22
3.1 SISTEMA TARIFÁRIO	23
3.2 SISTEMA DA ÍNTIMA CONVICÇÃO.....	24
3.3 SISTEMA DA LIVRE CONVICÇÃO	26
4 CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO ENQUANTO FERRAMENTA À VALORAÇÃO RACIONAL.	33
4.1 MOMENTOS PROBATÓRIOS NO PROCESSO PENAL	35
4.2 A CADEIA DE CUSTÓDIA	39
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	45
REFERÊNCIAS	46

1 INTRODUÇÃO

O estudo acerca do Direito Probatório enquanto ramo especializado do Direito tem crescido cada vez mais no ordenamento jurídico brasileiro. Tal objeto é inevitável ao estudo das estruturas do ordenamento jurídico pátrio, em vista de que a construção de narrativas, consubstanciadas em elementos que pretendem comprovar a veracidade dessas é sobretudo uma questão atinente à epistemologia.

Indiferente ocorre no processo penal, em que a comprovação do que se alega é fundamental ao prosseguimento do processo. Em verdade, só há processo se estiverem preenchidos os requisitos de admissibilidade, dentre os quais encontra-se o lastro mínimo probatório que indique os indícios de autoria e materialidade (art. 41 do CPP), elementos informativos necessários à indicação da existência de um fato reputado delituoso bem como do potencial autor da infração. O risco de um tratamento frágil deste elemento pode conduzir uma condenação, ou absolvição, subsidiada por uma falsa representação da realidade.

A partir disso, o presente Trabalho de Conclusão de Curso – TCC, tem por finalidade realizar o estudo acerca da cadeia de custódia da prova no processo penal como ferramenta possível à valoração racional da prova. Para tanto, utiliza-se a doutrina quanto à epistemologia jurídica de Jordi Ferrer-Beltrán³, Michelle Taruffo⁴ e Geraldo Prado⁵, a partir do levantamento bibliográfico destes, estruturando-se em quatro capítulos: “O processo penal no Estado Democrático de Direito”; “Sistemas Probatórios Penal no Brasil”; “A cadeia de custódia da prova no processo penal brasileiro enquanto ferramenta à valoração racional” e “Considerações finais”.

No primeiro capítulo, busca-se recapitular as bases em que o processo penal brasileiro está calcado, a fim de verificar a existência de valores intrínsecos, irrenunciáveis, à lógica do *ius puniendi*. Para tanto, um breve recorte histórico é realizado, considerando o prelecionado por Oswald Marques⁶, no que diz respeito aos fundamentos da pena e o desenvolvimento das estratégias para aplicação da penalidade até a constituição de um processo penal positivado. A trajetória permite a observância na utilização dos meios de prova e seus conteúdos, aportados

³ FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Salvador: Juspodivm, 2021. 304 p. Tradução de: Vitor de Paula Lemos.

⁴ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2016. 297 p. Tradução de: Vitor de Paula Ramos.

⁵ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019. 148 p.

⁶ MARQUES, Oswaldo H. Duek. **Fundamentos da Pena**. 3. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2016. 220 p.

por Michele Taruffo. Invariavelmente, a questão perpassa a discussão acerca da concepção de verdade que é tratada em linhas gerais, sem que o tema seja exaurido, em vista de sua complexidade e posição reflexa no tema, mas considerando o conceito majoritário de verdade utilizado no processo penal.

Após tal delineamento, discorre-se sobre os sistemas probatórios experienciados pelo Direito Positivo brasileiro: o sistema tarifário, da íntima convicção e do livre convencimento. Nessa etapa, são trazidas à tona as considerações de Luigi Ferrajoli⁷ acerca dos sistemas acusatórios e inquisitórios bem como quanto à doutrina garantista, o que contribui na análise do princípio da livre convicção e sua adequação com o sistema vigente.

Além disso, tratou de abordar a adequação da adoção do atual sistema às bases consignadas pelo Estado Democrático de Direito. Neste ponto, foram elencadas suas principais características, tratando da legislação atinente a cada um dessas bem como a existência de resquícios/permanência no ordenamento jurídico brasileiro após as alterações do Código de Processo Penal Brasileiro sobre o sistema de provas a ser utilizado.

O terceiro capítulo busca explicitar o conceito de custódia da prova e discorrer sobre sua utilização para uma valoração racional da prova, seguindo a linha de raciocínio delineada ao longo do Trabalho, isto é, considerando aspectos do Estado Democrático de Direito e do Sistema do Livre convencimento.

Outrossim, aborda a previsão legal advinda da Lei Federal nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019⁸ sem deixar de rememorar a existência da Portaria SENASP 82, de 16 de julho de 2014 que já tratava sobre o tema. Nesse ponto, considera também os momentos probatórios no processo penal, a fim de situar o momento de utilização da cadeia de custódia da prova e sua relevância para a tese de corroboração probatória. O tema quanto aos *standards* probatórios também é tratado a fim de que seja estabelecido um norte em meio à valoração da prova.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 767 p.

⁸ BRASIL. Constituição (1988). Lei nº 13964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/13964.htm. Acesso em: 27 out. 2022.

2 O PROCESSO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A necessidade de se observar o caminho pelo que se deve aplicar, ou não, determinada sanção de natureza penal ao indivíduo, baseando-se na verdade enquanto contingente do fato imputado, não surge instantaneamente no ordenamento jurídico brasileiro com força constitucional, conforme o art. 5, LIV da CRFB⁹. Quando a matéria diz respeito à seara penal, muitos fluxos podem ser adotados, em razão da existência de perspectivas múltiplas, fincadas para/além do que é instituído dogmaticamente; isto é, sua dimensão história, sociológica, política e, ainda, econômica. A partir disso, a fim de apreender em qual local encontra-se o processo penal na atmosfera do Estado Democrático de Direito, busca-se apreender os fundamentos interligados à sua própria existência.

O historicismo invólucro ao tema revela aspectos importantes que auxiliaram na construção do que hoje é concebido enquanto processo penal. A partir da análise suscitada por Oswaldo Marques¹⁰ acerca dos fundamentos da pena é possível forjar um paralelismo com as bases do processo penal em um Estado Democrático de Direito¹¹. Isso porque o autor discorre sobre os ritos, procedimentos e processos (não em sua acepção moderna) utilizados no exercício da punição pelos povos primitivos até o que hodiernamente é concebido, proporcionando o exame daquilo que foi e daquilo que se é (ou deveria ser) o processo.

A seara criminal, institucionalizada por meio do Direito Penal e Processual Penal Positivo, custou em ser estabelecido. Oswaldo Marques relata que nas sociedades primitivas, o homem se encontrava intimamente conectado à sua comunidade, entrelaçado pelo vínculo de sangue, que consubstanciava a descendência em comum entre os indivíduos. Caso houvesse a morte de um membro causada por outro de comunidade distinta, clã ou tribo, o comando era o tratamento recíproco, de modo que se estabeleciam as “guerras de sangue”, sob o espectro da vingança.¹²

De outro modo, quando algum membro do grupo praticava conduta desviada dos costumes da comunidade; a punição poderia chegar à expulsão deste membro. Neste aspecto,

⁹ BRASIL (Estado). Constituição (1988). Constituição Federal. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 mar. 2022.

¹⁰ MARQUES, Oswaldo H. Duek. **Fundamentos da Pena**. 3. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2016. 220 p.

¹¹ Ressalta-se que o delinear cronológico reproduzido aqui não busca exaurir o tema acerca dos eventos históricos que propiciaram a criação de ordenamentos jurídicos no ocidente, mas destacar aqueles que se pode construir uma ponte com a racionalidade processualística desenvolvida no Estado Democrático de Direito, mormente no que diz respeito ao sistema de provas no processo penal.

¹² MARQUES, Oswaldo H. Duek. **Fundamentos da Pena**. 3. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2016, p. 5-41.

Giorgio Del Vecchio aponta que: “Este [ofensor], uma vez expulso do grupo, que é a única forma de tutela jurídica nesta fase, fica destituído de qualquer direito e equiparado a uma fera, ou seja: exposto às ofensas de todos”¹³. Nestas circunstâncias, o rito se fazia por meio do poder simbólico exercido pelos integrantes do grupo.

Ocorre que a reprodução de violências intermináveis culminava em prejuízo às próprias comunidades, corroborando com sua diminuição, ante a tomada dos conflitos perante os grupos. Tal fato, por sua vez, conjuntamente com outros aspectos como o aparecimento das religiões e sua influência no desenvolvimento das civilizações bem como a pretensão da continuidade da existência das referidas sociedades refletiu numa alteração na organização delas. Assim, já na antiguidade, as sociedades passaram a exercer o *ius puniendi* de modo centralizado, instituindo novos sistemas de exercício de punição.

A concentração de poder social se fez necessária para o início das penas públicas. A vingança enquanto propulsora da prática punitiva se realocou na figura do sacrifício: os povos da antiguidade, diga-se egípcios, hebraicos p.e, possuíam a crença de que a divindade se enfurecia com determinado delito praticado, o que tornava necessário o sacrifício, realizado por sacerdotes. “O homem começa a negociar com a divindade. Está mais consciente de si e inicia um processo de reflexão, de valoração”.¹⁴ Este é um indicador que revela o quanto a religião esteve diretamente conectada ao desenvolvimento da civilização, até mesmo, ou principalmente, em relação às normas.

Ainda na antiguidade, no Direito Romano, a pena servia enquanto instrumento da *coercitio*, coerção/coação, derivada do *imperium*. Neste momento, formas mais complexas de sistemas processuais começam a apresentar seus primeiros sinais. Apesar das dificuldades acerca do estudo unificado dos sistemas processuais romanos, Claudio Demczuk aponta a existência de três períodos marcantes para a história do processo penal, quais sejam, o período comicial, das *quaestiones* e da *extraordinaria cognitio*; sendo três os sistemas procedimentais: a *cognitio*, *anquisio* e *accusatio*. O tipo de crime determinava o papel que o Estado tomava.

Caso houvesse o processamento de *delictas*, de natureza privada, o Estado se apresentava com árbitro dos particulares. Já em caso de cometimento de *crimina*, crimes

¹³ VECCHIO, Giorgio del. Origem e evolução histórica do Direito. In: VECCHIO, Giorgio del. **Lições de Filosofia do Direito**. 5. ed. Coimbra: Armério Amado, 1979. Tradução de: António José Brandão, p. 521.

¹⁴ MARQUES, Oswaldo H. Duek. **Fundamentos da Pena**. 3. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2016, p. 45.

públicos, o próprio Estado transmutava-se no titular do poder de punir em função do interesse da coletividade.¹⁵

Michele Taruffo¹⁶ aponta que antes mesmo da queda do Império Romano do Ocidente, a partir das invasões bárbaras¹⁷ e da introjeção de suas culturas e costumes jurídicos na dinâmica social romana, novas aparições de resolução de conflito emergiram, como os ordálios. Conhecidos também como “juízos de Deus” ou simplesmente “juízos divinos”, os ordálios representavam um compilados de técnicas que se situavam além de práticas cruéis, e “se fundavam na remissão de que Deus, devidamente requerido a assistir as partes, deveria determinar diretamente o êxito da prova, tornando evidente a inocência ou a culpabilidade do sujeito que a ela se submetera”.¹⁸

Tais práticas não visavam, *per si*, a averiguação da verdade. Tratava-se da superação da necessidade de provar algo: eram indiciárias do juízo divino, sendo prescindível a fundamentação daquela decisão. Nestes termos, afirmou Michele Taruffo:

Naqueles tempos, a vida cotidiana das pessoas era dominada pelo sangue e pela violência e estava profundamente imersa em um mundo místico repleto de milagres, santos, demônios, bruxas e magos: em uma cultura desse gênero, dominada pelo *enchantment*, a convicção de que o divino pudesse desempenhar um papel importante na determinação das vidas dos seres humanos podia parecer profundamente justificada. Mais especificamente, não havia qualquer extravagância em pensar que Deus devesse intervir na determinação do êxito de eventos importantes como as controvérsias judiciais: o ordálio era visto como a <<liturgie d'un miracle judiciaire>>, que se realizava através de uma éprouve, ou seja, **através da superação de uma prova, e não da produção provatória na acepção moderna do termo.**¹⁹

(negritos acrescentados)

A partir desse recorte histórico, do qual não faz parte do objetivo deste trabalho tratar exaustivamente sobre o tema, mas apenas suscitar aspectos preponderantes de cada período; é possível notar que os sistemas processuais, ou os ritos conectados à resolução de conflitos, eram condizentes com as realidades propostas naquelas épocas. Isso porque a racionalidade

¹⁵ Alencar, C. D. (1). OS PERÍODOS DO PROCESSO PENAL ROMANO E SEUS RESPECTIVOS PROCEDIMENTOS. *Revista CEJ*, 16 (58). Recuperado de. Disponível em: [//revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/1714](http://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/1714). Acesso em: 11 de mar. 2022.

