

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**O USO DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO: COMO FICAM A CADEIA DE
CUSTÓDIA E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA?**

LETÍCIA DUARTE GUIDIS PEREIRA LIMA

RIO DE JANEIRO

2022

LETÍCIA DUARTE GUIDIS PEREIRA LIMA

**O USO DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO: COMO FICAM A CADEIA DE
CUSTÓDIA E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA?**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Junya Rodrigues Barletta**.

RIO DE JANEIRO

2022

CIP - Catalogação na Publicação

L732u Lima, Leticia Duarte Guidis Pereira
O USO DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO: COMO FICAM
A CADEIA DE CUSTÓDIA E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA? /
Leticia Duarte Guidis Pereira Lima. -- Rio de
Janeiro, 2022.
84 f.

Orientadora: Junya Barletta.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Processo Penal. 2. Presunção de Inocência. 3.
Cadeia de custódia. 4. Provas dependentes da memória.
5. Reconhecimento fotográfico. I. Barletta, Junya,
orient. II. Título.

LETÍCIA DUARTE GUIDIS PEREIRA LIMA

**O USO DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO: COMO FICAM A CADEIA DE
CUSTÓDIA E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA?**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Junya Rodrigues Barletta**.

Data da Aprovação: 15/12/2022

Banca Examinadora:

Dra. Junya Rodrigues Barletta

(Professora Orientadora)

Filipa Henriques

(Membro 1 da Banca)

Lucas Rocha

(Membro 2 da Banca)

RIO DE JANEIRO

2022

*Às duas grandes mulheres da minha vida, minha
mãe e minha avó, que sempre cuidaram de mim e
me deram a base para ser quem eu sou.*

AGRADECIMENTOS

À Deus por me fazer acreditar que era possível e me dar forças mesmo quando eu achei, por muitas vezes, que não conseguiria.

À minha mãe, Jaqueline Morais Duarte, e à minha avó, Vera Lúcia Guidis Pereira, por terem me ensinado a força que uma mulher pode ter. Obrigada por terem cuidado de mim com tanto amor e ternura. Em vocês duas guardo o maior exemplo de dedicação e amor. Ao meu pai, Alex Guidis Pereira, por cada incentivo, cuidado e carinho. A sua confiança em mim, muitas vezes foi o combustível que eu precisava para seguir em frente. Ao meu padrasto, Anderson, por ter me dado suporte muitas vezes.

Aos meus irmãos, Júnior, Milena, Maria Cecília e Miguel, por serem a doçura e alegria dos meus dias. Muitas vezes rabiscaram meus livros, mas também me ensinaram o que é amar incondicionalmente.

Ao meu amor, meu marido, Elias dos Santos Lima, por me proporcionar sentir um amor que nunca imaginei sentir e encontrar em você um companheiro que quero viver toda a vida. No nosso amor encontrei paz e alegria para ser quem sou e para construir nossa família. Obrigada por sempre estar comigo, em tudo.

À minha tia, Cristiane, por me acolher e cuidar de mim quando escolhi fazer Direito. Obrigada por ser um grande exemplo de advogada, que não foge de uma batalha, jamais.

À minha sogra, Dona Célia, por todo suporte e cuidado. Na senhora encontro um grande exemplo de uma mulher segundo o coração de Deus. Às minhas cunhadas, Hellen e Elaine, por cada conversa e fazerem eu me sentir em família. Obrigada por me darem sobrinhos, Elis, Theo e Liam, que eu tanto amo.

À Gabi, minha grande amiga-irmã, por ser companheira, confidente e leal. Na sua amizade entendi o significado de Provérbios 17:17, que diz: “Em todo o tempo ama o amigo; e na angústia nasce o irmão.”

Aos amigos que fiz pelos estágios que passei, Ana Carolina, Marcella, Ana Clara, Leilane, Yasmim, Thamiris e Yuri, vocês tornaram os dias mais leves, felizes e mostraram que é possível encontrar bons amigos pelo Direito.

Por fim, aos meus amigos da Faculdade Nacional de Direito, Brenda, Sérgio, Helena e Thais, por me ajudarem a levar os cinco anos da graduação e me mostrarem o valor de uma parceria. Foram diversos momentos de alegria e de aflições, mas em cada um de vocês pude encontrar um pouco do que faltava em mim e assim continuar na minha caminhada. Contem sempre comigo.

“Se podes olhar, vê. Se podes ver, repara.”

José Saramago

RESUMO

O presente trabalho traça um panorama geral sobre as questões atreladas a realização da atividade probatória, com o foco especial para as provas dependentes da memória. Primeiro, apresenta noções gerais sobre o processo penal, trazendo para o entendimento do leitor a perspectiva da instrumentalidade garantista, para então falar sobre as provas, o papel da verdade no processo penal e a epistemologia jurídica. Assumindo o ponto de partida como sendo garantista, aborda o princípio da presunção de inocência, analisando sua dupla função de regra de tratamento do imputado e regra de júízo. Expõe a cadeia de custódia a partir do viés do processo penal como dispositivo, trazendo à tona a importância do controle da qualidade epistêmica da prova penal, a fiabilidade probatória e as consequências da quebra da cadeia de custódia. Analisa as provas dependentes da memória, elencando os fatores que influenciam na sua confiabilidade. Por fim, observa as boas práticas para a realização dos procedimentos de entrevistas de vítimas e testemunhas e a realização do reconhecimento de pessoas, e, ainda descreve sobre a modalidade de realização do reconhecimento fotográfico como uma alternativa viável para um bom desempenho da atividade probatória.

Palavras-chave: Processo Penal; Presunção de Inocência; Cadeia de custódia; Provas dependentes da memória; Reconhecimento fotográfico.

ABSTRACT

This academic provides an overview of issues linked to evidentiary activity, with focus on eyewitness memory. First, it presents general notions about criminal procedure, bringing to the reader's understanding the perspective of guaranteeism instrumentality, and then talks about evidence, the role of truth in criminal procedure and legal epistemology. Assuming the starting point as being a guaranteeism, it addresses the principle of the presumption of innocence, analyzing its dual function as a rule for treating the accused and a rule for judgment. It exposes the chain of custody from the point of view of the criminal procedure as a device, bringing to light the importance of controlling the epistemic quality of criminal evidence, the evidentiary reliability and the consequences of breaking the chain of custody. It analyzes eyewitness memory, listing the factors that influence their reliability. Finally, it observes the good practices for carrying out the procedures for interviewing victims and witnesses and carrying out the recognition of people, and describes the modality of carrying out the photographic recognition as a viable alternative for a good performance of the evidentiary activity.

Keywords: Criminal Procedure; Presumption of innocence; Chain of custody; eyewitness memory; Photographic eyewitness identification.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 PROVAS E PROCESSO PENAL.....	14
1.1 O Processo Penal	14
1.2 A Prova Penal e a Epistemologia Jurídica.....	21
1.3 A verdade no Processo Penal.....	27
1.4 O princípio da presunção de inocência.....	30
2 CADEIA DE CUSTÓDIA	33
2.1 O dispositivo processual e a cadeia de custódia	34
2.2 Fiabilidade probatória.....	40
2.3 A cadeia de custódia e o princípio da legalidade.....	43
2.4 Consequências da quebra da cadeia de custódia	46
3 PROVAS DEPENDENTES DA MEMÓRIA.....	52
3.1 O funcionamento da memória e a psicologia do testemunho	55
3.2 Fatores de influência nas fases de registro da informação na memória: variáveis do evento e variáveis do sistema	57
3.3 O reconhecimento fotográfico como uma alternativa a ser levada a sério	68
3.4 A classificação como prova irrepetível e as disposições do art. 226, do cpp.....	71
CONSIDERAÇÕES FINAIS	76
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	81

INTRODUÇÃO

A utilização do reconhecimento fotográfico como meio de prova penal vem conduzindo a uma produção em série de erros judiciários e, conseqüentemente, condenações injustas. Tal constatação vem sendo verificada com mais frequência ultimamente, devido ao estudo mais atento dos profissionais da área e de seus esforços para tornar conhecidas as inseguranças quanto à utilização do reconhecimento fotográfico nas investigações criminais. Somado a isso, temos também alguns casos que vêm repercutindo recentemente na mídia e serão oportunamente mencionados neste estudo.

Fato é que temos um problema latente com uso desse meio de prova e o princípio da presunção de inocência. Quando fotografias são colocadas em álbuns de suspeitos sem que haja fundamentos ou sequer explicação para que ela esteja lá, ou então, quando há apresentação de um único suspeito (técnica conhecida também pelo nome de *show-up*), a probabilidade de acontecer falsos reconhecimentos é potencializada. Diante disso, surgem alguns questionamentos quanto à viabilidade de utilização desse meio de prova no processo penal. Outrossim, parece que os direitos fundamentais à privacidade, à imagem, à intimidade, e, primordialmente, à liberdade são colocados em risco quando da utilização indiscriminada do reconhecimento por fotografia.

Desse modo, será analisada a base normativa que enseja a prática da utilização do reconhecimento como meio de prova. Além disso, tomando o art. 226 do Código de Processo Penal, que regula o reconhecimento de pessoas e coisas, e alguns julgados recentes, investigaremos se as determinações contidas no artigo são compatíveis e suficientes com o reconhecimento fotográfico.

Além disso, por se tratar de uma prova dependente da memória, alguns cuidados são necessários para que o reconhecimento por fotografia venha a ser de fato confiável. Aliás, as contribuições de estudos sobre a psicologia do testemunho demonstram a necessidade de uma série de cuidados no momento da colheita e produção desse tipo de prova. Logo, buscaremos abordar quais cuidados são suficientes à luz da presunção de inocência e que atendem as etapas contidas na cadeia de custódia, através dos apontamentos dos estudiosos da temática.

As provas dependentes da memória esbarram na idealização que possuímos quanto ao funcionamento que gostaríamos que esta apresentasse e o como ela realmente é (Matida; Ceconello, 2021). Isso é preocupante, levando em conta a centralidade que esse tipo de prova

ocupa no âmbito da Justiça criminal, principalmente, quando nos ocupamos do fenômeno das falsas memórias e a ocorrência de erros honestos. De acordo com Stein (2009), o registro, o armazenamento e a tentativa de se recuperar o fato ocorrido, quando contaminados ocasiona uma falta de correspondência entre o fato e a recordação, obtendo como resultado a falsa memória (Matida; Cecconello, 2021, p. 411).

Justamente, quando pensamos na problemática da confiabilidade da prova, é imperativo adentrar na seara da preservação da cadeia de custódia da prova no processo penal. O instituto entrou em cena no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da inserção dos artigos 158-A ao 158-F provenientes da Lei 13.964 de 2019 (mais conhecida como Pacote Anticrime). A partir disso, algumas questões se tornam relevantes: como deve ser o devido manejo do conteúdo probatório? O descuido na realização dos procedimentos inerentes à cadeia de custódia afetam de que maneira a presunção de inocência?

Em síntese, a cadeia de custódia funciona como uma garantia de que um elemento probatório terá sua integridade preservada e, conseqüentemente, sua autenticidade. É com base em um processo penal de garantias, no qual só é possível pois vivemos sob um Estado Democrático de Direito, que a preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais se mostra possível.

Desse modo, buscar-se-á elucidar sobre a necessária preocupação com a fiabilidade probatória e sua relação com a cadeia de custódia. Nesse sentido, Geraldo Prado (2021, p. 143) assinala que:

A fiabilidade probatória refere-se 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”.

De certo, os princípios processuais penais renovados por meio de um processo penal que deixa de ser apenas meio de aplicação da lei penal, mas passa a ser um instrumento de garantia face ao Estado, traz uma série de orientações e garantias ao imputado. Por isso, os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal mostram-se relevantes para aprofundamento durante a confecção desta pesquisa, afinal tutelar a inocência do imputado deve ser visto também como um interesse social, e não apenas punir.

Tendo essas considerações iniciais, será feita uma exposição relativa aos princípios orientadores do processo penal, em especial os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal, as implicações das provas dependentes da memória e sua fiabilidade epistêmica e a cadeia de custódia da prova penal. Após uma abordagem conceitual doutrinária e investigativa, será possível discorrer sobre a questão central do estudo correlacionando, através da utilização do reconhecimento fotográfico na seara processual penal, a busca pela efetividade da presunção de inocência por meio do respeito à cadeia de custódia.

1 PROVAS E PROCESSO PENAL

1.1 O PROCESSO PENAL

O processo penal tem como objetivo reconstruir de maneira aproximada determinado fato histórico, ou seja, estamos falando de um crime que no momento do processo trata-se de um fato passado. Além disso, o processo penal só existe pois há um conteúdo mínimo probatório que dá ensejo a instauração do processo penal, afinal entende-se que o autor, legitimado para propor a ação penal, deve demonstrar os requisitos necessários para sua instauração.

É o que se espera, porém na prática o que se observa é justamente o contrário: temos uma despreocupada atuação do órgão acusatório e das partes no momento de oferecer a denúncia ou queixa. Por conta dessa atuação, temos que todas as etapas do processo penal, desde a instauração do inquérito até a execução da pena, trazem consequências que transcendem a esfera de existência do processo. Nesse sentido afirma Francesco Carnelutti: “o juiz quando julga, estabelece quem tem razão; isto quer dizer: de que lado está a razão”¹.

Sendo assim, neste primeiro capítulo precisamos dedicar algumas linhas para entendermos as estruturas do processo penal e posteriormente a sua relação com a prova penal. O que pretendemos então, neste primeiro momento, é entender as razões de existência do processo penal e sua origem, que guarda conexão direta com a realização e efetividade do direito penal.

Para tanto, uma ligação que existe entre as duas disciplinas é bem evidenciada nas falas de Ferrajoli, quando este trata em sua obra direito e razão, de que há nexos estruturais e funcionais entre as garantias penais e garantias processuais, assim explicado: “As garantias penais, ao subordinar a pena aos pressupostos substanciais dos crimes - a lesão, a conduta e a culpabilidade -, são tanto efetivas quanto mais estes forem objeto de um juízo, em que sejam assegurados ao máximo a **imparcialidade, a verdade e o controle.**”² Portanto, elas valem entre si como garantia de reciprocidade, ainda mais quando o que se pretende alcançar é a efetividade.

Ferrajoli também destaca que a principal garantia processual é a da submissão à jurisdição. Além disso, essa garantia pode ser compreendida em sentido lato, quando o juízo se resume na

¹ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. 1957, p. 31

² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2002, p. 432

simples exigência do conjunto das garantias penais ou substanciais; e em sentido estrito, no que é requerido o conjunto das garantias processuais ou instrumentais. Sendo assim, compreende-se que a correlação funcional que há entre as garantias penais e processuais, pois conforme preceitua o autor, é biunívoca pois é o reflexo do nexos específico entre a lei e o juízo em matéria penal (FERRAJOLI, 2002, p. 432).

O adágio latino *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*³ traz à tona a questão da **instrumentalidade do processo penal**, assim como expressa o monopólio da jurisdição por parte do Estado. Anteriormente, aquele era visto como um mero instrumento punitivo nas mãos do Estado, mas hoje deve ser analisado através de um viés de limitação ao poder punitivo e garantidor do indivíduo a ele submetido⁴. O que há aqui, indo mais a fundo é que o processo penal mantém uma relação de complementaridade com o delito e a pena.

A pena, então, é a materialização e consolidação do poder de punir nas mãos do Estado. Sendo assim, para sua realização temos a necessidade de tornar isso possível e legítimo, encontrando a resposta para isso através do processo penal. Antes disso, o que tínhamos era uma reação social concretizada na vingança privada e percepções individuais do que era justiça. Portanto, é a partir do momento em que há uma superação da vingança coletiva, da atuação familiar, vingança privada, que é titularizado o direito de penar partindo unicamente do Estado⁵.

Com isso, é possível extrair que o processo penal, seguindo uma tendência mais moderna, deve se preocupar com a pacificação social, o bem comum e, ainda, em ter um caráter educacional, adotando uma postura de abandono das fórmulas exclusivamente jurídicas.⁶ Uma outra questão que merece atenção é que o processo penal, por estar a serviço do Direito Penal, deve cumprir, inclusive o objetivo de **proteção do indivíduo**. Dessa forma, a instrumentalidade do processo penal importa na proteção dos direitos e garantias individuais, no que o Aury Lopes Jr denomina como **instrumentalidade garantista**.

³ Não há pena nem culpa sem processo.

⁴ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal, 2021, p. 37

⁵ Ibid., p. 35 e 36

⁶ RANGEL DINAMARCO, Cândido. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1990; in LOPES JR., Aury, **A instrumentalidade garantista do processo de execução penal**. In: CARVALHO, Salo de. Crítica à execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos. 2002, p. 18.

Partindo do ponto que a democracia se estabelece como um sistema político-cultural, que guarda na sua essência uma valorização do indivíduo frente ao Estado, isso deve ser irradiado em todas as esferas da relação estabelecida entre o Estado e o indivíduo. Portanto, temos que a tutela da liberdade processual do imputado e o respeito a sua dignidade como pessoa compõem o processo (LOPES JR., 2002, p. 26).

Não nos cabe aqui, tecer elogios à atuação do poder estatal na represália dos crimes e ao exercício do poder punitivo. Pelo contrário, o que mais observamos hoje é o descompasso entre a norma e a realidade que se intensifica com a atuação e operacionalidade dos sistemas penais. Não podemos nos esquecer que a seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias são características estruturais do exercício do poder de todos os sistemas penais.⁷

Em complemento, Cesare Beccaria também denunciou em sua obra “Dos delitos e das penas”, ao tratar da moderação das penas, que a finalidade destas não guarda relação com a justiça e reparação.

Quem não estremece de horror ao ver na história tantos tormentos atrozes e inúteis, inventados e empregados friamente por monstros que se davam o nome de sábios? Quem poderia deixar de tremer até o fundo da alma, ao ver os milhares de infelizes que o desespero força a retomar a vida selvagem, para escapar a males insuportáveis causados ou tolerados por essas leis injustas, que sempre acorrentaram e ultrajaram a multidão, para favorecer unicamente um pequeno número de homens privilegiados?⁸

Diante disso, compreendendo que o processo penal constitui o caminho (uma idealização) para se chegar legitimamente a pena, necessariamente temos que ter uma estrita observância das regras e garantias constitucionais. Além disso, Aury Lopes Jr coaduna com a posição de que o processo penal é regido pelo **princípio da necessidade**, sendo ele um caminho necessário para chegar a uma pena. Portanto, o poder de apenar só se concretiza no processo penal através do referido princípio (LOPES JR., 2021, p. 55).

A pena não só é efeito jurídico do delito, senão que é um efeito do processo; mas o processo não é efeito do delito, senão da necessidade de impor a pena ao delito por meio do processo. Por isso, a pena depende da existência do delito e da existência efetiva e total

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 2001, p. 15.

⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**, 2015, p. 53

do processo penal, posto que se o processo penal termina antes de desenvolver-se completamente (...), não pode ser imposta uma pena. (LOPES JR., 2002, p. 12)

Seguindo nesta linha, temos também que refletir acerca do objeto do processo penal. Há muito se confunde que este seria a pretensão punitiva, mas Aury ressalta que essa percepção derivada do entendimento de Karl Binding resulta em erro, pois transporta as categorias do processo civil para o processo penal. Para o autor, temos na verdade dois poderes distintos: o de acusar e o de punir, pois “no processo penal, o Ministério Público (ou querelante) exerce uma pretensão acusatória, isto é, o poder de proceder contra alguém (*ius ut procedatur*), cabendo ao juiz, acolhendo a acusação, exercer o poder de punir.” (LOPES JR., 2021, p. 56)

Para que a **pretensão acusatória** seja exercida pelo Ministério Público, é necessário que haja fumaça da prática de um crime. Os seus elementos são, de acordo com Jaime Guasp: elemento objetivo, elemento subjetivo e elemento de atividade ou declaração petitória. O primeiro elemento é o caso penal; o segundo é formado pelo acusador que exerce a pretensão e pelo acusado; e por fim o terceiro elemento se resume na declaração de vontade manifestando o desejo por ter a pretensão satisfeita, que se dá por meio da **ação penal** originando assim o processo. (LOPES JR., 2021, p. 56).