¹⁶ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. Tradução de: Vitor de Paula Ramos, p. 16-21.

¹⁷ Em relação à origem, aponta o autor que os ordálios provavelmente chegaram da Índia à Europa Central, onde foram adotados pelos povos germânicos. E acrescenta: “De qualquer modo, quando esses povos invadiram o resto da Europa e criaram seus reinos, o sistema germânico dos ordálios difundiu-se para todo continente; tornou-se o mais comum <<sistema probatório>>, tanto para controvérsias penais como para as civis (...)” Idem, 19 p.

¹⁸ Idem, 20 p.

¹⁹ Idem, ibidem.

que fomenta atividade estatal está intimamente ligada com o meio de produção e cultura do tipo de sociedade, não sendo coerente, a partir disso, lançar a dicotomia racional/irracional; mas correspondente/não correspondente com tais civilizações, como bem aponta Michele Taruffo. Esse adendo conduz à reflexão acerca da própria finalidade do processo penal em um Estado Democrático de Direito e sua finalidade: qual o modelo processual corresponde com aquilo que propõe esse marco civilizatório? Quais são os preceitos que encontram compatibilidade com o Estado Democrático de Direito?

O Estado de Direito surge com ao fim de sopesar o poder estatal, limitando-o²⁰ a fim de vedar abusividades, em favor dos direitos individuais garantidos e em contraposição do Estado Absolutista. Trata-se de fomento da cultura humanista fincada nos preceitos suscitados por Beccaria²¹, e reafirmados no pós-revolução Francesa. Assim, um complexo de normas guiadas pelo princípio da legalidade passa a reger o ordenamento jurídico. Determinado Estado será considerado como Estado de Direito quando

(1) está *sujeito* ao direito (“o Estado, os governantes, as autoridades obedecem às leis, não está colocados sobre as leis, mesmo que elas tenham sido ou produzidas pelos órgãos do poder”); (2) *atua* através do direito (“só quem esteja habilitado, só quem tenha uma competência previamente definida por regras jurídicas, está apto, num qualquer Estado de Direito, a desempenhar funções com o selo de autoridade pública”); (3) positiva normas jurídicas informadas pela *ideia de direito* (“O Estado de direito é *informado e conformado por princípios* radicados na consciência jurídica geral e dotados de valor ou bondade intrínsecos”).²²

A centralidade da norma no contexto advém da própria lógica de limitação de poder estatal, como forma de garantia do direito individual em detrimento da atuação estatal. É importante ressaltar que essa forma de organização não detém como base um conteúdo específico, isto é, não anuncia de onde advém e em função de quem se dará a atuação do próprio Estado. A questão é complexa em vista de que a expressão “Estado de Direito” pode

²⁰ Nesse sentido é que Noberto Bobbio assevera: “o liberalismo é uma doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções” BOBBIO, Noberto. **Liberalismo e Democracia**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000. Tradução de: Marco Aurélio Nogueira, 17 p.

²¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 1999. 149 p. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella.

²² José Afonso da Silva ainda afirma que “Na origem, como é sabido, o Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal; daí falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características basilares foram: (a) *submissão ao império da lei*, que era a nota primária de seu conceito, sendo a *lei* considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b) *divisão de poderes*, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; (c) *enunciado e garantia dos direitos individuais*.” SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005, p. 112-113.

ter tantos significados distintos como a própria palavra “Direito”, como bem apontou Carl Schmitt²³.

A base do que constitui um Estado de Direito servirá como terreno à Democracia. Entretanto o Estado Democrático de Direito não advém dessa combinação, como uma equação, como bem aponta José Afonso da Silva²⁴: trata-se de um conceito mais amplo em que a democracia qualifica a razão de ser do Estado, isto é, o Estado existe em função e em razão do povo, essência da existência das normas. A soberania popular deve reger o ordenamento jurídico.

Outrossim, o Estado Democrático de Direito preocupa-se não apenas com o sentido formalista de determinada lei, isto é, não se reveste enquanto objetivo principal um modelo parnasiano da forma pela forma. A eficácia e aplicação do dispositivo busca oportunizar uma justiça social, o que “significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social”²⁵. Os critérios de razoabilidade e proporcionalidade de produção, interpretação e execução das normas são guias do próprio sistema democrático, em movimento autopoietico.

O processo penal submerso nesta lógica transmuta-se enquanto instrumento às garantias postuladas na fundação do Estado Democrático de Direito de modo a consignar meios para sua materialização. Nessa amálgama, o devido processo legal (art. 5, LIV da CRFB) apresenta-se como base jurídico-política a fim de vedar a conversão do monopólio da força em arbítrio²⁶, fincado nos princípios da legalidade e presunção de inocência, que asseveram a necessidade de previsão legal anterior ao fato para fins de tipificação, sendo tal conduta o ponto principal da averiguação e a incerteza sobre a existência desta, respectivamente. Com isso, “a punição estará legitimada quando superado este estado de incerteza”²⁷, sendo o adequado o tipo de processo que viabiliza o conhecimento da infração penal e sua autoria em “um esquema lógico e jurídico que esteja apto a apoiar a decisão em um determinado contexto de ‘verdade’”²⁸.

²³ Idem, ibidem.

²⁴ Idem, p. 119-120.

²⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005, p. 121.

²⁶ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 43.

²⁷ Ibidem, p. 32.

²⁸ Idem, ibidem.

Assim, diferentemente do que acontecia na idade primitiva, com a guerra de sangue a vingança enquanto fulcro na punição; na antiguidade, com as oferendas aos deuses em razão de suas iras e na Idade Média com a configuração dos ordálios, como forma de superação de determinada prova e aceitação do divino; no atual estágio busca-se a limitação dessas práticas conforme a perspectiva organizacional civilizatória em vigor.

Uma provocação pode suscitada acerca do Estado Democrático de Direito e processo penal. Andrade aponta que os princípios considerados enquanto fundantes do chamado processo penal democrático não são inerentes ao Estado Democrático de Direito. Para tanto, assevera que as bases de determinado sistema processual são sólidas, “elemento fixo ou estruturante”, não podendo ser relativas a certas situações específicas, de acordo com a estrutura proposta pela filosofia do Direito.²⁹ Estas, por sua vez, são representadas pelos princípios do contraditório, ampla defesa e igualdade; conforme doutrina propagada por autores como o professor Aury Lopes Jr.³⁰

Primeiro, Andrade aporta que tais normas não advém do regime democrático, mas são fundadas em mandamentos constitucionais, inclusive anteriores à própria CRFB de 1988. Assim, evidencia que “a Constituição Federal de 1967 previa expressamente o princípio da igualdade (art. 150, §1), a ampla defesa (art. 150, §15) e o princípio do contraditório (art. 150, §16)”³¹, com a configuração de seu conteúdo baseada na época ditatorial, isto é, a materialização desses preceitos se dava por meio da ótica antidemocrática.

Além disso, também suscita que tais princípios não são de aplicabilidade absoluta no processo penal. Em síntese, o autor elenca hipóteses em que as normas são afastadas, em razão de justificativa considerada plausível seja pelo julgador ou legislador. Nesse contexto encontra-se o afastamento do contraditório no momento da análise judicial acerca da medida cautelar pessoal (art. 282, §3 do CPP)³²; retirada do réu da sala de audiência (arts. 217 e 497, VI do CPP)³³; da ausência de paridade de armas no que diz respeito à impossibilidade de

²⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. Processo Penal e Democracia. In: MACHADO, Bruno Amaral (org.). **Justiça Criminal e Democracia II**. São Paulo: Mar, 2015, 159 p.

³⁰ Idem, ibidem, 153 p.

³¹ Idem, ibidem, 155 p.

³² BRASIL (Estado). Constituição (1988). Decreto-Lei nº 3.689, de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 25 mar. 2022.

³³ Idem, ibidem.

revisão criminal *pro societate* (Capítulo VII do CPP)³⁴; dos embargos infringentes admitidos apenas quando suscitados pela defesa (art. 609, parágrafo único do CPP).³⁵

É interessante a perspectiva suscitada por este autor, na medida em que evidencia o não aparecimento súbito de tais balizas no Estado Democrático. Sua ressalva acerca do conteúdo de cada norma, neste compasso, é detalhe que merece ser destacado no debate: a perspectiva que envolve os princípios é a chave de sua configuração. A virada democrática impõe a observância de tais parâmetros para sua materialização, a partir de um sistema que conduz mais força aos direitos individuais em função da historicidade que envolve o processo penal no Brasil.

Com a Constituição Federal de 1988, o sistema processual penal passa-se a situar mais próximo de um perfil acusatório, apesar de o Código de Processo Penal de 1941 inclinar-se à feição inquisitorial. Essa nova roupagem se deu por meio da admissão de normativos que privilegiam os direitos individuais.³⁶ Assim, tratar de tais normativos é levar em consideração as partes em locais diferentes: “Ora, a acusação normalmente está afeta a órgão oficial, e tem, por isso, ‘todo o aparelhamento estatal para ampará-lo’, enquanto o acusado ‘tem de contar com as suas próprias forças e o auxílio de seu advogado’”³⁷.

Com isso, a legislação que assegura prerrogativas a determinado acusado o faz enquanto priorização da presunção de inocência bem como em razão da assunção de que o aparato estatal deve desenvolver seu papel de forma robusta, a fim de evitar que se produza condenações fundadas em provas que destoam da realidade jurídica discutida. Por esse viés é que se denota o dever de certeza ou sua maior proximidade quando da condenação ou absolvição: o Estado dispõe do aparato necessário para sua averiguação.

Não se pode deixar de lado o traço acusatório que delimita as funções do juiz, que se separa da figura do acusador. O primeiro deve atuar enquanto redutor/controlador da aplicação da legislação, carregando consigo a imparcialidade que deve nortear o exercício de

³⁴ Idem, *ibidem*.

³⁵ Idem, *ibidem*.

³⁶ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas Ltda., 2019, 412 p.

³⁷ AMORIM, Maria Carolina de Melo. **A celeridade e a isonomia entre as partes no processo penal: prazo razoável para a prestação jurisdicional sem limitar a ampla produção de provas pelo réu**. 2017. 257 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. Cap. 4. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/20666/2/Maria%20Carolina%20de%20Melo%20Amorim.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2022, 134 p.

sua função.³⁸ E isto não significa impor inércia ao magistrado, aliás, o próprio poderá suscitar provas para que elucidem as questões postas durante o processo. O que não deverá fazer é trabalhar em função da produção de provas a fim de utilizá-las enquanto subsídios de acusações.

Assim é que a prova no processo penal ganha *status* preponderante na resolução do conflito, pois, é através dela que as partes disputam a narrativa quanto sua existência ou não bem como seus desdobramentos, sobre o que é juridicamente verídico/inverídico, a partir de um jogo discursivo. Dessa forma, a verdade passa a atuar como baliza à persecução penal, possível porquanto regida pela presunção de inocência, valor que condiciona o processo grau de incerteza apto a permitir o duelo. “O processo, portanto, produzirá uma certeza do tipo jurídica, que pode ou não corresponder à verdade da realidade histórica (da qual, aliás, em regra, jamais se saberá), mas cuja pretensão é a de estabilização das situações eventualmente conflituosas que vêm a ser o objeto da jurisdição penal”³⁹: apofântico.

³⁸ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas Ltda., 2019. p. 418. E prossegue o autor: “Falamos, agora, na imparcialidade no que se refere à atuação concreta do juiz no processo, de modo a impedir que este adote postura tipicamente acusatória no processo, quando, por exemplo, entender deficiente a atividade desenvolvida pelo Ministério Público. O juiz não poderá desigualar as forças produtoras da prova no processo, sob pena de violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ambos reunidos na exigência de igualdade e isonomia de oportunidades e faculdades processuais.” Idem, ibidem.