A ação penal, portanto, tem caráter público e é definida como sendo um direito público autônomo e abstrato, mas lembrando que para o exercício da acusação e sua desejada, conseqüentemente, admissão, é necessário que fique demonstrado o *fumus commissi delicti*. Logo, a ação processual penal é conexa instrumentalmente ao caso penal (LOPES JR., 2021, p. 235). As condições da ação penal podem ser compreendidas a partir de uma análise *a contrario sensu* do art. 395, do Código de Processo Penal.

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

I - for manifestamente **inepta**; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

II - **faltar pressuposto processual ou condição para o exercício** da ação penal; ou (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

III - **faltar justa causa** para o exercício da ação penal. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008). (Grifo nosso)

Nesse sentido, são consideradas condições: i) prática de fato aparentemente criminoso - *fumus commissi delicti*; ii) punibilidade concreta; iii) legitimidade de parte; e iv) justa causa.

Quanto à primeira condição, deve-se analisar primeiramente o conceito de crime, ou seja, deve ser demonstrada a **tipicidade aparente da conduta**. Aqui, faz-se necessário uma breve elucidação sobre os elementos que definem legalmente a conduta criminosa denominada tipo. Partiremos da definição produzida por Juarez Tavares e posteriormente a contribuição de Juarez Cirino se mostrará essencial para elucidar determinados pontos que possam ficar obscuros.

De acordo com Tavares, a correspondência entre o tipo e o fato empírico é denominada tipicidade, que por sua vez é uma antinormatividade, que deve ser relacionada com a ordem jurídica em sua totalidade. Indo adiante, o antagonismo entre um fato típico e a totalidade da ordem jurídica define a antijuridicidade. Dessa forma, o conjunto formado pelo tipo e pela antijuridicidade constitui o injusto penal.⁹

Entretanto, sabemos que a teoria tripartida do conceito de crime é a que predomina aqui na América Latina. Ou seja, de acordo com esta teoria o injusto penal, (ou tipo de injusto chamado assim por Cirino), o tipo e a antijuridicidade são conceitos autônomos. Portanto, o crime é definido como sendo uma ação típica, ilícita e culpável. Contudo, o modelo bipartido entra na esteira de uma definição moderna de delito, em que o tipo de injusto é definido como uma unidade conceitual, já anteriormente elucidada, que constitui o injusto penal. Ou seja, de acordo com Cirino, a antijuridicidade e o tipo legal admitem operacionalização analítica separada, mas não constituem categorias estruturais diferentes do fato típico. Dessa forma, o tipo de injusto no modelo bipartido possui uma função técnica de descrição do comportamento punível e uma função política de formalização legal do princípio da legalidade.¹⁰

Feitos alguns esclarecimentos, dessa forma, o que importará, na verdade, será o momento, pois nesse ínterim, deve-se atentar o juiz para a existência de causas de exclusão da ilicitude e causa de exclusão da culpabilidade, pois, seguindo o entendimento de Aury Lopes Jr, restando demonstradas deverá o juiz rejeitar a acusação. Logo, se as provas forem suficientes para comprovar as causas de exclusão, já na investigação preliminar, antes de ser recebida a denúncia, então deve ser rejeitada a acusação. Mas caso, elas só venham a ser demonstradas posteriormente a resposta da acusação, então a decisão será de absolvição sumária.

⁹ TAVARES, Juarez. **Teoria do delito** (Coleção para entender o direito), p. 18

¹⁰ CIRINO, Juarez. **Direito Penal**: parte geral. 2020, p. 98

Agora, quanto à **punibilidade concreta** isso significa dizer que havendo provas da extinção da punibilidade, a denúncia ou queixa deve ser rejeitada. Novamente, o que influenciará se a decisão será de rejeição da denúncia ou de absolvição sumária será o momento em que a extinção da punibilidade for reconhecida.

Sobre a **legitimidade**, o que se deve observar é se a iniciativa da ação será pública (condicionada ou incondicionada) ou privada, no que se refere à legitimidade **ativa**. Sendo de iniciativa pública, o titular da ação será o Ministério Público, nos termos do art. 129, I, da Constituição Federal. Por outro lado, se for de iniciativa privada, o polo ativo deve ser assumido pela vítima ou seu representante legal, na esteira dos arts. 30 e 31, do Código de Processo Penal. Agora, no tocante à legitimidade **passiva**, temos que decorre da autoria do tipo de injusto.

Por fim, a **justa causa** guarda uma função de mediar a realidade social e a realidade jurídica. Como resultado, verificamos na justa causa uma garantia de limitação ao uso abusivo do direito de acusar (LOPES JR., 2021, p. 242). Aury Lopes Jr. relaciona a justa causa com dois fatores: i) existência de indícios razoáveis de autoria e materialidade e ii) controle processual do caráter fragmentário da intervenção penal.

Sobre os **indícios razoáveis de autoria e materialidade**, neste ponto a análise recai sobre a existência de elementos probatórios que indiquem a autoria e a materialidade. A acusação não pode, portanto, ser precipitada. Sendo assim, o princípio da proporcionalidade leva a ponderar que uma acusação sem suporte probatório suficiente não justifica o constrangimento de assumir a condição de réu. Por último, no que refere ao **controle processual do caráter fragmentário da intervenção penal**, o juiz deve estar atento para realizar uma análise à luz da proporcionalidade, da ponderação dos bens em jogo, ou, ainda, da própria estrutura do bem jurídico e da missão do direito penal.

Diante disso, após essas reflexões, faz-se necessário reafirmarmos a importância de trabalharmos conscientes de que os riscos inerentes ao processo bem como o sofrimento que dele deriva devem ser minimizados pelas estruturas do processo penal. Nas palavras de Lopes Jr., “todos os mecanismos de proteção que busquem amenizar o sofrimento e os riscos que ele encerra são um imperativo de justiça.” Portanto, acreditamos que é importante trazer a seguir algumas considerações sobre o modelo garantista de processo penal.

Assim cumpre trazer algumas notas acerca do garantismo, a luz dos esclarecimentos de Ferrajoli. Afinal, precisamos delinear e deixar claro qual é a base sobre a qual é elaborado este trabalho. O autor traz algumas reflexões sobre o que constitui e são elementos centrais para uma teoria geral do garantismo, que abordaremos neste tópico. Mas de início, é necessário entender que a preocupação central do garantismo é a contenção da violência, a partir de um duplo viés, pois que ela pode advir dos particulares assim como do Estado.

Portanto, Ferrajoli toma a seara penal como o palco para desenvolver sua teoria. O Garantismo, segundo o autor, assume três significados diversos, mas que conversam entre si e constituem a sua essência.

O primeiro significado é relacionado a desenvolver um modelo normativo de direito, que no caso do direito penal é o modelo de estrita legalidade do sistema garantista. A partir disso, temos o direito penal mínimo, considerando uma perspectiva epistemológica, ao passo que o autor esclarece que sob o prisma político é caracterizado como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência por parte do Estado e maximizar a liberdade. Por último, quanto a perspectiva jurídica funciona como um sistema que vincula a função punitiva do Estado em relação às garantias dos direitos do cidadão (FERRAJOLI, 2002, p. 684).

Sobre o segundo significado, Ferrajoli defende que desenvolveu uma teoria garantista do direito penal que seja ao mesmo tempo normativa e realista. Isto porque, o autor discorre que dentro deste significado, o garantismo denomina uma teoria jurídica da validade e da efetividade como categorias distintas. Então, nessa linha temos uma separação do “ser” e “dever ser”, que coloca em centralidade a divergência existente entre modelos normativos e práticas operacionais. Por isso, é importante compreender que o garantismo funciona como uma doutrina que legitima, mas também requer uma constante atenção e crítica para a perda da legitimação interna do direito penal. Nesse sentido:

Esta perspectiva crítica não é externa, ou política ou metajurídica, mas interna, científica e jurídica, no sentido de que assume como universo do discurso jurídico o inteiro direito positivo vigente, não lhe obiterando as antinomias mas evidenciando-as e, assim, retirando a legitimidade, do ponto de vista normativo do direito válido, os contornos antiliberais e os momentos de arbítrio do direito efetivo. (FERRAJOLI, 2002, p. 685)

No que se refere ao terceiro significado, que remete a uma filosofia política, o garantismo guarda a função de conferir ao direito e ao Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem finalidade (FERRAJOLI, 2002, p. 685).

Ademais, Ferrajoli também fala em um Sistema Garantista que funciona como um modelo-limite e que jamais se encontrará satisfeito. A construção desse sistema é norteada por dez princípios: 1) princípio da retributividade; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade; 4) princípio da lesividade; 5) princípio da materialidade ou exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade; 7) princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório; 9) princípio do ônus da prova; 10) princípio do contraditório. Os princípios supracitados constituem, portanto, o fundamento do garantismo.

1.2 A PROVA PENAL E A EPISTEMOLOGIA JURÍDICA

Dessa forma, a própria existência do **processo penal implica também no estudo da teoria sobre a prova**, pois quando nos deparamos com as provas e as implicações decorrentes dela, é latente a sua essencialidade para não conduzir uma pessoa inocente a experiência de ser submetida ao processo penal. Somado a isso, não se pode esquecer que o processo penal não termina com a condenação, pelo contrário, segue com a eternização de cada um ao passado, e a pena, ainda que no Brasil tenhamos a vedação a penas perpétuas, parece não ter fim. Assim diz Carnelutti (1957, p. 63): “o processo penal, o qual não termina com a condenação, mas segue com a expiação, pode durar até a morte”.