³⁹ Idem, 408 p.

2.1 A QUESTÃO DA VERDADE

A verdade bem como a noção de realidade sempre foram temas caro à filosofia bem como às ciências sociais. Se por um lado questiona(ou)-se “o que é a verdade?” ou “como se conhece a verdade?”, no primeiro ramo, como o fez René Descartes⁴⁰ quando negou a existência em seu entorno para que fosse possível encontrar uma crença indubitável; de outro, autores como Berger e Luckmman, se propuseram a definir “realidade” como uma qualidade pertencente a fenômenos que podem ser reconhecidos independente da volição dos indivíduos. A distinção basicamente reside no fato de que a filosofia não se respalda em uma realidade em si para construção de suas premissas, mas interroga a validade destas, a fim de alcançar o atesto acerca de sua existência ou não⁴¹.

As ciências sociais, a sociologia do conhecimento mais especificamente, parte da premissa de algo que é real, buscando realizar o estudo acerca dos fenômenos que são apreensíveis por todos os participantes de determinado evento. Assim, “(...) terá de tratar não somente da multiplicidade empírica do ‘conhecimento’ nas sociedades humanas, mas também dos processos pelos quais *qualquer* corpo de ‘conhecimento’ chega a ser socialmente estabelecido como ‘realidade’”.⁴²

No campo do processo, as noções de realidade e verdade também não se confundem, bem como não representam seus fundamentos. Primeiro porque admitir que algo é real é assumir a sua existência, de modo que a possibilidade daquele enunciado acerca de um fato ser irreal/não existente seria afastada, conforme conceito proposto pela sociologia do conhecimento, local que não cabe investidura no inexistente. Em outras palavras, afirmar que o fundamento do processo penal é alcançar a realidade é presumir que há uma realidade apreensível e alcançável, sendo que nem sempre aquela narrativa, apesar de verossímil, corresponde a algum evento apreensível, objetivamente comprovável e, ainda mais, real.

Por outro lado, a verdade é lida tradicionalmente sob dois ângulos: a verdade real (substancial) e a processual (formal). Aury Lopes aponta que a noção de verdade real se encontra intimamente ligada à estrutura do sistema inquisitório, que se dá sob a égide de sistemas políticos autoritários em que as regras relativas a seguridades individuais (quando

⁴⁰ DESCARTES, René. **Discurso do Método**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Tradução de: Maria Ermantina Galvão, 37 p.

⁴¹ BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. **A construção social da Realidade**. 24. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2004. Tradução de: Floriano de Souza Fernandes, p. 11-12.

⁴² Idem, 13 p.

existentes) são relativizadas em prol do alcance da premissa que se pretende comprovar⁴³. Neste sentido, métodos como tortura foram admitidos a fim de alcançar o suprasumo das comprovações, ainda que reputados como ineficientes desde Beccaria⁴⁴.

Em razão disso é que o professor Aury Lopes aponta que só se justifica a verdade formal (processual), que é conduzida por um modelo que respeita regras pré-existentes acerca da apreensão e análise dos fatos discutidos, isto é, penalmente relevantes. É preponderante sua consideração acerca do tema:

Portanto, quem fala em verdade real confunde o “real” com o “maginário”, pois o crime é sempre um fato passado, logo, é história, memória, fantasia, imaginação. É sempre imaginário, nunca é real. Já a verdade processual jurídica está relacionada com a subsunção do fato à norma, um procedimento classificatório. **A lógica aqui é dedutiva, o conhecido silogismo que se realiza na sentença. Claro que não se trata de mera adequação do fato à norma. Permeia essa atividade uma série de variáveis de natureza axiológica, inerentes à subjetividade específica do ato decisório, até porque toda reconstrução de um fato histórico está eivada de contaminação, decorrente da própria atividade seletiva desenvolvida.**⁴⁵

(negritos e sublinhados acrescidos)

No mesmo sentido Eugênio Pacelli aporta que é inadequado falar em verdade real, por ser pretérita a realidade discutida no processo, tratando-se de uma realidade histórica. Em complemento ao que propõe o professor Aury Lopes⁴⁶, Pacelli esclarece que “toda verdade judicial é sempre uma verdade *processual*. E não somente pelo fato de ser produzida no curso do processo, mas, sobretudo, por tratar-se de uma certeza de natureza *exclusivamente* jurídica”.⁴⁷ Nesse sentido, Ferrer-Béltran dispõe que “No caso da prova jurídica, por outro lado, o conjunto de elementos a valorar é um subconjunto formado pela totalidade dos elementos disponíveis: aqueles que foram incorporados aos autos judiciais.”⁴⁸

⁴³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 334. No mesmo sentido Eugênio Pacelli assevera: “O aludido princípio, batizado como da verdade real, tinha a incumbência de legitimar eventuais desvios das autoridades públicas, além de justificar a ampla iniciativa probatória reservada ao juiz em nosso processo penal.” PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas Ltda., 2019, 413 p.

⁴⁴ Como aponta o referido autor, “Outras nações e outros estudiosos entregam-na ao arbítrio do juiz, de modo que, de dois homens, igualmente inocentes ou igualmente réus, o forte e o corajoso será absolvido, o fraco e o tímido será condenado, em virtude deste exato raciocínio: Eu juiz deveria julgar-vos culpados de tal delito; tu, que és forte, soubeste resistir à dor, e, por isso, te absolve; tu, que és fraco, cedeste a ela, e, por isso, te condeno. Sinto que a confissão arrancada entre suplícios não teria força nenhuma, mas novamente sereis torturado se não confirmardes a vossa confissão” BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 1999. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, 65 p.

⁴⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, 336 p.

⁴⁶ Idem, ibidem.

⁴⁷ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas Ltda., 2019, p. 414-415.

⁴⁸ FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Salvador: Juspodivm, 2021. Tradução de: Vitor de Paula Lemos, p. 62-63.

A complexidade do debate conduz a um axioma importante: a verdade não é possível de ser alcançada, por tratar-se de um fato pretérito não repetível que é apreendido por cada indivíduo de um modo próprio. Assim é que Geraldo Prado, a partir do conceito foucaultiano, apresenta a verdade enquanto indicador epistêmico, isto é, “(...) significa reconhecer que as divergências entre teorias concorrentes na atualidade, superada a perspectiva ontológica (...) não constitui obstáculo a que se atribua ao processo a qualidade de método epistêmico de determinação de responsabilidade penal de uma pessoa”.⁴⁹

Essa premissa busca trabalhar com a noção de verdade sem que exista, necessariamente, uma definição/conceito irrefutável de verdade, entendendo-se que o processo penal busca um juízo sobre os fatos acerca do passado, sendo verdadeira ou falsa a proposição acerca destes⁵⁰. Trata-se da superação da verdade enquanto próprio fundamento do processo penal, principalmente quando se depara com o princípio do livre convencimento. Aliás, “uma boa narrativa não precisa ser verdadeira”⁵¹.

⁴⁹ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, 33 p.

⁵⁰ Idem, 22 p.

⁵¹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. Tradução de: Vitor de Paula Ramos, 58 p.

3 SISTEMAS PROBATÓRIOS PENAL NO BRASIL

Se o processo penal, em si, não busca a verdade, mas a trata como um contingente, indicador epistêmico, a narrativa que será posta em juízo dará subsídios ao julgador para fundamentar sua sentença, que será baseada em um livre convencimento, em conformidade com o que o ordenamento jurídico brasileiro adota em regra⁵². O *story-telling*, a utilização de uma narrativa que organiza fragmentos de informações sobre um acontecimento, transmuta-se enquanto ferramenta fundamental ao duelo judicial porquanto indica sentido, a fim de convencer o julgador acerca daquela tese. Assim é que o livre convencimento é exercido: limitado às provas juntadas aos autos que apontam/ou não o ocorrido a partir de uma jurisdição imparcial, que é pressuposto de um Estado de Direito.⁵³

Importante afirmar que

(...)as opções interpretativas e a livre convicção são frutos de escolhas que expressam um poder: poder de interpretação ou de verificação jurídica, quando as incertezas solucionadas sejam de direito, e poder de comprovação probatória ou de verificação fática, quando as incertezas solucionadas sejam de fato.⁵⁴

Por mais que o ordenamento jurídico brasileiro tenha como regra a livre convicção, como será aludido ao decorrer desta seção; outros sistemas probatórios ganharam espaço na lógica processual e, a fim de se entender a possibilidade de controle epistêmico quanto à racionalidade advinda destes sistemas que de alguma forma persistem na atual lógica probatória, busca-se aqui tecer breves considerações acerca de cada um.

Apesar de cada sistema ter sido utilizado em meio a tradições específicas, a saber: de cunho inquisitório ou acusatório, suscita-se aqui o prelecionado por Ferrajoli: “as diferenças identificáveis no plano teórico não coincidem necessariamente com aquelas verificáveis no plano histórico, não sendo sempre logicamente conexas entre si.”⁵⁵ É dizer: aspectos que nascem em meio ao contexto histórico de tradição acusatória, como a exclusão da motivação dos julgamentos do jurado, não se tornam essenciais ao próprio modelo teórico. No mesmo sentido ocorre em relação à tradição inquisitória.⁵⁶

⁵² Deve-se lembrar que o mesmo não ocorre no tribunal do júri, em que impera a íntima convicção dos jurados.

⁵³ LOPES JUNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, Recife, v. 8, n. 16, p. 55-91, dez. 2016. Disponível em: <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/397>. Acesso em: 02 set. 2022, 82 p..

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 87 p.

⁵⁵ Idem, 452 p.

⁵⁶ O autor ainda arremata que: “Obviamente a construção teórica dos dois modelos e a decisão a respeito do que neles é essencial e do que, ao invés, é contingente são amplamente convencionais, sendo vinculados apenas à

No caso do Brasil, a cultura portuguesa autoritária deu azo à vivência inquisitória no processo penal brasileiro. Tal espécie está conectado à ideia antidemocrática e autoritária, em que o processo penal ganha *status* oficial de sistema de opressão.⁵⁷ “Oficial” pois o ordenamento jurídico enquanto abstração repudia, em sua maior parte, atos de repressão a partir da perspectiva do “dever ser”; no entanto, atos protagonizados pela polícia conduzem a uma *práxis* paralela, como será pontuado.

3.1 SISTEMA TARIFÁRIO

Na lógica tarifária, o valor de cada prova era predeterminado pela legislação, além da hierarquização destes. Este modelo cerceava a possibilidade de o juiz extrair qualquer entendimento a partir da análise do caso concreto, não possibilitando uma valoração em si.

Nos escritos de Moacyr Amaral dos Santos,

a instrução probatória se destinava a produzir a certeza legal. O juiz não passava de um mero computador, preso ao formalismo e ao valor tarifado das provas, impedido de observar positivamente os fatos e constrangido a dizer a verdade conforme ordenava a lei que o fosse⁵⁸

Pacelli ressalta que “Como, para a obtenção da condenação, era necessária a obtenção de um certo número de pontos, quando não se chegava a esse número, a prova era obtida a partir da tortura, já que essa fazia prova *plena*”.⁵⁹

O sistema tarifário engessou as apreciações das provas, cerceando a atividade racional dos órgãos julgadores, além de impossibilitar juízos mais próximos da realidade, mesmo sendo evidente o equívoco causado a partir da coadunação das provas.⁶⁰ O valor prévio atribuído à prova enquanto “suficiente” à comprovação do fato em razão da norma esvazia a

tendente presença dos elementos assumidos como constitutivos nas respectivas tradições históricas e sobretudo à sua compatibilidade lógica. Além disso, a seleção dos elementos teoricamente essenciais nos dois modelos inevitavelmente é condicionada por juízos de valor em virtude da conexão que indubitavelmente pode ser instituída entre sistema acusatório e modelo garantista e, por outro lado, entre sistema inquisitório, modelo autoritário e eficiência repressiva.” FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 452 p.

⁵⁷ SAMPAIO, A. R.; MELO, M. E. V. Cultura Inquisitória e as Falsas Oralidades. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S. l.], v. 3, n. 3, p. 884, 2017. DOI: 10.22197/rbdpp.v3i3.95. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/95>. Acesso em: 8 set. 2022.