Sendo assim, são as provas que proporcionam ao julgador que ele estabeleça uma **atividade recognitiva**, que tornar-se-á conhecida através do seu convencimento, mais tarde tornado público na sentença (LOPES JR., 2021, p. 386). Logo, é através da conjugação das provas e do processo penal, que se visualiza os modos de construção do convencimento do juiz. Nesse sentido, fala-se

da **função persuasiva da prova**, pois estas permitem uma reconstrução histórica, assim como proporcionam uma tarefa de verificação das hipóteses que tem como objetivo convencer o juiz¹¹.

Por trás dessas questões, há de fundo toda a questão da legitimidade do sistema penal que em sua essência possui um discurso jurídico-penal socialmente falso e perverso, pois oculta a percepção do verdadeiro exercício de poder (ZAFFARONI, 2001, p. 19). Além disso, explica Zaffaroni, que o real poder do sistema penal não é o poder repressor, mas sim o poder configurador da vida social¹². É por tais razões que pensar em um processo penal que assuma compromissos epistêmicos é relevante a fim de tentar alcançar um conhecimento verdadeiro acerca dos fatos.

Outrossim, levando em consideração a realidade das nossas prisões brasileiras, o tempo passado na prisão não traz reparação e ainda produz “patologias de natureza temporal” (Lopes Jr., 2021). Corroborando isso, foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, essencialmente no tocante à violação massiva de direitos e garantias fundamentais dos presos. Não há equívoco em dizer que o tempo de prisão se resume em um tempo de involução.¹³

O voto do Min. Relator, à época o Min. Marco Aurélio, em sede de medida cautelar na ADPF 347, ressaltou a situação vexaminosa do nosso sistema penitenciário.

no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. (STF, Plenário, MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347, Relator Min. Marco Aurélio, 27/08/2015, Publicação: 25/11/2015)

A declaração constitui um marco para o desenvolvimento de políticas públicas voltadas para lidar com a questão do superencarceramento e o aumento da população carcerária. Inclusive, a atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, tem sido fundamental para trazer ao conhecimento não só da sociedade,

¹¹ TARUFFO, Michele. La Prueba de los Hechos. Madrid, Trotta, 2002, p. 83, In: LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. São Paulo, Saraiva Educação, 2021, p. 387.

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 2001, p. 22

¹³ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal, 2021, nota de rodapé nº 2, p. 385-386

mas também aos gestores públicos, da necessidade de realizar ações e direcionar o orçamento para o enfrentamento efetivo da crise do sistema penitenciário.¹⁴

Trazemos essas questões para que fique claro a necessidade de se pensar um processo penal mais comprometido com a sua função de instrumento de limitação do exercício irresponsável da pretensão acusatória, que quando satisfeita pelas razões erradas resulta no exercício do poder punitivo pelo Estado de maneira arbitrária. Indo além, como já mencionado antes, o processo penal é também um instrumento garantidor ao indivíduo de que as regras e garantias constitucionais serão cumpridas, sendo o réu exposto ao devido processo penal.

Logo, ainda que o trabalho não tenha como enfoque principal discutir questões atinentes à deslegitimação do sistema penal, não se pode abandonar o viés crítico, considerando a realidade social brasileira e a forma como ela é estruturada. Portanto, pensar mecanismos que tragam racionalidade às decisões judiciais que afetam a liberdade e vida das pessoas é fundamental.

A partir disso, surge a necessidade de um compromisso com um ideal de justiça das decisões. Nesse ponto, Taruffo ressalta a importância de basear a definição e valoração da **justiça da decisão**, para além de um critério jurídico, isto é, fundamentando-a em uma determinação procedente dos fatos.

Sin embargo, hay un aspecto muy importante del concepto de justicia de la decisión que afecta directamente al problema que estamos tratando; la cuestión se plantea en la medida en que, independientemente del criterio jurídico que se emplee para definir y valorar la justicia de la decisión, se puede sostener que ésta nunca es justa si está fundada en una determinación errónea o inaceptable de los hechos. (Taruffo, 2002, p. 64)

A partir deste momento, passaremos então a discorrer sobre o papel da **epistemologia jurídica** e a sua relação com a prova. Em primeiro lugar, temos que mencionar a frase de Susan Haack, que diz: “o direito está mergulhado até o pescoço na epistemologia”. Bom, em linhas gerais a epistemologia possui como objeto os critérios e os instrumentos usados pelo julgador a fim de obter material e posteriormente fazer sua valoração, que ao final fundamentará a escolha decisória.

Janaina Matida e Rachel Herdy, trazem luz a definição da epistemologia jurídica ao explicar que a “questão que interessa é a justificação das **proposições** sobre os fatos que integram o

¹⁴ Para mais informações sobre a parceria, que atualmente se encontra no terceiro ciclo denominado “Fazendo Justiça”, e acessar os relatórios até então produzidos, visitar: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/fazendo-justica/resultados/>>

raciocínio do julgador no momento em que se lhe exige uma decisão sobre quem merece a tutela jurisdicional no caso individual”¹⁵. Nesse sentido, elas complementam que o conceito de proposição¹⁶ caracteriza-se por possuir **valor de verdade**. Além disso, a veracidade, ou não, de uma proposição fática dependerá das evidências e dos modos de justificação - tratando-se de provas e motivação, respectivamente.

Assim sendo, Gustavo Henrique Badaró consegue esclarecer ainda mais quando diz que compreender o que é a prova, como ela é estruturada e o que a faz melhor ou pior, mais forte ou mais fraca, são as questões centrais de preocupação da epistemologia judiciária.¹⁷ Além disso, o autor ressalta em seu livro, que a função que ele propõe através da epistemologia não é meramente descritiva, mas sim prescritiva, pois busca propor soluções e eliminação de barreiras à descoberta da verdade, quando essas não se justificam por necessidade legal.

Contudo, o autor não deixa de alertar que o “processo judicial não é um experimento de laboratório. O juiz não é um cientista interessado somente em descobrir a verdade, para explicar fenômenos do mundo” (BADARÓ, 2019, p. 135). Por fim, no processo judicial, não há espaço para o protagonismo do “conhecimento em estado puro” (TARUFFO, 1992, *apud* MATIDA; HERDY, 2019, p. 134).

Además, en el proceso se demuestran hechos no para satisfacer exigencias de conocimiento en estado puro, sino para resolver controversias jurídicas acerca de la existencia de derechos: esto es, no se pretende determinar el hecho en sí mismo sino en la medida en que éste es el presupuesto para la aplicación de normas en el caso concreto. (TARUFFO, 1992, p. 90)

Além da busca da verdade, que compreendemos como um dos fins do processo, outros valores como os que compõem o **devido processo legal**, ainda que anti-epistêmicos, devem ser respeitados. Há casos, inclusive, em que um valor digno de maior proteção deverá prevalecer, ao invés de prevalecer a busca pela verdade. Portanto, é por isso que Badaró é enfático ao ressaltar a necessidade de enriquecimento dos mecanismos de produção e valoração da prova, ganhando mais

¹⁵ MATIDA; HERDY. **As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos**, 2019, p. 133-134

¹⁶ Ibid., nota de rodapé nº 3, p. 134 [Nesta nota de rodapé, encontra-se o esclarecimento sobre o conceito de proposição].

¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia Judiciária e Contextos Probatórios. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária E Prova Penal**, 2019, p. 134.

aportes epistemológicos, em comparação ao que temos atualmente. Nesse ponto, é importante a compreensão sobre as inferências probatórias.

A **inferência probatória** é o raciocínio utilizado pelo tomador de decisão judicial para justificar a determinação de uma questão de fato no tribunal (MATIDA; HERDY, 2019). As informações probatórias disponíveis no processo são a base das proposições, que compõem a inferência (probatória ou não). Os elementos que constituem as inferências probatórias são (GONZÁLEZ LAGIER, 2007, *apud* MATIDA; HERDY, 2019): a hipótese fática sugerida para dar conta de certos fatos ou eventos; as informações ou os meios de prova que dão suporte a tal hipótese; e a ligação que existe entre esses dois elementos.

É por meio da ligação, que funciona como uma garantia, que é possível estabelecer um caminho lógico entre as informações probatórias à hipótese fática. Logo, o fundamento da garantia influenciará na classificação das inferências probatórias, que irão variar entre: inferência probatória epistêmica, inferência probatória normativa e inferência probatória interpretativa.

Sendo assim, a **inferência probatória epistêmica** consiste em uma hipótese fática fundada numa regra da experiência. A sua finalidade é tentar uma aproximação da verdade, ao buscar que a determinação dos fatos no tribunal corresponda à realidade externa. Portanto, a força desse tipo de inferência está na cogência do argumento indutivo no qual repousa a regra da experiência.¹⁸ Como exemplo, temos generalizações científicas, técnicas, máximas derivadas de contextos profissionais etc.¹⁹

Da mesma forma que no nosso dia a dia concluímos que choverá quando o céu está cinza, no contexto jurídico, o juiz conclui que aquele que possui pólvora nas mãos é o agente responsável pelo disparo sofrido pela vítima ou que, (...), o agressor é aquele que possui o material genético da vítima sob as unhas, uma vez que é sabido que, nos casos de lesão corporal, a vítima costuma resistir e lutar fisicamente. (Matida; Herdy, 2019, p. 143)

Indo adiante, as **inferências probatórias normativas** podem envolver dois fundamentos, um em que há uma associação entre fatos e outro que descreva uma preferência que tenha sido institucionalizada. Diante disso, elas guardam duas finalidades alternativas: aproximar os fatos determinados judicialmente da realidade externa, cristalizando regras da experiência, ou tolerar

¹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia Judiciária e Contextos Probatórios. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária E Prova Penal**, 2019, p. 139

¹⁹ *Ibid.*, p. 142

certo distanciamento da realidade externa em defesa de algum valor - moral, político ou de outro tipo - preferido pelo legislador. Nesse caso, a força dela se encontra na autoridade da regra jurídica, fundamento que conecta as informações probatórias à hipótese fática.²⁰

Destarte, a diferença entre as inferências probatórias epistêmicas e as normativas, é bem demonstrada no trecho a seguir:

não é o juiz quem, de acordo com o seu livre convencimento, chega à conclusão de que a informação probatória conduz à confirmação da hipótese fática. Esse passo está previamente guiado por regra jurídica à qual ele deve obediência. A conclusão desse tipo de inferência probatória é regida por regras jurídicas, enquanto a conclusão das inferências probatórias epistêmicas resulta da aplicação das regras da experiência selecionadas como relevantes para a resolução do caso pelo próprio julgador. Daí dizer-se que a força de uma inferência probatória normativa deve-se ao caráter autoritativo do seu fundamento. (MATIDA; HERDY, 2019, p. 145)

Por último, as **inferências probatórias interpretativas** encontram seu fundamento nos conceitos empregados que permitem fazer uma relação com o mundo. A sua finalidade depende da função que é atribuída ao conceito utilizado. Logo, sua força dependerá dos aspectos relacionados à sua origem e finalidade.²¹

Mais adiante tocaremos em alguns pontos que nos fazem retornar a questão das inferências probatórias normativas, principalmente no que se refere às regras de presunção e de ônus da prova. Porém, a fim de concluir este tópico, é preciso falar sobre o **compromisso epistêmico**. A sua importância reside no fato de que ele exerce uma limitação do ponto de partida das inferências probatórias. Quando temos regras que excluem provas, a preocupação por trás disso está em afastar a decisão judicial de informações provavelmente falsas, que podem ser utilizadas como premissas de inferências probatórias epistêmicas.