⁵⁸ SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Forense, 1986, p. 12.

⁵⁹ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas Ltda., 2019. 421 p.

⁶⁰ Nesse sentido, escreve o professor Rangel: “Passado o tempo, descobriu-se que esse sistema coarctava o juiz na busca da verdade processual, não o deixando decidir contra aquilo que estava nítido ser errado. Pois, se o réu, por exemplo, confessasse a prática do crime, mas prova testemunhal idônea demonstrasse que aquela confissão era para proteger determinada pessoa, o j juiz nada poderia fazer a não ser confessada a infração, condenar o réu. Ou seja, o sistema da certeza legal acabava por impedir que a verdade processual viesse à tona ou, se viesse, ficasse distorcida.” ⁶⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015, 583 p.

própria lógica indutiva e assemelha-se epistemologicamente ao dos ordálios, como aponta Ferrajoli, quando afirma que “O esquema lógico e epistemológico é, contudo, o mesmo: o da dedução da conclusão judicial como necessária (e não como provável) a partir da prova praticada e da norma que lhe confere este valor probatório ou imediatamente expressivo do fato provado.”⁶¹ Nesta toada, a superação da prova que ocorria nos ordálios a partir da inferência divina, no sistema tarifário, é substituída pelo lastro de legalidade, o que conduz a uma aparente racionalidade.

Tal sistema, frequentemente utilizado em modelos inquisitoriais, em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa⁶², ainda se faz presente no processo penal atual. Como bem evidencia Aury Lopes, quando o CPP impõe o corpo de delito quando das infrações que deixam vestígios, hipótese que não poderá a confissão do acusado substituí-lo (art. 158, CPP)⁶³. É dizer: há sobreposição do corpo de delito à confissão do próprio acusado.

A superação desse sistema foi uma conquista iluminista, que prescreveu no Decreto de 16-19 de setembro de 1791 “Vous jurez décider d’après les charges et les myens de défense et suivant votre conscience et votre intime concictios, avec l’impartialité et la fermeté qui conviennent à um homme libre”.⁶⁴

3.2 SISTEMA DA ÍNTIMA CONVICÇÃO

No sistema da íntima convicção o julgador pode decidir sem a necessidade de expor as razões, os fundamentos, pelas quais se alcançou aquela *ratio decidendi*. Os ditames da consciência são preponderantes neste aspecto. Com isso é que se retorna às considerações de Berger e Luckman⁶⁵, quando tratam da construção social da realidade: os julgadores daquele fato o analisarão a partir de suas perspectivas que têm sido forjadas durante anos, alimentadas muitas vezes por desigualdades estruturais existentes na sociedade que participam, incorrendo até mesmo em injustiça epistêmica. A dificuldade, assim, se encontra

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 110 p.

⁶² Idem, 452 p.

⁶³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, 331 p.

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 111 p. Isto é “juraes decidir conforme ao ônus e aos meios de defesa e segundo vossa consciência e vossa íntima convicção, com a imparcialidade e a firmeza que convêm a um homem livre.” Idem, ibidem.

⁶⁵ BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. **A construção social da Realidade**. 24. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2004. 247 p. Tradução de: Floriano de Souza Fernandes.

em balancear racionalidade e irracionalidade, sem deixar que estereótipos e outras percepções falhas tomem o rumo da sentença.

A questão ainda toca diretamente na efetivação do direito à defesa do acusado. Nesse sentido, discorre o professor Rangel:

A decisão que emana desse órgão do Poder Judiciário deve ser fundamentada. A sociedade tem o direito de saber as razões pelas quais um de seus membros foi absolvido ou condenado. **O réu tem o direito de saber as razões da sua condenação. Trata-se de um imperativo constitucional que fulmina de nulidade o ato que emanar do Judiciário sem fundamentação. Ou trabalhamos com a Constituição e asseguramos suas regras à sociedade, ou de nada vale uma Constituição avançada se não é cumprida,** "se carece de técnicas coercitivas - de garantias - que permitam o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo" (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, ob. cit., p. 852).⁶⁶
(grifos e negritos acrescidos)

A impossibilidade de conhecer as razões pelas quais o réu fora condenado ou absolvido, por exemplo, descarta a possibilidade de impugná-las. Esta dificuldade pragmática impede até mesmo o controle estatal, ainda que diante da previsão de soberania dos veredictos oriundos do júri⁶⁷; além do fato de que “aquilo que não pode ser expresso e justificado com argumentos racionais não pode ser considerado relevantes para fins de decisão.”⁶⁸

Nesse sentido, é possível afirmar que tal sistema encontra-se em sentido contrário à concepção epistêmica do processo em vista de que a íntima convicção trata de concepção irracionalista⁶⁹. Assim,

“o juiz do fato (jurado ou juiz togado) estaria desvinculado não só das regras de prova legal, mas também de qualquer critério racional de valoração. A decisão sobre as provas (e, por conseguinte, a apuração do fato) seria, pois, fruto de uma atividade irracional de introspecção radicalmente subjetiva e substancialmente solipsista, relegada <<à imperscrutável esfera do individual>>”.⁷⁰

Importante pontuar que o intimismo decisório ainda coexiste formalmente em paralelo, nos casos do Tribunal do Júri. Assim é que o Código de Processo Penal, no artigo 482 e seguintes trata do Conselho de Sentença, sobre o modo em que há a tomada de decisão dos jurados, sobre a materialidade do fato, a autoria e participação, absolvição, causa de diminuição de pena ou circunstância qualificadora ou causa de aumento posta na pronúncia ou

⁶⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015, 517 p.

⁶⁷ Art. 5, XXXVIII, c) da CRBF. BRASIL (Estado). Constituição (1988). Constituição Federal. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 jun. 2022.

⁶⁸ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. Tradução de: Vitor de Paula Ramos, 277 p.

⁶⁹ Idem, 189 p.

⁷⁰ Idem, ibidem.

em decisões posteriores. A questão da íntima convicção se torna ainda mais explícita quando o CPP dispõe no artigo 472, *in verbis*:

Art. 472. Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se, e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça.

Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão:

Assim o prometo.

(grifos e negritos acrescidos)

Neste caso, impera o íntimo convencimento pois não se faz necessária a exposição dos fatos pelos quais entende-se por aquela sentença, prevalecendo esta via de exceção à regra epistêmica processual em vista da supremacia do júri, nos termos do inciso XXXVIII, alínea 'b' c/c 'c' da CRFB. Esta previsão abre margem para a sobreposição de questões subjetivas frente ao caso debatido, sendo possível, inclusive, que o jurado/júri decida em sentido contrário ao arcabouço probatório contido nos autos.

A recusa do sistema da íntima convicção levou o sistema jurídico a adotar meios que fossem possíveis a aferição sobre os fundamentos que conduziram a absolvição ou condenação dos acusados. Neste sentido, adotou-se o sistema da livre convicção.

3.3 SISTEMA DA LIVRE CONVICÇÃO

Historicamente a alteração do sistema tarifário de provas legais ao sistema do livre convencimento tornou-se questão problemática na medida em que o repúdio à estipulação prévia dos valores atribuídos às provas transmutou-se em repúdio à própria prova. Com isso, o entendimento da desnecessidade da prova para a valoração e, conseqüentemente, o exercício da livre convicção tornou em vã a alteração normativa⁷¹, pois,

se é certo que nenhuma prova legalmente predeterminada pode ser considerada suficiente por si mesma para garantir a verdade da conclusão, em contraste com a livre convicção do juiz, nem sequer a livre convicção pode ser considerada por si mesma suficiente para tal fim, ao ser necessário que seja acompanhada de alguma prova legalmente predeterminada.⁷²

No ordenamento jurídico brasileiro, com exceção do Tribunal do Júri, a prova impõe limites ao que pode ser considerado em uma decisão. Por isso que o modo em que ingressam

⁷¹Idem, 113 p.

⁷²Idem, 119 p. No mesmo sentido dispõe Michele Taruffo: "A motivação deve indicar as razões pelas quais o juiz entendeu que os fatos resultaram provados segundo critérios objetivos e racionalmente verificáveis; portanto, as razões com base nas quais justifica sua decisão, fazendo referência às provas; não é tarefa sua – e muito menos poder ser seu <<dever>> fazê-lo – persuadir alguém que creia na veracidade daqueles fatos." TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. Tradução de: Vitor de Paula Ramos, 273 p.

no processo é etapa cautelosa pois servirá de subsídio às narrativas processuais e, posteriormente, à própria decisão. Em que pese a existência do livre convencimento, a legislação não assevera como ocorrerá a valoração racional das provas, o que conduz a uma preocupação de cunho epistemológico⁷³.

O sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional fora proposto a fim de possibilitar a análise das provas existentes no processo, objetivando preencher o hiato existente entre a legislação e o ordenamento jurídico preconizado pelo sistema tarifário. Assim, na exposição de motivos do “novo” Código de Processo Penal, considerou-se que:

Não serão atendíveis as restrições à prova estabelecidas pela lei civil, salvo quanto ao estado das pessoas; nem é prefixada uma hierarquia de provas: na livre apreciação destas, **o juiz formará, honesta e lealmente, a sua convicção.** O juiz criminal é, assim, restituído a sua própria consciência.⁷⁴

(grifos e negritos acrescidos)

Em que pese as expressões de ampla textura, o que conduz a uma série de questionamentos acerca de seus conteúdos, a reforma do Código de Processo Penal em 1941 consagrou a possibilidade da valoração, sendo o livre convencimento instituído no artigo 155 do CPP, que assevera:

Art. 155. O juiz formará sua **convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial**, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. **(Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)**⁷⁵

(grifos e negritos acrescidos)

A partir desse preceito é que o magistrado realiza sua interpretação acerca das provas que ingressam no processo a fim de indicar ou constatar a existência de um fato dito delituoso e, para além, vislumbrar a existência de fatos acessórios que podem influir diretamente na resolução daquele caso. Neste aspecto, é preponderante a observância do respeito ao contraditório, norma que impõe a possibilidade de as partes apreciarem a prova que ingressou no processo. Como referido, não se trata de mera formalidade, mas preceito considerado como um dos fundamentos basilares do processo dito democrático. Essa questão, inclusive, obsta a possibilidade de o próprio juiz decidir exclusivamente nos elementos que foram

⁷³ Ferrajoli, no mesmo sentido, arremata que: “A fórmula da livre convicção não encerra, mas abre o problema da identificação das condições probatórias que justificam a convicção, isto é, da definição – não legal, mas epistemológica – do conceito de ‘prova adequada’ ou, como se queira, ‘convincente’”. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 113 p.

⁷⁴ Exposição de Motivos, item VII do CPP.

⁷⁵ BRASIL (Estado). Constituição (1988). Decreto-Lei nº 3.689, de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 31 mar. 2022.

produzidos antes da efetivação do contraditório pleno (tendo em vista que quando ingressam no processo, este comando é dito como diferido, por acontecer em momento posterior à sua realização⁷⁶).

Preponderante ressaltar que o termo “livre” deve ser lido de modo restrito ao que dispõe do devido processo legal. Como aponta Eugênio Pacelli, “o juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquela que lhe parecer mais convincente.”⁷⁷No entanto, a liberdade refere-se à não submissão do juiz a interesses políticos, econômicos ou mesmo à vontade da maioria, não sendo plena na dimensão jurídico-processual já que não há a possibilidade de substituir a prova por mera opinião acerca da realidade pretérita debatida⁷⁸.

Não por acaso, o livre convencimento não é puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas: o juiz está livre dos valores preestabelecidos, mas não da motivação da sentença; aspecto preponderante que constrói a diferença entre a íntima convicção e o livre convencimento⁷⁹. Neste sentido, dispõe ainda o autor Eugênio Pacelli, *in verbis*:

O princípio do livre convencimento motivado (ou persuasão racional), essencialmente, é uma conquista da modernidade, na linha da superação do chamado positivismo legalista, no qual a função do juiz deveria se resumir à reprodução da “boca da lei”. A exigência de motivação do julgado, porém, e, mais que isso, **é uma afirmação da proeminência de um modelo garantista de processo penal, no qual a participação da defesa deve ser a mais ampla possível, como impugnação dialética à(s) imputação(ões) feita(s) ao acusado.**⁸⁰

(grifos e negritos acrescidos)

O garantismo⁸¹ referido é próprio do sistema acusatório, que tem o julgador como sujeito passivo separado das partes, imparcial, cuja atuação se dá diante de um debate

⁷⁶ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentário ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017, 626 p.