O conhecimento das inferências probatórias, leva o julgador a uma análise mais comprometida das provas e das alegações das partes, principalmente no tratamento adequado que aquele deve conceber a cada elemento probatório, constituídos fora e em juízo. É também por meio delas que a probabilidade de se chegar a uma “decisão amparada em boas razões” se torna maior (MATIDA; HERDY, 2019, p. 152).

²⁰ Ibid., p. 139 e 140

²¹ Badaró, loc.cit.

Por isso a epistemologia possui papel tão importante, pois através dela os epistemólogos se propõem a pensar em um método que seja mais racional sobre o juízo de fato e, conseqüentemente, aumentar as possibilidades de seu controle (BADARÓ, 2019, p. 136). Não é mais tolerável que as decisões continuem sendo baseadas muitas vezes no senso comum e sem critérios válidos.

1.3 A VERDADE NO PROCESSO PENAL

A partir de agora, iremos abordar a questão da verdade no processo penal bem como qual seria o lugar dela na perspectiva do processo penal e também pela epistemologia, através do entendimento de alguns autores sobre o tema.

De acordo com Badaró, a **relação entre prova e a verdade** é desenvolvida no âmbito de **explicações probabilísticas**. Sendo assim, deparamo-nos com um campo de incertezas, e da discricionariedade de quem realiza a escolha dentre as opções possíveis. A partir desse ponto, o autor reforça então a importância da epistemologia no campo judicial, ao passo que o poder detido pela pessoa que realiza a escolha deve ser reduzido na medida em que ele possa ser racionalmente controlado (BADARÓ, 2019, p. 135).

Dessa forma, a atividade probatória seria inútil se para a justiça a verdade fosse indiferente (BADARÓ, 2019, p. 136), logo a prova e a valoração racional devem caminhar juntas. Além disso, Badaró elenca três condições necessárias, que se realizadas simultaneamente, produzem uma decisão justa: a) correto juízo de fato; b) correto juízo de direito; e c) respeito ao devido processo legal (BADARÓ, 2019, p. 166).

A dinâmica probatória em todos os contextos que for desenvolvida irá relacionar regras jurídicas e epistêmicas, com a finalidade, portanto, de realizar uma reconstrução histórica dos fatos. A sequência probatória processual penal proposta por Badaró é distribuída nos contextos a seguir: (i) investigação; (ii) instrução; (iii) valoração; (iv) decisão; e (v) justificação.

Já para Aury Lopes Jr., a verdade não deve ocupar o papel de protagonista, ou melhor colocando, como objetivo e fator de legitimação do processo penal. Para o autor há uma

inconsistência na busca pela eficácia de um sistema de garantias fundamentais e a efetividade do sistema acusatório, quando se busca uma inalcançável verdade real.

Na perspectiva deste autor, o mito da verdade real possui relação com uma cultura inquisitiva. A busca da verdade real se relaciona com sistemas políticos autoritários, com a figura do juiz inquisidor, com o interesse público, que dá abertura para a realização de abusos de poder etc., pois segue uma lógica de que os fins justificam os meios.

Sendo assim, ao desenvolver que a função da prova está relacionada à questão da verdade, o autor situa o seu ponto de vista no terreno da **semiótica e das narrativas do processo**, portanto, não se mostra relevante a relação entre a narrativa e a realidade empírica. Ou seja, a prova assume função persuasiva, avalizando ou não uma narrativa. O que o autor defende então é que o processo penal, sobretudo o acusatório, é uma estrutura de discursos e somado a isso o processo judicial possui um caráter de ritual judicial.

Então, seguindo nessa linha, Aury defende que a verdade não é fundante do processo, sequer legitimante, mas sim **contingencial**. Com isso, o que se pretende evitar, segundo o autor, é uma proteção do decisionismo e de extremos que se situam no processo inquisitivo. A verdade, assim, é contingencial e a legitimação da decisão se dá por meio da estrita observância do contraditório e das regras do devido processo (LOPES JR., 2021).

Concluindo o que defende o autor, a busca pela verdade é perigosa e pode afetar o contraditório e o devido processo penal, que são pontos centrais para um processo penal democrático e constitucional. Portanto, não se nega a verdade, mas se pretende assumir que ela é contingencial e não estruturante do processo. O que importa então, é o convencimento do juiz, ao passo que no sistema acusatório, isso incumbe às partes que possuem um poder/dever de revelar uma verdade (LOPES JR., 2021, p. 394).

Agora trataremos do entendimento acerca da verdade pela contribuição de Michele Taruffo. Uma afirmação interessante para começar a tratar do pensamento do autor é bem formulada não por ele, mas pelas autoras Janaina Matida e Rachel Herdy, ao dizerem que a verdade desempenha o papel de um ideal regulativo no direito: nem sempre possível, mas sempre desejado (MATIDA; HERDY, 2019, p. 135).

Taruffo destaca duas razões pelas quais o conceito de verdade dos fatos no processo é considerado problemático: i) a relação estabelecida entre uma ideia de verdade judicial ou processual especial e a ideia de que existe uma verdade fora do processo; e ii) o lugar atribuído a verdade dos fatos na teoria do processo.

Quanto à primeira razão, os juristas criam uma categoria de verdade formal e outra de verdade material. A primeira trata de uma verdade que é estabelecida dentro do processo, por meio das provas e da dinâmica probatória. Já a segunda é relacionada a uma verdade que guarda relação com fenômenos reais, ou seja, uma verdade que está fora do processo.

Em relação a outra razão, é resumida pelo autor no fato de que a negação da possibilidade de uma determinação verdadeira dos fatos consiste em outra negação de que é possível chegar a um conhecimento racional. Dessa forma, a verdade é excluída dos objetivos do processo.

Outrossim, outro argumento enfrentado pelo autor é de que seria impossível obter a verdade dos fatos por razões práticas. Todavia, defende que o que se pretende não é encontrar verdades absolutas, mas sim estabelecer que podem ser determinadas verdades relativas e razoáveis.

Mas a questão principal que o autor defende é que a função da prova é oferecer elementos para uma escolha racional da versão dos fatos que pode ser definida como verdadeira. Não há, pois, sentido quando uma decisão é tomada de forma irracional estando vinculada a uma prova. Então, percebe-se que o autor atribui a prova uma função de instrumento para se alcançar uma determinação verdadeira dos fatos. Nesse sentido:

la proposición factual de la que se trata es verdadera en relación a la cantidad y a la calidad de las informaciones que la confirman. En lenguaje jurídico, se puede decir que **la determinación de los hechos en juicio es verdadera relativamente a la cantidad y a la calidad de las pruebas que la confirman.**²²

Destarte, a verdade é vista então como um vetor de orientação no objetivo de obter uma decisão que seja justa e se aproxime o quanto for possível da verdade. Tudo que foi dito anteriormente não importa dizer que Taruffo defendia uma ideia de verdade absoluta, mas sim uma ideia de verdade como correspondência das proposições fáticas com os eventos concretos.

²² TARUFFO, Michele. La Verdad en el Proceso. **Derecho & Sociedad**, v. 40, p. 239-248, maio 2013. Tradução de Dra. Eugenia Ariano Deho.

Apesar de tudo, com uma posição esclarecedora e até mesmo conciliadora entre duas perspectivas tão distintas de enxergar a verdade no processo penal, do Aury Lopes Jr e do Michele Taruffo, vem ganhando força. Abre-se espaço para uma forma diferente de pensar a verdade, aliando-a ao modelo garantista do processo penal, sem abandonar uma preocupação em trazer o caráter democrático e instrumental do processo penal, assim resumida:

Não se deve vislumbrar contradição entre as garantias do acusado e a ideia de que o processo deva estar interessado na busca da verdade; tampouco que reconhecer isto implique um anseio de flexibilização e relativização das regras do devido processo. A epistemologia jurídica de nenhuma forma é conivente com a ideia de que os fins possam justificar os meios no âmbito do processo. (MATIDA; NARDELLI; HERDY, 2020)

Por fim, toda essa preocupação com a temática da verdade no processo penal, nos leva a perceber que pensar na possibilidade ou não de uma verdade dentro de um processo penal é necessário para adentrarmos na temática das provas dependentes da memória, ainda mais quando se busca trabalhar através de uma concepção racionalista da prova.

1.4 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência se coloca como resultado do princípio da submissão à jurisdição. Se a pena é resultado do processo e a culpa só é confirmada após o trânsito em julgado da sentença, não há que se falar então em culpa antes do fim do processo, o que conseqüentemente nos permite entender que antes disso o que há é a presunção da inocência. Nesse sentido, Ferrajoli esclarece que o que se busca demonstrar durante o processo não é a inocência, pois esta é presumida desde o início, mas sim a culpa (FERRAJOLI, 2002, p. 441).