⁷⁷ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas Ltda., 2019, 421 p.

⁷⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, 332 p.

⁷⁹ Exposição de Motivos, item VII do CPP.

⁸⁰ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentário ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017, 263 p.

⁸¹ Nos termos de Flávio da Silva Andrade, “o garantismo (...) é uma doutrina político-constitucional que assegura direitos ao cidadão, isto é, que estabelece garantias em seu favor de modo a limitar o poder estatal. Noutras palavras, consiste em um sistema de garantias dos direitos fundamentais (civis, políticos e sociais), em uma teoria jusfilosófica voltada à tutela do cidadão contra o arbítrio do Estado, dirigida à proteção dos direitos individuais mediante a limitação dos poderes estatais”. ANDRADE, Flávio da Silva. A construção participada da decisão penal no estado democrático de direito: a garantia de participação das partes, pelo contraditório, na composição da decisão justa e legítima. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S.L.], v. 3, n. 3, p. 1007-1041, 14 out. 2017. Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.83>. Acesso em: 22 jun. 2022, 1010 p.

predominante oral, paritário, iniciado pela acusação, a qual compete o ônus da prova; a ser solucionado pelo juiz com base na livre convicção.⁸² Por meio da participação, as partes constroem suas narrativas acerca do fato debatido, isto é, a materializam uma das esferas do contraditório, que permite a manifestação dos polos processuais quanto aos elementos acostados aos autos.

O contraditório também se manifesta no sentido do direito à prova, o que conduz a uma série de axiomas, como postula Ferrer-Beltrán: 1) direito de utilizar todas as provas que se tem acesso para demonstrar a verdade dos fatos; 2) que tais elementos sejam produzidos durante o processo; 3) que a apreciação e valoração destas provas seja racional e que 4) a motivação seja um dever nas decisões.⁸³

No primeiro caso, é preciso pontuar que a utilização das provas deve observância à legislação. A prática desenfreada pela busca de determinada verdade, como visto, incorre em violações aos direitos e garantias individuais de modo que a leitura deste axioma se limita ao que constitucionalmente e infra é consignado, como a inadmissibilidade da prova ilícita (art. 5, LVI da CRFB c/c art. 157 CPP), caso que não ocorre quando esta é utilizada em favor do réu. Com isso, “o direito de utilizar todas as provas que se tem acesso” deve ser lido sob a ótica da formalidade necessária para produção da prova.

No andamento, consigna-se o momento da produção da prova: o processo. No processo penal brasileiro, a hipótese da prova cautelar, nos casos de urgência e quando irrepetíveis (art. 155, *caput* do CPP), constituem exceções. Ainda nesta via excepcional, o contraditório se reveste em momento posterior, diferido. A parte deve ser oportunizada para manifestar-se acerca do conteúdo daquela prova, em verdade, da própria existência desta. Em que pese estas situações, a produção em meio ao processo é circunstância que permite a partição direta das partes, em um exercício dialético constituído na discussão das questões

Nos termos de Ferrajoli, “O garantismo penal é, antes de tudo, um modelo cognitivo de identificação do desvio punível, baseado em uma epistemologia convencionalista e que comporta refutações (ou declarações de falsidade), tornada possível pelos princípios de legalidade estrita e de estrita jurisdiccionariedade. E, além disso, um modelo estrutural de direito penal caracterizado por alguns requisitos substanciais e por algumas formas procedimentais em grande parte funcionais a tal epistemologia: como a consequencialidade da pena ao delito, a exterioridade da ação criminosa e a lesividade de seus efeitos da culpabilidade ou responsabilidade pessoal, a imparcialidade do juiz e sua separação da acusação, o ônus acusatório da prova e os direitos da defesa.” FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 134 p.

⁸² Idem, 452 p.

⁸³ FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Salvador: Juspodivm, 2021. Tradução de: Vitor de Paula Lemos. p. 82-88.

jurídicas profundas, que reduz o espaço para o subjetivismo na medida que afasta o risco de decisionismo, corroborando para um resultado mais justo e legítimo⁸⁴.

O princípio da livre convicção, além de resguardar o contraditório, constitui a

1) a não presunção legal da culpabilidade, na presença de tipos de prova abstratamente previstos na lei; 2) a presunção de inocência, na ausência de provas concretamente convincentes de sua falsidade; 3) o ônus para a acusação de exhibir tais provas, o direito da defesa de refutá-las e o dever do juiz de motivar, com base nelas a própria convicção em caso de condenação. 4) a questionabilidade de qualquer prova, que sempre justifica a dúvida como hábito profissional do juiz e, de acordo com isso, permite a absolvição.⁸⁵

A separação das atribuições de juiz e acusador no que diz respeito ao ônus da prova representa, como dito, um desdobramento do modelo garantista em harmonia com o princípio da livre convicção na medida em que não caberá ao juiz estabelecer valorações sobre provas que ele próprio requisitou. Isso com a finalidade de “assegurar a imparcialidade objetiva - estética de imparcialidade - é preciso que o juiz esteja objetivamente afastado, ou seja, que não pratique 'atos de parte', que não determine medidas restritivas de direitos fundamentais de ofício”.⁸⁶ A não separação conduz à mescla do acusador e juiz, em um movimento contra epistêmico, que contamina a possível valoração e macula a imparcialidade necessária. O papel do juiz, assim, é exercer a análise das narrativas do plano de fundo, em prol da imparcialidade, não protagonizando a dilação probatória para a comprovação de teses acusatórias e isso não implica sua total inércia. Como dito, a verdade como contingente permite que o magistrado, de modo excepcional, atue em favor de dirimir suas dúvidas bem como esclarecer eventual aspecto não esclarecido.

A conquista da separação de tais atividades, no estágio atual do processo penal democrático, impõe a observância na alteração de outras estruturas processuais, para além do ônus da prova. Nesse sentido está a previsão do “juiz de garantias”, que deve atuar nas fases preliminares do processo, garantindo um “passo fundamental na direção de um processo penal democrático, que preconiza regras claras, harmônicas, éticamente aceitáveis e orientadas pela

⁸⁴ ANDRADE, Flávio da Silva. **A construção participada da decisão penal no Estado Democrático de Direito**: a garantia de participação das partes, pelo contraditório, na composição da decisão justa e legítima. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 1007-1041, set./dez.2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.83>, p. 1033.

⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 111 p.

⁸⁶ LOPES JUNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, Recife, v. 8, n. 16, p. 55-91, dez. 2016. Disponível em: <https://revistas.faculdededamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/397>. Acesso em: 02 set. 2022, 63 p.

Constituição Federal”⁸⁷ a fim de que não exista a vinculação de raciocínio prévio em toda a instrução, como bem explica a teoria da dissonância cognitiva.

Deve-se considerar a lógica da dissonância e o ‘efeito primazia’ para fins de uma valoração “livre”. Aury Lopes e Ruiz Ritter explica que o juiz, ao apreciar determinada demanda de modo prévio, tende a vincular-se naquele mesmo entendimento durante todo o processo. Isso porque, segundo a teoria mencionada, os indivíduos tendem a manter-se harmonicamente estruturados com suas próprias convicções, fazendo com que a primeira informação tomada acerca de determinado indivíduo seja mantida ao longo de sua experiência. Em seus termos,

a dissonância cognitiva é um fenômeno muito mais comum do que possa aparentar, são os dois contextos nos quais a mesma se manifesta inevitavelmente, que se traduzem na tomada de decisões (o que se denominou dissonância pósdecisória), e no contato com informações sobre alguém que coloquem em xeque a primeira impressão fixada sobre essa pessoa (dissonância pósprimeira impressão - que inclusive encontra apoio nos estudos da percepção de pessoas, no chamado efeito primazia)⁸⁸

No processo penal, o contato do juiz previamente ao processo para fins de análise de legalidade de provas requeridas em sede de inquérito policial, que serve à construção da *opinio delicti*, conduz o magistrado ao efeito primazia cuja parcialidade torna-se questionável e, portanto, também sua livre valoração⁸⁹. A aproximação de seu papel decisório aproxima-se, nesse sentido, à tese acusatória, o que comporta crítica, pois, “O juiz não deve orientar a investigação policial, tampouco presenciar seus atos, mantendo uma postura totalmente suprapartes e alheia à atividade policial.”⁹⁰

Aliás, nesse contexto, tal atividade influencia diretamente na instrução processual no que diz respeito ao objeto que será valorado pelo juiz. Não se pode deixar de lado as considerações sobre as atividades paraestatais, “extraoficiais”, que obedecem à lógica de uma

⁸⁷ Idem, 82 p.

⁸⁸ Idem, 68 p.

⁸⁹ Quando ao debate sobre a voluntariedade da ação, arremata Aury que: “Havendo dúvida sobre a ocorrência de tais situações desconfortáveis em seres ditos racionais, e seus respectivos motivos, basta se pensar que não necessariamente se está diante de um fenômeno cognitivo voluntário (que possa ser evitado). Pelo contrário, é no plano do involuntário que as incoerências acabam imperando, haja vista não se poder controlar, no mundo real (que imprevisível), todas as informações que chegam aos ouvidos das pessoas (muitas vezes contrariando o que acreditam), ou se prever todos os eventos naturais que podem suceder e eventualmente poderão contrariar os conhecimentos humanos anteriores.” LOPES JUNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, Recife, v. 8, n. 16, p. 55-91, dez. 2016. Disponível em: <https://revistas.faculdededamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/397>. Acesso em: 02 set. 2022, 67 p.

⁹⁰ Idem, 58 p.

ética própria da polícia, como bem aponta Roberto Kant de Lima. A colheita do que superveniente reputa-se enquanto prova muitas vezes é realizada conforme a *práxis* da polícia, que distinguem os indivíduos considerando classes que merecem, ou não, o respeito à legislação, isto é, se o ato será realizado sob a égide da legalidade ou não.⁹¹

Mesmo que diante da existência de uma ética repassada pelos policiais por meio da tradição, é fato que não há uma generalidade entre as condutas de cada policial, o que gera ainda mais discricionariedade de sua atividade, nada obstante a ilegalidade.⁹² O levantamento de indícios por essa prática, que presume o investigado enquanto culpado, busca fornecer ao juiz meios à condenação⁹³, o que traduz um saber que, no decorrer do processo, tornar-se-á uma verdade⁹⁴.

⁹¹ KANT DE LIMA, Roberto. **Cultura jurídica e práticas policiais**: a tradição inquisitorial. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, ANPOCS, 4 (10), p. 65-84, 1989.

⁹² Idem, 75 p.

⁹³ Idem, 68 p.

⁹⁴ JESUS, Maria Gorete Marques de. O regime de verdade da fase policial: as narrativas dos flagrantes de "tráfico de drogas". In: JESUS, Maria Gorete Marques de. **A verdade jurídica nos processos de tráfico de drogas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. Cap. 4, p. 87-129.

4 CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO ENQUANTO FERRAMENTA À VALORAÇÃO RACIONAL.

O processo penal comporta em sua dinâmica meios de prova a fim de demonstrar a existência ou não de determinado evento, como supracitado. É a partir destes que a sentença penal se calca, sendo a maneira pela qual a construção do processo se desenvolve chave primordial à tomada de decisão.

Os sistemas de valoração que se fizeram presente na realidade jurídica brasileira já apontaram a necessidade de forjar meios racionais à valoração da prova, diante não só da efetiva materialização do direito de defesa, mas também da vedação da sobreposição de uma perspectiva particular, individual, em relação ao ideal de Estado Democrático de Direito. A ausência de convicção do juiz fazia-o distante da apreciação real da análise das provas, como no sistema tarifário, e a íntima convicção exacerbada afasta o direito de defesa bem como foge da necessidade de fundamentação das decisões. A partir disso, a lógica atual da valoração busca um equilíbrio entre a legalidade estrita e a valoração propriamente dita, que não se encontra regulada, isto é, não se diz de forma o julgador deve desenvolver sua argumentação, a partir de um elemento constante no juízo.