A presunção de inocência deve ser vista como uma garantia da liberdade e da verdade e também de segurança. Na obra de Ferrajoli, este cita a construção realizada por Montesquieu estabelecendo a ligação entre a liberdade e a segurança dos cidadãos. Através desse nexo, é possível depreender que a presunção de inocência mostra-se essencial para que o cidadão possa exercer seus direitos e a sua liberdade política sem medo, e isso só é possível acreditando-se que se tem segurança. Então, considerando que as penas arbitrárias também representam uma ameaça, o desdobramento disso é que além da presunção de inocência garantir a liberdade, ela também é uma garantia de segurança.

Toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de direito: o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam. (FERRAJOLI, 2002, p. 439)

A presunção de inocência dá origem à uma regra de tratamento do imputado e à regra de juízo. No caso da **regra de tratamento do imputado**, Ferrajoli dá tratamento diretamente ao instituto da prisão preventiva, argumentando por sua ilegitimidade. O instituto ganhou força principalmente com o fortalecimento do procedimento inquisitorial, pois era um meio de garantir a presença física do acusado a fim de se chegar à confissão.

Para o autor, um ponto crucial na deturpação do instituto, além das suas razões de existência já serem *per si* frágeis, foi passarem a enxergá-lo como um instituto de prevenção e de defesa social. Diante disso, uma presunção de culpabilidade passou a repousar sobre a figura do réu, e a prisão preventiva, então assumiu uma função de prevenção contra os perigosos e suspeitos, e até mesmo de uma execução provisória, ou antecipada da pena (FERRAJOLI, 2002, p. 444).

O autor, porém, defende que a existência de um instituto que defende uma prisão preventiva torna o sistema de garantias penais e processuais do acusado completamente incoerente e reduz a eficácia da presunção de inocência. Nesse sentido, ele traz as provocações feitas por Vincenzo Manzini (*apud* FERRAJOLI, 2002, p. 445): “afinal, de que inocência se trata?...E então por que não se aplica o princípio com todas as suas consequências lógicas? Por que não abolir a prisão preventiva?”.

Ademais, outra contradição que se verifica é quanto ao princípio da submissão à jurisdição. Vejamos os questionamentos que Ferrajoli (2002, p. 446) faz ao tratar do tema:

A pergunta que devemos tornar a levantar é então se a custódia preventiva é realmente uma "injustiça necessária", como pensava Carrara, ou se, ao invés, é apenas o **produto de uma concepção inquisitória de processo que deseja ver o acusado em condição de inferioridade em relação à acusação**, imediatamente sujeito à pena exemplar e, acima de tudo, não obstante as virtuosas proclamações em contrário, presumido culpado. (Grifo nosso)

Nessa esteira, o autor sustenta que a supressão da prisão preventiva atende uma necessidade processual. Isto é, além de proteger a dignidade e propriamente a presunção da condição de inocente, para que o acusado esteja em condições de igualdade com a acusação, para que ele possa organizar eficazmente a sua defesa, para que a acusação não utilize da prisão

preventiva do réu como uma vantagem para trapacear. Com efeito, Ferrajoli (2002, p. 449) relembra que nenhum valor ou princípio encontrar-se-á satisfeito sem custos.

Da mesma forma, Aury Lopes Jr. também visualiza que a presunção de inocência irradia a sua eficácia em algumas dimensões. Cabe aqui trazer sua percepção na dimensão da norma de tratamento, pois ele a subdivide em uma dimensão interna e externa ao processo. Na dimensão interna, a presunção de inocência impõe ao juiz que ele trate o acusado como inocente até que sobrevenha a sentença penal condenatória. Um bom exemplo disso, é pensar no direito ao silêncio que é uma prerrogativa do réu exercê-lo sem que seu silêncio importe numa confissão de culpa.

Já a dimensão externa funciona como uma proteção do réu contra uma publicidade abusiva e a sua estigmatização precoce. Além disso, busca-se proteger o réu de um julgamento midiático, e, por exemplo, do uso desnecessário de algemas e todas as formas de tratamento do réu de forma análoga à de culpado.

Por outro lado, temos o princípio da presunção de inocência funcionando como uma **regra de juízo**. Nesta forma, temos uma regra de juízo que nos moldes defendido por Ferrajoli está completamente relacionado com o sistema acusatório. Isto quer dizer, mais especificamente, que trataremos a seguir sobre o ônus da prova.

A associação ao sistema acusatório é devido ao fato de que há uma devida atribuição do ônus da prova à acusação. Sem esse pressuposto básico, não sealaria em ônus. O que se pretende então é que a verdade pretendida nesse sistema seja concebida estando sujeita ao contraditório. Ou seja, a presunção de inocência prevalece até que haja prova em contrário, pois então cabe à acusação demonstrar essa prova. Portanto, o juiz ao seguir essa regra deverá inferir a inocência da ausência ou insuficiência de prova do fato “culpabilidade” (MATIDA; HERDY, 2019, p. 148).

2 CADEIA DE CUSTÓDIA

A compreensão do que se trata a cadeia de custódia é trazida neste estudo, baseando-se na produção de Geraldo Prado acerca do assunto. Em seu livro “A cadeia de custódia da prova no processo penal”, é possível encontrar capítulos que fundamentam e analisam a cadeia de custódia dentro de um sistema de controles epistêmicos e as consequências que decorrem de sua quebra.

Dessa forma, neste capítulo pretendemos trazer os pontos mais importantes dentro da teoria construída por Geraldo Prado, de maneira que estes contribuam para o desenvolvimento deste estudo. A brilhante análise do autor perpassa por diversos pontos, sendo alguns destes considerados essenciais para este trabalho, como a **verdade sendo tratada como indicador epistêmico**, o **processo penal como dispositivo**, o corpo de delito, a *Discovery*, **sistema de controles epistêmicos**, **controle de admissibilidade das provas** e a **fiabilidade probatória**.

Todos esses pontos são abordados de forma que demonstram a complexidade da cadeia de custódia e que esta integra um sistema de controle epistêmico, ou seja, não pode e nem deve ser compreendida de forma isolada. Além disso, há também uma preocupação quanto a demonstração da **superioridade** do Estado frente ao criminoso, pois essa **não deve ser antiética** para que seja evidenciada.

É possível perceber que para garantir a legitimidade do exercício do poder de punir, não basta submeter o indivíduo ao processo penal, mas também é necessário garantir que **o conhecimento produzido durante o processo não sofra deturpações**. Isso demonstra, portanto, que a idoneidade do procedimento probatório é importante para que haja uma garantia de fiabilidade da prova.

Dessa forma, podemos estabelecer que o principal objetivo em proteger a cadeia de custódia, é **assegurar a autenticidade de determinados elementos probatórios**. Com isso, é possível trazer à baila o princípio da mesmidade no que tange a preocupação com a integridade das fontes de prova. Mas aqui também podemos fazer um questionamento, afinal como falar em mesmidade quando envolvemos as provas dependentes da memória? Nesse sentido, o autor

compreende que a formação e a preservação do elemento probatório devem ser cercadas de cuidados²³.

Dessa forma, os próximos tópicos serão destinados a trazer uma definição mais completa do que é a cadeia de custódia, sua relação com o dispositivo processual e com o princípio da legalidade, bem como os desdobramentos decorrentes da sua quebra. Em um segundo momento, vamos desenvolver o tema da fiabilidade probatória, trazendo também a distinção desta e a valoração da prova. Em seguida, comentaremos as inovações mais pertinentes, que foram introduzidas pela Lei 13.964 de 2019 (também conhecida como Pacote Anticrime), que passaram a dar tratamento no Código de Processo Penal à cadeia de custódia.

2.1 O DISPOSITIVO PROCESSUAL E A CADEIA DE CUSTÓDIA

A partir de agora, iremos adentrar propriamente nas questões relativas ao instituto, e, a primeira preocupação demonstrada por Geraldo Prado, foi deixar claro que o ponto de partida definido por ele é **garantista**. Isto envolve uma gama de fundamentos que relacionam a verdade, a prova e o processo penal de forma interconectada. Essa relação se dá a todo momento, principalmente na conformidade do processo penal aos mandamentos do estado de direito e na plena efetividade do princípio da presunção de inocência.

A **presunção de inocência** define como juízo de partida a incerteza. Diante disso, o que se extrai é que para que se chegue a uma punição, é preciso que o processo seja suficiente para viabilizar o conhecimento da infração penal bem como de sua autoria. Só assim, ao final ter-se-á uma base para uma decisão que estará inserida em um determinado contexto de verdade (PRADO, 2021, p. 54). E aqui, é importante demarcar a função que a verdade assume de **indicador epistêmico**, pois ao levar em conta que, de acordo com Taruffo (2002, p. 90 *apud* PRADO, 2021, p. 55), o processo constitui um **contexto jurídico**, logo é preferível um processo que esteja baseado na pesquisa e demonstração dos fatos penalmente relevantes, levando sempre em consideração os **limites éticos** (PRADO, 2021, p. 55).

²³ PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 216

Nesse sentido, Prado compreende que o contexto jurídico do processo resulta da eleição política do estado de direito, que ao final é fruto de uma escolha ética. Com isso, acrescenta em seu pensamento a lógica do *dispositivo*, oriunda do pensamento de Michel Foucault, como categoria central de uma nova perspectiva analítica, que beneficia inclusive uma nova abordagem da cadeia de custódia (PRADO, 2021, p. 57). Em outras palavras, o dispositivo funciona como um guia, onde a atividade probatória se encontra.

Ainda no que se refere ao *dispositivo*, dentro de sua formação há a presença de elementos discursivos e elementos não discursivos. Essa composição revela o **grau de operatividade** das categorias de verdade e da prova, em especial no processo penal. A relação estabelecida demonstra uma preferência prática (e política) por elementos não discursivos, ao passo que também evidencia o grau de **colonização inquisitorial** do processo penal brasileiro, principalmente quando se trata do convencimento judicial.

A própria **prova penal** sofre um processo de deterioração em sua finalidade, pois as condenações fundamentam-se em provas apesar de não estarem fundamentadas em provas (PRADO, 2021, p. 60). Neste ponto, Geraldo Prado defende que o processo tem início verdadeiramente com a notícia crime, pois as consequências já podem ser sentidas pelos sujeitos a partir daí. E aqui a crítica a herança de uma inquisitorialidade no processo penal é relevante, pois o que se extrai é que o livre convencimento do juiz não deve prevalecer diante de provas que estão embasadas por avanços técnicos e científicos que comprove a existência dos fatos penalmente relevantes.

Contudo, uma observação importante quanto a identificação do **processo penal como dispositivo** guarda relação com a sua dupla função. Porém, antes de adentrar no assunto, é devido ressaltar a influência que o direito processual civil italiano e até mesmo o brasileiro, exerce e exerceu no âmbito do direito processual penal. É nesse sentido, que Geraldo Prado fala em uma tarefa de **reorientação do dispositivo processual**, principalmente no que se refere a função da verdade como indicador epistêmico. Para tanto, o autor esclarece que são necessários métodos e práticas probatórios de verificação dos fatos que possam ser confrontados em contraditório e testados relativamente ao seu potencial de explicação da realidade (PRADO, 2021, p. 61).

Com efeito, Taruffo adverte que o *como* na determinação dos fatos juridicamente relevantes sempre é constitutivo do juízo sobre o fato. Afinal, que meios foram

empregados e que resultados cognitivos decorrem do emprego destes meios são aspectos decisivos na determinação da existência de um fato como ocorrência do mundo extrajurídico. Na base da aplicação de uma norma deverá haver sempre um fato histórico.²⁴

Nessa perspectiva, Taruffo também destaca a necessidade de redução de uma área em que o juízo dos fatos possa ser formulado somente sobre bases cognoscitivas não científicas.²⁵ Por isso, Prado reforça a relevância de um sistema probatório estar preparado para identificar e estar pronto para excluir elementos probatórios que não sejam confiáveis, de forma que estes não cheguem a contaminar a crença judicial, e assim seja assegurada a **superação do standard de prova** além da dúvida razoável.

Dessa forma, com o papel que a presunção de inocência desempenha no processo penal, é fundamental que não deixemos de lado a função e a finalidade que o processo penal exerce. Ademais, Prado traz luz às questões que tratam da complexidade da jurisdição penal atualmente, com primazia no que se refere a **deliberações de política criminal** e pela **pressão da comunicação social**, no sentido de que estas influenciam na admissão de soluções penais que abdicam de um conhecimento dos fatos para fundamentar um ato decisório (PRADO, 2021, p. 94).

Contudo, o autor observa que ainda que se perceba uma economia do processo penal, a busca pela verdade segue como uma meta a ser perseguida. Ao tratar da diferença entre o modelo de processo penal **inquisitorial** e o **modelo acusatório**, é possível compreender que a forma como é produzido o conhecimento e a espécie de resposta a que se chega, é o que diferencia ambos. Entretanto, mesmo nesse contexto de diferença, a prova penal e a verdade perquiridas em ambos os modelos de processo penal, ainda assim guardam uma mesma origem ontogenética (PRADO, 2021, p. 94).

Nesse sentido, a prova penal assume um papel de tamanha relevância para o processo penal, pois de acordo com Prado (2021, p. 95): “os laços que a prova estabelece entre os fatos e o direito pautam a busca da verdade e legitimam o processo penal conforme os paradigmas do estado de direito.” Portanto, no processo penal devemos zelar pelo compromisso estabelecido constitucionalmente de tomar a incerteza como ponto de partida, estabelecida por força da

²⁴ TARUFFO, Michele. La Prueba de los Hechos. Madrid, Trotta, 2002, p. 103, 111 e 112, In: Prado, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 61.

²⁵ Taruffo, Michele. Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial. In: Ortega Gomera, Santiago (Dir.). Proceso, Prueba y estándar. Director. ARA: Lima, 2009. In: Prado, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 62

presunção de inocência, e por consequência disso buscar um conhecimento dos fatos adequado, que ao final proporcione uma valoração racional das provas.

Diante disso, é necessário fazer uma reflexão sobre o passado e o próprio presente do processo penal. Devemos fazer isso, especialmente no que se refere a influência inquisitorial, que trazia consigo uma centralização de poderes na figura do juiz, com a justificativa de buscar por uma verdade real a qualquer preço. Com isso, não havia muito com que se preocupar com a parte probatória, afinal com a ideia de que os fins justificam os meios, o foco do processo penal era voltado para convencer o juiz sobre a culpabilidade do indivíduo.

O nosso Código de Processo Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, data de um cenário autoritário que afetou a estrutura e o enfoque do processo penal. A estrutura do processo penal era pautada em um discurso da verdade que tinha por pressuposto a racionalidade e a inevitabilidade da intervenção punitiva como razão pública, identificada como razão de estado (PRADO, 2021, p. 98-99). Os traços de um estado autoritário eram mascarados por uma perspectiva de sobreposição do coletivo sobre o individual, só que na prática o que se tinha era que o coletivo, na verdade, era o próprio Estado.

Nesse ínterim, o processo penal passou então a ser entendido como uma vertente de manifestação da racionalidade do Estado. Neste âmbito, a influência de Carl Schmitt é notória, principalmente, no que se refere à manifestação do aparelho estatal. O pensador alemão acreditava e defendia a superioridade do Estado em relação à sociedade civil como realização da razão pública. Na exposição de motivos do Código de Processo Penal, a preferência pela política autoritária fica bem evidente.

Diante disso, a presunção de inocência como princípio reitor do processo penal não era uma opção viável, quando o que se buscava era um processo penal em tese mais eficiente na punição dos autores de crimes. Para tanto, foi necessário um impulsionamento dos poderes instrutórios do juiz, o que foi feito apoiado na pretensa busca de uma verdade real. Portanto, a operatividade da jurisdição ganhou certo protagonismo em detrimento das categorias da ação e do processo.

Outrossim, é válido apontar uma contradição bem colocada por Prado em sua obra. O processo penal construído no século passado, com toda a sua base autoritária que guardou suas inspirações no pensamento schmittiano, fundamentou-se no direito natural. Entretanto, para ter sua

operacionalidade garantida, principalmente no que se refere às práticas punitivas, a metodologia adotada foi a do positivismo exegético (Prado, 2021, p. 105). Lenio Streck explica que o discurso exegético-positivista defende uma retórica objetivista, isto é, tem-se o texto e a norma e um intérprete que não possui margem subjetiva devendo apenas buscar uma axiologia que submete ao texto.²⁶

Com isso, tivemos um grande prejuízo na percepção da justiça por parte dos juristas na aplicação das leis vigentes e até mesmo quanto à razão de existência destas leis. Nesse sentido, afirma Prado (2021, p. 105-106):

O domínio do paradigma técnico-jurídico, com toda a sua *expertise*, para fazer prevalecer conceitos discriminatórios constituídos em uma quadra autoritária de nossa história, configura uma dessas ironias da história, mas somente foi possível porque o direito processual penal brasileiro foi capturado pela teoria do processo civil, que a partir da concepção unitária de processo desidratou o processo penal, isto é, eliminou dele todos os questionamentos éticos decorrentes de um direito material datado.

Mesmo depois das grandes transformações trazidas pela constituição de 1988, o cenário brasileiro ainda apresenta resistência na defesa dos poderes instrutórios do juiz como sendo estes uma garantia do dever de impor o poder penal e preencher as lacunas deixadas nos casos de atuações instrutórias deficientes das partes. Isso se deve em grande parte à noção de verdade, que foi institucionalizada no modelo autoritário de processo penal. Todavia, compreendemos que uma busca desenfreada pela verdade real, na prática se traduz na materialização de uma suposta razão de estado e, conseqüentemente, no desrespeito de garantias processuais individuais.

Nesse sentido, Streck (2006, p. 6 *apud* PRADO, 2021, p. 107) ressalta que o mundo prático não tinha espaço diante de uma necessidade de unicidade da razão de estado. E assim, Prado (2021, p. 107) conclui que “o exílio do mundo prático no âmbito do jurídico facilitou a expansão de discursos penais isentos de quaisquer questionamentos empíricos”. Por isso que muito importante foi o papel que a criminologia desempenhou dentro dos anos que se seguiram à instituição do Código de Processo Penal dos anos 40, pois como uma ciência social empírica trouxe luz a

²⁶ Streck, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teoria discursiva. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 6, In: Prado, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 105

impossibilidade de atingir os resultados e os fins do direito penal que foram tão defendidos cegamente há época e ainda hoje.

O discurso jurídico tradicional que embalou o direito penal e o processo penal nos anos 40 do século passado não problematizava o modelo de sociedade, tampouco o sistema de dominação, de interesses e de poder, que é, em definitivo, o que determina que tipo de condutas devem seletivamente ser criminalizadas, independentemente de sua danosidade social.²⁷

Portanto, ainda que se tenha falado em uma ancestralidade comum entre os modelos processuais inquisitório e acusatório, a concepção sobre a verdade, a função e a finalidade que ambos possuem nos conduz ao que os diferencia.

A partir de agora, seguiremos uma abordagem que parte de uma análise pautada na verdade como indicador epistêmico. Neste ponto, os dois vetores “verdade processual” e “estado de direito” são articulados pelo dispositivo processual dentro da sua vertente probatória. Assim sendo, de pronto é preciso estabelecer que a verdade que o processo penal busca alcançar a fim de superar o estado de incerteza, não é de fácil acesso nem garante uma viagem ao passado para demonstrar como tudo de fato aconteceu (PRADO, 2021, p. 109).