Como citado, Berger e Luckmann propõe estudo cujo objeto é a construção social da realidade, em que há transferência de conhecimento entre os indivíduos, refletidos em aspectos sociais, políticos e econômicos daquele indivíduo. Assim é que há a formação da percepção do que é real, verídico, no mundo. De modo semelhante, esta lógica também pode ser vislumbrada no processamento da demanda penal. Isso porque as partes integrantes do processo constroem suas narrativas, assumindo pontos de vistas distintos, em regra, a partir da apreensão do fato e sua leitura, considerando não só aspectos objetivamente apreensíveis a todos os analistas, mas também subjetivos, psicológicos.

Na dinâmica do processo penal brasileiro, incumbe ao acusador o ônus probatório de suas alegações (art. 41 do CPP), tendo em contrapartida a presunção de inocência por parte do acusado. Esta prerrogativa, por sua vez, não implica inércia por parte da defesa, pelo contrário: a atividade probatória defensiva torna ainda mais robusta a presunção, ora relativa, além de comprovar a versão de sua narrativa. Assim, as partes realizam a proposição da produção de provas, que possuem uma finalidade: comprovar aspectos da tese que sustentam, a partir da materialização do direito ao contraditório, examinado anteriormente.

Neste aspecto, rememora-se que o processo penal também constitui espaço ao *story-telling* e, sendo assim, alguns riscos acabam participando/frustrando a “busca pela verdade”. Isso porque as comprovações das narrativas não necessariamente constituem aspectos verídicos em vista de que as partes, ao satisfazerem o ônus probatório, orientam sua atividade processual no sentido de demonstrar que suas alegações de fato são fundadas do ponto de vista fático, que não será necessariamente verdadeiro. Em outros termos, determinada parte poderá alegar enunciado falso e demonstrar sua veracidade.⁹⁵ Com isso, “a parte que faz alegações falsas corre o risco de ser declarada sucumbente, mas somente por não ter logrado êxito em fornecer provas suficientes que confirmassem suas alegações, não por essas serem falsas”.⁹⁶

A atividade do magistrado no ordenamento jurídico brasileiro, “a quem compete a função epistêmica fundamental”⁹⁷, faculta ao juiz a instrução probatória, hipótese foge à lógica de comprovação de determinada tese, mas à busca pela verdade. Conceitualmente, a instrução probatória não constitui uma investigação *per si* em vista de que esta última, normalmente afeta aos procedimentos pré-processuais como o inquérito policial, busca subsidiar minimamente o lastro apto à denúncia/queixa-crime, constituindo atividade direcionada à tese acusatória. O poder instrutório, assim, visa assegurar a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes (art. 156, I do CPP) ou, ainda, conduzir esclarecimentos que porventura ocorram em meio à deslinde processual (art. 156, II) a fim de perseguir conclusão não dispostas necessariamente pelas partes.

Michele Taruffo aponta que o exercício do poder instrutório pelo juiz não necessariamente conduz à uma ruptura de sua imparcialidade. O juiz, enquanto indivíduo, constitui-se também de valores adquiridos ao longo de sua vivência, a partir da realidade em sua volta, como bem apontado por Berger e Luckmann e anteriormente mencionado. Com isso, as estruturas sociais predominantes assumem especiais destaques na configuração do modo de pensar do julgador, que imprime sua subjetividade nas decisões e sentenças. Esta percepção, no entanto, obedecerá aos limites estabelecidos legalmente, participando do esquema de valoração das provas. Para tanto, faz-se necessário algumas considerações acerca dos momentos probatórios dentro do processo.

⁹⁵ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. Tradução de: Vitor de Paula Ramos, 199 p.

⁹⁶ Idem, *ibidem*.

⁹⁷ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. Tradução de: Vitor de Paula Ramos, 200 p.

4.1 MOMENTOS PROBATÓRIOS NO PROCESSO PENAL

Ferrer-Beltrán aponta que a atividade probatória se divide em três momentos: a formação de conjunto de elementos de juízo, que subsidiarão a decisão; a valoração destes e a tomada de decisão⁹⁸ que, no ordenamento jurídico brasileiro, pode ser vislumbrado nas fases da proposição da prova, admissão, produção e valoração.

Há proposição de provas quando determinada parte, ou o juiz por meio do seu poder instrutório, requer a produção de determinada prova. A acusação realiza tal solicitação no momento da denúncia/queixa-crime (art. 41 do CPP) ao passo que a defesa no momento da defesa prévia. A admissão daquilo que fora requerido será vislumbrado pelo juiz a partir do critério de relevância, nos termos do Código de Processo Penal: “As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias” (art. 400, §1 do CPP).

Nos termos de Gustavo Badaró:

A admissão ou deferimento das provas se dá por decisão judicial. Correlato à proposição de provas lícitas é o direito de exclusão das provas inadmissíveis. A inadmissibilidade é uma sanção processual que visa a impedir que provas viciadas ingressem no processo e possam influenciar, de alguma forma, o convencimento judicial⁹⁹

Nessa toada, em regra, toda e qualquer prova é cabível, em vista do princípio da relevância. Esta se dá quando subsidia algum aspecto fático que se pretende comprovar. Apesar disso, a admissão de provas obedecerá às regras jurídicas pré-estabelecidas, que servirão enquanto filtros¹⁰⁰ à atividade probatória. Esta dinâmica ocorre em respeito a valores considerados fundamentais pelo ordenamento jurídico e/ou nas hipóteses processuais em que há baixo valor epistêmico. No primeiro caso, pode-se citar a impossibilidade da utilização de prova ilícita, como regra ao passo que se vislumbra como baixo valor epistêmico a prova colhida por meio da testemunha de “ouvi dizer”¹⁰¹.

⁹⁸Idem, 61 p.

⁹⁹ BADARÓ, Gustavo H. R. Ivahy. Direito processual penal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, 204 p.

¹⁰⁰ Ferrer-Beltrán aponta que “Uma regra sobre a prova será, então, irracional como meio para lograr a finalidade da apuração da verdade se não for adequada para maximizar as possibilidades de alcançar essa finalidade” FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Salvador: Juspodivm, 2021. Tradução de: Vitor de Paula Lemos, 103 p.

¹⁰¹ Nesse sentido encontra-se o Agravo Regimental no HC 668.407/RS. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 668.407/RS**. Processo Penal. Agravo regimental no Habeas Corpus. Júri. Pronúncia baseada em elementos exclusivamente extrajudiciais. Impossibilidade. Ofensa ao art. 155 do CPP. Ausência de provas judicializadas. Violação dos princípios do contraditório e da plenitude de defesa. Invocação do princípio in dubio pro societate para justificar a decisão de pronúncia. Impossibilidade.

É preciso destacar que a relevância não deve implicar redundância do mesmo tipo de prova, acerca da mesma hipótese que se pretende comprovar¹⁰². A redundância se dá quando há corroboração de uma afirmação por diferentes elementos oriundos do mesmo meio de produção de prova. Caso “n” testemunhas assumirem a mesma narrativa, a narrativa de “n+1”, ainda que seja no mesmo sentido, torna-se redundante e, portanto, não terá o mesmo valor epistemológico do primeiro relato. Hipótese diversa se dá quando tais conteúdos advêm de meios de provas diversos, o que acaba tornando mais robusto o arcabouço probatório, numa hipótese de corroboração.¹⁰³

No que concerne ao momento de produção de provas, o ordenamento jurídico admite que os elementos de informação possam ser colhidos desde antes o processo, sendo tal objeto submetido ao contraditório posteriormente, sendo este concebido enquanto “diferido”. Apesar disso, em regra, as provas são produzidas em meio ao processo, quando já formada a triangularização, a fim de permitir que as partes participem na formação delas, exercendo o direito à ampla defesa e contraditório.

Neste aspecto, Ferrer-Beltrán aponta que se deve ter especial cuidado no momento de apreensão das provas e seu tratamento, visto que tal etapa infere diretamente à fiabilidade daquele elemento. Por mais que a regulamentação acerca de como a valoração deve ser realizada reste escassa, ou inexistente no ordenamento jurídico brasileiro, este aspecto deve ser considerado com especial atenção, a fim de se obter sentenças subsidiadas em um acervo probatório mais robusto em seu conteúdo. Com isso, o referido autor propõe que a construção processual para a valoração das provas deve considerar desde a aquisição do elemento até o momento de sua utilização.

Quanto à fiabilidade, é importante asseverar que se trata de hipótese anterior à própria análise do conteúdo daquele elemento. Saber se determinado elemento está em condições de

Agravo regimental desprovido. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 19 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/veto-condenacao-base-inquerito-vale.pdf>. Acesso em: 30 de junho de 2022.

¹⁰² Uma questão preponderante diz respeito às provas que tem como objeto outras provas. Estas são subsidiárias um elemento fático em si, mas visam atestar a confiabilidade da prova que o faz. Com isso, não seriam consideradas como relevantes. Acontece que Ferrer-Beltrán assevera que há utilidade epistêmica nestas provas sobre provas para correção tomada de decisão, constituindo uma relevância indireta. FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Salvador: Juspodivm, 2021. Tradução de: Vitor de Paula Lemos. 132 p.

¹⁰³ Idem, p.101-112.

ser avaliado, se pode sê-lo, e saber o valor que o juiz lhe atribuirá são hipóteses diversas, sendo a primeira conceituada enquanto “fiabilidade probatória”.¹⁰⁴

Nesse sentido, dispõe Michele Taruffo:

Um procedimento epistêmico válido requer que a determinação ou a criação dos elementos de conhecimento e das informações necessários para a formulação de conclusões confiáveis sejam conhecidos e verificáveis, além de – quando possível – repetíveis. Um historiador que não revela as fontes de informação que utilizou, ou um cientista que não explica o procedimento que seguiu para chegar à sua descoberta certamente não produzirão conhecimentos merecedores de consideração.¹⁰⁵

Após a produção da prova, e finda a instrução processual, ocorrerá a apreciação do juiz. O raciocínio acerca da narrativa do juiz pode ser concatenado em quatro etapas: de primeiro nível, que estabelece a combinação de narrativas que retomam o fato principal; de segundo nível, eventual, “a partir dos quais se possam fazer inferências sobre a veracidade ou a falsidade dos enunciados pertinentes aos fatos principais”¹⁰⁶, como presunções; de terceiro nível, momento em que compila-se tudo que fora colhido em sede de instrução processual e, por fim, de quarto nível, que “inclui as circunstâncias das quais se podem fazer inferências sobre a credibilidade e a confiabilidade dos enunciados do terceiro nível”¹⁰⁷

A confirmação¹⁰⁸ dos enunciados oriundos desse esquema se dá por meio dos critérios de inferências singulares ou em conjunto. Tal pode ocorrer por meio de noções da experiência comum que representam leis científicas de caráter universal vulgarizadas; noções de experiência comum caracterizadas por um robusto nível de probabilidade; noções de senso comum baseadas em aspectos considerados como comuns, generalistas e; por meio de noções de senso comum calcadas em “pseudorregras que não encontram fundamento na realidade empírica”.¹⁰⁹ Importante ressaltar que “(...) o grau de confirmação de um enunciado deriva de

¹⁰⁴ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, 88 p. Ainda mais, o autor assevera que “a fiabilidade probatória se refere ao esquema de ingresso do elemento probatório no procedimento em cujo âmbito, posteriormente, este elemento poderá ser objeto de avaliação e diz muito especificamente com a questão dos controles epistêmicos, compreendidos nesta etapa como ‘controles de entrada’”. Idem, ibidem.

¹⁰⁵ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2016. Tradução de: Vitor de Paula Ramos, 180 p.

¹⁰⁶ Idem, p. 237.

¹⁰⁷ Idem, p. 237-238.

¹⁰⁹ Idem, p. 241– 242.

inferências lógicas que levam em conta a quantidade e a qualidade das provas disponíveis que se referem aquele enunciado, seu grau de confiabilidade e sua coerência”¹¹⁰.

Neste momento, o *standard* probatório pode ser utilizado como ferramenta à determinação dos fatos.¹¹¹ Isso porque sua utilização tem por objeto a fixação do grau de corroboração da veracidade de determinada hipótese.¹¹² Metaforicamente, o *standard* constitui “sarrafo” que estipula a altura em a hipótese deve alcançar para que seja considerada verdadeira”¹¹³. Ao determinar quais provas contribuíram para fundamentação daquela decisão, isto é, quais provas foram utilizadas no momento da valoração e qual o grau de corroboração; proporciona-se a possibilidade de controle quanto à influência da subjetividade do julgador no caso.

Nos termos exatos da professora Janaina Matida:

Os *standards* de prova integram precisamente um horizonte de reflexões sobre *soluções institucionais* às limitações cognitivas que acometem os juízes; são barreiras que o desenho institucional pode – e deve – colocar à irracionalidade judicial. Desenvolver teorizações sobre *standards* é, nesse sentido, em primeiro lugar, reconhecer a necessidade de se refletir sobre a suficiência das hipóteses fáticas produzidas em Juízo e a partir de quê ponto, de quê patamar, elas podem justificadamente ocupar a função de premissa menos de uma decisão condenatória e, em segundo lugar, determinar em quê ponto de exigência determinado sistema jurídico deve fixar o seu próprio *standard* de prova.¹¹⁴

Trata-se de ferramenta que se preocupa com a dimensão epistemológica e político-moral do processo. No primeiro caso, o *standard* impõe que sejam forjadas regras que assegurem a diminuição de erros na marcha processual ao passo que é realizada uma escolha político-moral quanto à diminuição destes erros. Propor um *standard* robusto, rígido, em que se faz necessária a comprovação mais robusta para condenação no processo penal, por exemplo, pode induzir ao aumento de absolvições de culpados ante o não alcance/superação do parâmetro do *standard*. Em outro sentido, poderá existir mais condenações de inocentes

¹¹⁰ Idem, 25 p.

¹¹¹ MATIDA, Janaina. **Standards de prova: a modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção**. In: Arquivos da resistência: ensaios e anais do VII Seminário Nacional do IBADPP, Florianópolis: Tirant lo blanch, 2019, 101 p.

¹¹² MATIDA, J.; VIEIRA, Antonio. **Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova ‘para além de toda a dúvida razoável’ no processo penal**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, Dossiê Provas no Processo Penal (coord: Aury Lopes Jr. e Yuri Felix), 2019, 229 p.

¹¹³ MATIDA, Janaina; ROSA, Alexandre Moraes da. **Para entender standards probatórios a partir do salto com vara**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-20/limite-penal-entender-standards-probatorios-partir-salto-vara#sdfootnote3anc>. Acesso em: 12 ago. 2022

¹¹⁴ MATIDA, Janaina. **Standards de prova: a modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção**. In: Arquivos da resistência: ensaios e anais do VII Seminário Nacional do IBADPP, Florianópolis: Tirant lo blanch, 2019, 95 p.

caso o *standard* admitido seja de baixo grau probatório.¹¹⁵ A equação e escolha do nível necessário, do “sarrafo”, é sobretudo uma questão político-moral que se pode revelar de forma assimétrica, ou não, a depender do contexto do sistema jurídico que abriga o *standard*.

Em meio à tradição anglo-saxônica, um modelo utilizado nos processos penais ganhou/tem ganhado destaque em solo brasileiro, como bem aponta a professora Janaina Matida: O *beyond any reasonable doubt* que, em português, passou a ser conhecido como “Além de qualquer dúvida razoável”. Em sua origem, seu uso se dá em razão do grau necessário ao alcance da veracidade da hipótese, que é de 95% ou mais, ou seja, maior probabilidade de absolvições de culpados do que condenações de inocentes. No Brasil, este tem sido utilizado como um argumento retórico que revela a íntima e subjetiva convicção do magistrado, e não necessariamente como um *standard*, como já apontou Janaina Matida. A dificuldade, muitas vezes, se insere da escassez de corroboração nos processos penais brasileiros, que se fundam majoritariamente em prova testemunhal.¹¹⁶

4.2 A CADEIA DE CUSTÓDIA

Neste contexto, a cadeia de custódia da prova no processo penal revela-se como ferramenta para o conhecimento de determinado evento, dotado de conclusões confiáveis e verificáveis. Isso porque o tratamento dado no mento de aquisição da prova confere maior fiabilidade ao seu conteúdo, hipótese que respeita o princípio da mesmidade ou autenticidade da prova¹¹⁷ que assevera que ao fim do processo (ou posteriormente) aquele conteúdo será o mesmo ou idêntico àquele colhido no início do processo, isto é, “o mesmo que se encontrou na cena [do crime] é o ‘mesmo’ que se está utilizando para tomar a decisão judicial”.¹¹⁸ Além deste, a lógica da cadeia de custódia também abarca o princípio da desconfiança, que serve ao esforço da contradita de provas de cunho “técnico”, a fim de não corroborar com a concepção invencível da prova.

Em termos conceituais, a cadeia de custódia pode ser definida como “dispositivo que pretende assegurar a integridade dos elementos probatórios”¹¹⁹, constituindo, assim, “o

¹¹⁵ Idem, ibidem.

¹¹⁶ MATIDA, J.; VIEIRA, Antonio. **Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova ‘para além de toda a dúvida razoável’ no processo penal.** In Revista Brasileira de Ciências Criminais, Dossiê Provas no Processo Penal (coord: Aury Lopes Jr. e Yuri Felix), 2019, p. 221-248.

¹¹⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime:** comentários à lei nº 13.964/19. Salvador: Juspodivum, 2020, p. 251.

¹¹⁸ Idem, 95 p.

¹¹⁹ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal.** São Paulo: Marcial Pons, 2019, 101 p.

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”¹²⁰, de modo a resultar a documentação formal do processo¹²¹.

Renato Brasileiro ressalta que

Aquilo que à primeira vista pode parecer uma formalidade, uma medida meramente protocolar, consiste em relacionar e apor lacres aos objetos apreendidos, traduz-se, na realidade, em verdadeira garantia documental da cronologia dos fatos investigados pelo Estado, resguardando sua fiabilidade, visado garantir em última análise, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. Afinal, a autenticidade dos elementos probatórios constantes do processo depende da demonstração concreta de que os bens de onde provêm as informações que se pretende valorar como prova, são, de fato, os mesmos que foram apreendidos anteriormente.¹²²

Ora, a materialização do direito de defesa constitui um dos principais pilares atinentes ao Estado Democrático de Direito, como pontuado, de modo que a cadeia de custódia endossa o espectro de legalidade pertencente ao ordenamento jurídico “porque desde a investigação criminal incidem de forma plena todas as garantias, não limitadas por necessidades conjunturais da pesquisa policial ou particular”¹²³; além de constituir artefato à valoração racional. Esta, por sua vez, trata da adequação de meios a fins dessas normas e métodos de tomadas de decisão, com relação à finalidade da busca da verdade no processo.¹²⁴

Tal procedimento tornou-se Lei Federal sob o nº 13.964/2019 e realizou alterações no Código de Processo Penal – CPP. Assim, para as infrações penais que deixarem vestígios, a cadeia de custódia deverá ser observada, a partir do reconhecimento do elemento que potencialmente poderá ser utilizado no curso do processo, seu isolamento, descrição por meio da fixação, coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e descarte (art. 158 do CPP). Esta trajetória visa assegurar a idoneidade dos

¹²⁰ Art. 158-A. BRASIL. Código de **processo penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689>. Acesso em: 22 set. 2022.

¹²¹ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 104.

¹²² LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime: comentários à lei nº 13.964/19**. Salvador: Juspodivum, 2020, p. 255-256.

¹²³ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, 98 p.

¹²⁴ FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Salvador: Juspodivm, 2021. Tradução de: Vitor de Paula Lemos, 23 p.

objetos e bens colhidos, a fim de evitar-se a dúvida quanto sua origem e caminho percorrido na investigação, finalidade da cadeia de custódia¹²⁵.

Em que pese a recente previsão legal, autores como Geraldo Prado e a Portaria SENASP 82, de 16 de julho de 2014 já tratavam da necessidade de estipular-se um procedimento que realizasse o mapeamento no tratamento dos vestígios. A demanda quanto ao regramento do tratamento dos vestígios adveio das situações cotidianas vislumbradas por meio do Diagnóstico da Perícia Criminal no Brasil em 2012. No caso, verificaram fragilidades no tratamento dos vestígios existentes nos locais do crime:

Mais da metade das unidades centrais de Criminalística (Tabela 18) de Medicina Legal (Tabela 19) e de Identificação (Tabela 20) responderam que **os vestígios não são lacrados** quando coletados no local de crime e **não são guardados em local seguro que preserve suas características. Não há também rastreabilidade dos vestígios na maioria dessas unidades.** Em conjunto, esses dados apontam para a inexistência de procedimentos de cadeia de custódia na Criminalística. O que funciona, enfim, é tão somente a parte burocrática pertinente ao protocolo de recebimento e encaminhamento dos vestígios dentro das unidades. A exceção diz respeito aos laboratórios de DNA, que por serem mais recentes e melhor estruturados apontam um pouco mais de robustez nos procedimentos pertinentes à cadeia de custódia¹²⁶

(grifos e negritos acrescidos)

A partir disso, a Portaria SENASP nº 82 passou a estipular a padronização no tratamento dos vestígios, conceituando a cadeia de custódia e ficando o termo inicial e final deste tratamento:

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.**

1.2. O início da cadeia de custódia se dá com a preservação do local de crime e/ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio.

1.3. O agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação. (...) ¹²⁷

(grifos e negritos acrescidos)

¹²⁵ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 10-102.

¹²⁶ FIGUEIREDO, Isabel Seixas de; PARESCHI, Ana Carolina Cambeses (org.). **Diagnóstico da perícia criminal no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. Disponível em: <https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPCEAP/Diagn%C3%B3stico%20Per%C3%ADcia%20Criminal%20no%20Brasil.pdf>. Acesso em: 01/08/2022, p. 70-71.

¹²⁷ BRASIL. Constituição (1988). Portaria nº 82, de 16 de julho de 2014. Estabelece as Diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios. Brasília, DF Disponível em: <https://diariofiscal.com.br/ZpNbw3dk20XgIKXVGacL5NS8haIoH5PqbJKZaawfaDwCm/legislacaofederal/portaria/2014/senasp82.htm>. Acesso em: 30 jul. 2022.

A uniformização considera duas fazes: uma externa e outra interna. A primeira engloba todos os andamentos entre a preservação do local do crime ou apreensões dos elementos de prova e a chegada do vestígio no órgão que realizará a perícia ao passo que a seguinte, “todas as etapas entre a entrada do vestígio no órgão pericial até sua devolução juntamente com o laudo pericial, ao órgão requisitante da perícia.”¹²⁸

O vestígio deve ser coletado e identificado com uma série de informações mínimas previstas no item 3.5. do anexo I da Portaria mencionada bem como todos aqueles que tiverem acesso a ele devem ser identificados, com data e hora de acesso. Ainda mais, todas as ações relativas ao manuseio do vestígio deverão ser registradas.

Um dos pontos que a legislação deixou de tratar diz respeito às consequências da não observância da regra. Para Geraldo Prado, nos casos em que exista a violação à custódia a prova deve ter tratamento de prova ilícita:

Evidente que a especificidade das questões probatórias concernentes ao esquema da fiabilidade – a “prova sobre a prova” – demandam tratamento legal que também considere esta especificidade. No entanto, enquanto não houver regra a respeito, a violação do devido processo legal e do processo equitativo pela via da ruptura do contraditório por quebra de cadeia de custódia das provas implica em tratamento de ilicitude a nível constitucional.¹²⁹

Esta concepção implica na exclusão da prova, no plano de sua existência, devendo ser desentranhada dos autos bem como tudo que decorre dela, em função da teoria do fruto da árvore envenenada. Inclusive este foi o sentido que o Superior Tribunal de Justiça se manifestou no julgamento do HC n. 160.662/RJ (Rel. Ministra Assusete Magalhães, 6ª T., DJe 17/3/2014) pelo Superior Tribunal de Justiça.

Com outro fundamento, Renato Brasileiro aponta que a exclusão da prova deverá ocorrer em função da dúvida acerca do seu conteúdo, o que tornaria a prova ilegítima. Nesse sentido:

Se houve a quebra da cadeia de custódia das provas, pouco importando se causada de boa ou má-fé, surge inevitável dúvida quanto ao grau de fiabilidade das evidências colhidas pelos órgãos persecutórios, dúvida esta que há de ser interpretada em favor do acusado à luz da regra probatória do in dubio pro reo, **daí por que tal evidência deve ser excluída dos autos.**¹³⁰

(grifos e negritos acrescidos)

¹²⁸ Idem.

¹²⁹ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019 128 p.

¹³⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Vol. Único. 8ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, 178 p.

Em sentido diferente, o Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado no sentido de que se trata de irregularidade que deve ser analisada caso a caso, não importando necessariamente em nulidade absoluta. Nesse sentido, no julgamento do HABEAS CORPUS Nº 653.515/RJ (Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., DJe 01/02/2022):

Vale frisar que a questão relativa à quebra da cadeia de custódia da prova merece tratamento acurado, conforme o caso analisado em concreto, de maneira que, **a depender das peculiaridades da hipótese analisada, podemos ter diferentes desfechos processuais para os casos de descumprimento do assentado no referido dispositivo legal.**

(como os originais)

Neste aspecto, o tratamento da violação à custódia tem como consequência o questionamento no plano da validade, devendo-se observar a comprovação de prejuízo em função do *pas nullité sans grief*. Esta concepção oriunda ainda do Código Napoleônico conduz a uma espécie de prova diabólica, “visto que demanda a demonstração de algo em uma dimensão temporal jamais plenamente realizada (o futuro do pretérito), uma espécie de prova do que aconteceria em uma linha de existência paralela na qual dado fato não veio a acontecer”¹³¹. A consequência disso é o enfraquecimento das disposições garantistas, cujo prejuízo deve ser presumido ante a própria inexecução da norma, como aponta Aury Lopes¹³².

A cadeia de custódia insere-se no momento de formação do referido conjunto, resultando objeto central à apuração da verdade e, por isso, há preocupação com os mecanismos para incentivar que as provas relevantes ingressem bem como em razão do seu manejo a fim de que se detenha a melhor informação destas¹³³. Nesse sentido, influirá diretamente no objeto fruto de valoração e, posteriormente, na corroboração das demais provas.

O regramento acerca da cadeia de custódia, assim, seguirá os filtros determinados pelo ordenamento jurídico brasileiro, incidindo mormente para colheita de provas de cunho científico. Sobre este aspecto, pontua-se que o princípio da desconfiança serve à contrapartida do material produzido, a partir de uma perspectiva técnica, mas não só isso, pois a prova

¹³¹ SAMPAIO, A. R.; MELO, M. E. V. Cultura Inquisitória e as Falsas Oralidades. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S. l.], v. 3, n. 3, p. 887, 2017. DOI: 10.22197/rbdpp.v3i3.95. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/95>. Acesso em: 8 set. 2022.

¹³² Nos termos do autor, “Como bem definiu OLIVEIRA, não há que se *confundir formalismos despidos de significados com significados revestidos de forma*, e, emendamos, não há que se transportar automaticamente categorias – como a famigerada *pas nullité sans grief* – do processo civil para o processo penal. Forma é garantia, e o ‘estilo acusatório impõe severos rituais à palavra’ “LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, 315 p.

¹³³ Idem, 27 p.

científica é produzida por meio de *standards* não jurídicos, o que implica dizer que é plenamente possível, em verdade necessário, o debate sob a perspectiva jurisdicional. Nesse sentido, Ferrer-Beltrán dispõe que

(...) o raciocínio científico possui uma estrutura indutiva e é, portanto, **de caráter probabilístico, ao resultado da prova científica em questão será aplicado um standard de prova científico que permitirá decidir se cientificamente está provado ou não determinado enunciado** (por exemplo, que as impressões digitais presentes em um objeto são de determinado sujeito ou que a causa de uma doença que aflige um grande número de pessoas é ou não sua exposição a ou a ingestão de um determinado produto).¹³⁴

(grifos e negritos acrescidos)

A cadeia de custódia permite a ampliação de um campo onde será possível a discussão de cunho jurídico acerca da formação daquela prova, a partir da observância de regras jurídicas sobre o tratamento do elemento, constituindo, assim, um meio ao controle epistêmico. Nesse contexto, o contraditório assume destaque na medida em que configurar-se-á como meio de impugnação do conteúdo oriundo da prova ou até mesmo do meio em que tal conclusão foi alcançada. Em outros termos, elenca-se que o direito ao contraditório permite a execução de regras de controle probatório para correta aplicação das regras epistemológicas e jurídicas sobre a admissão de determinada prova, permitindo a intervenção das partes, para a produção de provas contrárias àquelas produzidas a fim de impugnar a confiabilidade destas.¹³⁵

O mapeamento realizado pela custódia da prova é elemento que se insere no quarto nível do raciocínio probatório, na medida em que oferece meios de atestar a credibilidade e confiabilidade dos enunciados do terceiro nível (extratos das provas colhidas). Dessa forma, contribui com o grau de confirmação de determinado enunciado. Assim é que, por meio da verdade por correspondência atestada pelo conteúdo resguardado em prova manuseada em observância da cadeia de custódia, será possível estabelecer a dita valoração racional, dentro dos limites estabelecidos pelo sistema do livre convencimento.

¹³⁴ FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Salvador: Juspodivm, 2021. Tradução de: Vitor de Paula Lemos, p. 71-72.

¹³⁵ Nesse sentido dispõe FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Salvador: Juspodivm, 2021. Tradução de: Vitor de Paula Lemos. P. 128-129. No mesmo sentido Gustavo Badaró assevera que não basta o contraditório sobre a prova, sendo exigido o contraditório na produção da prova. BADARÓ, Gustavo H. R. Ivahy. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. 204 p.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No que diz respeito às infrações que deixam vestígios, procedimentos se fazem necessários a fim de que o conteúdo extraído da colheita das provas seja fidedigno àquilo que propõe comprovar. Por meio de sua previsão legal, controles de sua execução (para além da atividade do magistrado) se mostram possíveis, em acordo com o que preconiza o Estado Democrático de Direito.

O levantamento acerca dos parâmetros para se alcançar a concepção de Estado Democrático de Direito é fundamental na medida em que estabelece os valores sem os quais não é possível sua caracterização, isto é, as bases fundamentais à existência daquele Estado adjetivado. A partir dos traços históricos que permeiam parte da história atinente aos mecanismos utilizados no processo penal para materialização do *ius puniendi*, é possível lançar questionamentos acerca da compatibilidade do sistema com a realidade da civilização o que, por sua vez, supera o binômio que comumente caracteriza os meios de prova, enquanto racional/irracional.

No delinear da análise, o alcance da concepção do sistema do livre convencimento induz a necessidade de se estabelecer os limites da subjetividade do julgador no caso sem que estes impliquem na incidência das normas sem sua adequação ao caso concreto, isto é, de modo abstrato sob pena de incorrer ao retorno do sistema tarifário. A fronteira entre o subjetivo e objetivo pode ser construída a partir da observância das provas colhidas antes e ao longo do processo, que devem ser fidedignas àquilo que pretendem comprovar bem como da execução de preceitos garantistas como o respeito ao contraditório e a instituição do ônus da prova pela acusação, deixando a parte a figura do julgador.

Nesse compasso, a cadeia de custódia da prova no processo penal auxilia no forjamento de um ambiente cujo controle epistêmico pode ser estabelecido de modo mais palpável. Com isso, a similitude existente entre o conteúdo da prova e o fato objeto de comprovação constitui extrato à correspondência necessária à concepção de verdade do processo. Assim, a cadeia de custódia se mostra como ferramenta à valoração racional da prova.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 668.407/RS**. Processo Penal. Agravo regimental no Habeas Corpus. Júri. Pronúncia baseada em elementos exclusivamente extrajudiciais. Impossibilidade. Ofensa ao art. 155 do CPP. Ausência de provas judicializadas. Violação dos princípios do contraditório e da plenitude de defesa. Invocação do princípio in dubio pro societate para justificar a decisão de pronúncia. Impossibilidade. Agravo regimental desprovido. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 19 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/veto-condenacao-base-inquerito-vale.pdf>. Acesso em: 30 de junho de 2022.

AMORIM, Maria Carolina de Melo. **A celeridade e a isonomia entre as partes no processo penal**: prazo razoável para a prestação jurisdicional sem limitar a ampla produção de provas pelo réu. 2017. 257 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. Cap. 4. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/20666/2/Maria%20Carolina%20de%20Melo%20Amorim.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2022.

ANDRADE, Flávio da Silva. A construção participada da decisão penal no estado democrático de direito: a garantia de participação das partes, pelo contraditório, na composição da decisão justa e legítima. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S.L.], v. 3, n. 3, p. 1007-1041, 14 out. 2017. Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.83>.

ANDRADE, Mauro Fonseca. Processo Penal e Democracia. In: MACHADO, Bruno Amaral (org.). **Justiça Criminal e Democracia II**. São Paulo: Mar, 2015. p. 147-184.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 1999. 149 p. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. **A construção social da Realidade**. 24. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2004. 247 p. Tradução de: Floriano de Souza Fernandes.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000. 97 p. Tradução de: Marco Aurélio Nogueira.

BRASIL (Estado). Constituição (1988). Constituição Federal. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 mar. 2022.

BRASIL (Estado). Constituição (1988). Decreto-Lei nº 3.689, de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 25 mar. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Lei nº 13964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/13964.htm. Acesso em: 27 out. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Portaria nº 82, de 16 de julho de 2014. Estabelece as Diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios. . São Paulo, SP, Disponível em:

<https://diariofiscal.com.br/ZpNbW3dk20XgIKXVGacL5NS8haIoH5PqbJKZaawfaDwCm/legislacao/federal/portaria/2014/senasp82.htm>. Acesso em: 30 jul. 2022.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 102 p. Tradução de: Maria Ermantina Galvão.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 767 p.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Salvador: Juspodivm, 2021. 304 p. Tradução de: Vitor de Paula Lemos.

FIGUEIREDO, Isabel Seixas de; PARESCI, Ana Carolina Cambeses (org.). **Diagnóstico da perícia criminal no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. Disponível em: <https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPCEAP/Diagn%C3%B3stico%20Per%C3%ADcia%20Criminal%20no%20Brasil.pdf>. Acesso em: 01/08/2022.

JESUS, Maria Gorete Marques de. O regime de verdade da fase policial: as narrativas dos flagrantes de "tráfico de drogas". In: JESUS, Maria Gorete Marques de. **A verdade jurídica nos processos de tráfico de drogas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. Cap. 4. p. 87-129.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Vol. Único. 8ª edição. Salvador: JusPodivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime: comentários à lei nº 13.964/19**. Salvador: Juspodivm, 2020. 592 p.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 1123 p.

MARQUES, Oswaldo H. Duek. **Fundamentos da Pena**. 3. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2016. 220 p.

MATIDA, J.; VIEIRA, Antonio. **Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova 'para além de toda a dúvida razoável' no processo penal**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, Dossiê Provas no Processo Penal (coord: Aury Lopes Jr. e Yuri Felix), 2019, p. 221-248.

MATIDA, Janaina. **Standards de prova: a modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção**. In: Arquivos da resistência: ensaios e anais do VII Seminário Nacional do IBADPP, Florianópolis: Tirant lo blanch, 2019., p. 93 – 110.

MATIDA, Janaina; ROSA, Alexandre Moraes da. **Para entender standards probatórios a partir do salto com vara**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-20/limite-penal-entender-standards-probatorios-partir-salto-vara#sdfootnote3anc>. Acesso em: 12 ago. 2022

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas Ltda., 2019. 1282 p.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentário ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017. 1220 p.

PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019. 148 p.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015. 1215 p.

SAMPAIO, A. R.; MELO, M. E. V. Cultura Inquisitória e as Falsas Oralidades. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S. l.], v. 3, n. 3, p. 879–905, 2017. DOI: 10.22197/rbdpp.v3i3.95. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/95>. Acesso em: 8 set. 2022.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Forense, 1986.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005. 925 p.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. 297 p. Tradução de: Vitor de Paula Ramos.

VECCHIO, Giorgio del. Origem e evolução histórica do Direito. In: VECCHIO, Giorgio del. **Lições de Filosofia do Direito**. 5. ed. Coimbra: Armério Amado, 1979. p. 515-542. Tradução de: António José Brandão.