Essa é uma dificuldade que se dá, principalmente, pela necessidade de se realizar um recorte da realidade, o qual não se encontra desconectado de critérios e interesses jurídicos. Então, estão em jogo os elementos normativos de ordem penal e os interesses jurídicos de que os sujeitos são titulares. Portanto, Prado traz importante contribuição do professor Taruffo, que realça que a porção de realidade que importa no processo é “recortada” a partir da complexidade indeterminada do fato histórico.²⁸ Na obra do professor italiano, ele segue afirmando que esse recorte é realizado com base na relevância jurídica dos fatos, que é identificada a partir da norma que se usa como regra para decidir o caso.²⁹

Dessa forma, a importância da demarcação da responsabilidade probatória das partes decorre das limitações sobre o que pode ou não o juiz decidir. Ao se tratar do processo acusatório, regulado pela presunção de inocência, caberá ao acusador demonstrar a existência do fato, ou seja,

²⁷ Muñoz Conde, Francisco; Hassemer, Winfried. Introdução à criminologia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 91, In: Prado, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 108

²⁸ Taruffo, Michele. La prueba de los hechos. Madrid: 2002. p.102, In: Prado, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 109

²⁹ Taruffo, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: 2002. p.102

caberá a ele o ônus da prova. E ao juiz criminal caberá decidir sobre a imputação, a qual recai o juízo de verdade e/ou falsidade sobre o enunciado contido na imputação.

A minirreforma que sofreu o Código de Processo Penal em 2008 foi importante para garantir um sistema acusatório, reduzir complexidades na implementação de garantias constitucionais, na melhoria dos meios de produção e introdução da prova no processo, bem como prezar pelas condições de validade das atividades probatórias, que são avaliadas pelo juiz no final do processo.

Sendo assim, o processo penal adquire o compromisso de pautar a construção da verdade em uma verificação dos fatos conforme *standards* probatórios. O objetivo é, portanto, reduzir a margem de discricionariedade dentro do processo de tomada de decisão, no qual se leva em conta: a análise da legalidade da prova, a determinação de sua pertinência e utilidade, o peso das distintas proposições e a construção do relato judicial de justificação da escolha precedida (PRADO, 2021, p. 113).

Portanto, é fundamental que se compreenda dentro desse cenário a importância da definição dos papéis exercidos por cada uma das partes no processo penal, sem que haja confusão na distribuição das funções processuais. Dessa forma, caberá ao Ministério Público exercer a função de órgão acusador, estabelecendo o recorte e a imputação da infração penal ao acusado.

Já a defesa terá o importante papel de rastrear a legalidade da atividade persecutória, de forma que seja possível repudiar os excessos e as acusações infundadas. Não devemos descartar a necessidade de produção de contraprovas, pois o objetivo da defesa deve ser voltado para a produção de um resultado concreto.³⁰

2.2 FIABILIDADE PROBATÓRIA

Neste tópico falaremos da fiabilidade probatória. Dentro deste tema, Geraldo Prado julga relevante distinguir a valoração da prova do objeto a ser tratado neste momento do trabalho. De

³⁰ Benavente Chorres, Herbert. La aplicación de la teoría del caso y la teoría del delito en el proceso acusatorio. Barcelona: Bosch, 2011. p. 37, In: Prado, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 115.

pronto, cabe esclarecer que falar sobre a **fiabilidade probatória** está relacionado ao esquema de ingresso do elemento probatório ao procedimento e, ainda, se ele está em condições de ser avaliado. Isto é, estamos a tratar de uma forma de controle epistêmico.

A primeira distinção a ser feita, no que concerne à **valoração da prova**, é de que esta trata do valor que o juiz atribui ao elemento probatório. Isto é, trata-se de um juízo de valor realizado pelo juiz, que influencia no seu grau de convencimento. Desse modo, a fiabilidade vem antes da valoração da prova:

Relativamente ao controle da fiabilidade da prova isso se torna possível com o deslocamento do debate do campo da valoração - porque apenas podem ser avaliadas as provas obtidas lícitamente e praticadas de maneira adequada - para o da fiabilidade, que implicará no exercício de uma **prova sobre a prova**, isto é, na comprovação (demonstração) da correção do procedimento de obtenção e preservação dos elementos probatórios. (PRADO, 2021, p. 146) (grifo nosso)

A **prova sobre a prova**, de acordo com Ferrer Beltrán, é definida como uma forma de exercer controle sobre a fiabilidade das provas existentes, isto é, que seja ela confirmada ou impugnada.³¹ Pertinente falarmos então sobre o contraditório, visto que este constitui uma condição de validade da prova penal, e epistemologicamente falando é um mecanismo de controle de fiabilidade da prova. Prado (2021, p. 147) esclarece que, o contraditório funciona como método de demonstração da correção da própria atividade probatória e garantia de sua qualidade. A conclusão que é possível extrair é de que as provas sobre as provas, funcionam como um mecanismo de controle epistêmico e de qualidade da prova, que influencia diretamente na admissão dessa prova.

Ademais, a partir do pensamento de Ferrer Beltrán, Geraldo Prado (2021, p. 148) conclui que:

pelo ângulo epistemológico, um controle sobre a correta aplicação das regras epistemológicas e jurídicas sobre a admissão da prova e a possibilidade de propor provas sobre as provas consistem em importantes mecanismos de fiabilidade probatória que integram a dimensão epistêmica do contraditório.

³¹ Ferrer Beltrán, Jordi. La valoración racional de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 89, In: Prado, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 146.

Ademais, Janaina Matida esclarece que essa distinção de etapas funciona como um auxílio ao juiz, pois reduz o risco de raciocínios probatórios equivocados, pois já é eliminado de plano aquilo que não lhe poderá servir de premissa³².

Diante disso, o que se visa, portanto, com a fiabilidade probatória é tornar efetivo um controle de entrada das provas. Interessante para a compreensão desse tema, é a leitura da decisão proferida pela sexta turma do STJ, de que a Relatora foi a Min. Assusete Magalhães, no **HC nº 160662/RJ**. Nessa decisão a cadeia de custódia foi essencial para discutir a validade da prova, pois envolveu discussões sobre a integralidade e unidade da prova como condições de admissibilidade.

Além disso, nessa mesma decisão houve uma evidente preocupação com a garantia do contraditório e da ampla defesa, ao defender que o material que foi obtido por meio da interceptação telefônica deveria ter sido submetido à autoridade judiciária, para que esta em conjunto com a acusação e a defesa selecionassem o que de fato guardasse relação com a prova. Por consequência das atividades policiais terem se dado em sentido contrário, foi concedida a ordem para anular as provas produzidas nas interceptações telefônica e telemática, o desentranhamento integral do material colhido e o exame da existência de prova ilícita por derivação. Nesta mesma linha, defende Aury Lopes Jr.:

Quando se anula um processo por práticas ilegais dos agentes do Estado, se evita a anulação de centenas de outros, pois se comunica o padrão de legalidade exigido e se desestimula a prática de ilegalidades, ao mesmo tempo em que se fomenta as boas práticas policiais, periciais e judiciais.³³

Assim podemos nos remeter para a preocupação com o acerto da decisão judicial, pois assim como alerta Matida³⁴, a **redução dos riscos de se condenar inocentes** deve servir como norte regulatório. Dessa forma, a **autenticidade** da prova deve funcionar como premissa da fiabilidade, pois de acordo com Juan Carlos Urázan Bautista, constitui segurança para a administração da justiça.³⁵ Nessa toada, constatamos que os limites à formação do conjunto

³² MATIDA, J. **A cadeia de custódia é condição necessária para a redução dos riscos de condenações de inocentes**. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 27, 2021, p. 24

³³ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. São Paulo, Saraiva Educação, 2021, p. 467.

³⁴ MATIDA, op. cit., p. 18

³⁵ URAZÁN BAUTISTA, Juan Carlos. La cadena de Custodia en el Nuevo Código de Procedimiento Penal. p. 1, In: Prado, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 151.

probatório também decorre da fiabilidade, visto que no momento da admissibilidade da prova deve-se considerar a confiabilidade do elemento probatório.

Desse modo, o **princípio da mesmidade** protege e determina que o mesmo que foi encontrado na cena do crime, deve ser o mesmo que influenciará o juiz na tomada de decisão. Logo, os cuidados que devem estar presentes na formação e preservação do elemento probatório, nos leva a tratar também do **princípio da desconfiança**. Os dois princípios funcionam de forma conjunta com o objetivo de reduzir os riscos de erro judiciário.

Ainda quanto ao princípio da desconfiança, ele põe em pauta a credibilidade do elemento probatório.

a “Desconfiança” (decorrência salutar em democracia, onde se desconfia do poder, que precisa ser legitimado sempre) consiste na exigência de que a prova (documentos, DNA, áudios etc.) deva ser “acreditada” submetida a um procedimento que demonstre que tais objetivos correspondem ao que a parte alega ser. Como explica Prado, o tema de provas exige a intervenção de regras de “acreditação”, pois nem tudo que ingressa no processo pode ter valor probatório, há que ser “acreditado”, legitimado, valorado desde sua coleta até a produção em juízo para ter valor probatório. (LOPES JR., 2021, p. 464)

Num cenário em que as partes possuem cargas probatórias e interesses jurídicos distintos, não há como simplesmente depositar uma confiança cega sobre nada. Então, a formação da prova deve ser cercada de um procedimento que considere os riscos de uma manipulação indevida do elemento probatório, e, ainda, considere as condições pelas quais esses elementos serão preservados para uma posterior utilização no momento da audiência e, conseqüentemente, na sua valoração.

2.3 A CADEIA DE CUSTÓDIA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Neste tópico, passaremos a tratar com uma certa ênfase o princípio do **devido processo legal**. Isto porque, neste momento do estudo pretendemos aprofundar o entendimento de que o estado de direito possui uma base jurídico-política que contém como uma de suas metas tornar o processo penal mais democrático e superar a característica de um mero ritual que serve para impor um castigo.

Nesse sentido, é possível exigir uma atividade probatória de qualidade e que ela aconteça em harmonia com a dignidade da pessoa humana. Para tanto, a cadeia de custódia do material probatório funciona como uma ferramenta para uma determinação dos fatos adequada a um processo penal que dê efetividade aos mandamentos e garantias constitucionais.

Por isso, Prado defende que o **controle da legalidade** da persecução penal deve ser realizado desde a investigação criminal, pois quando esta ocorre de modo não controlável surgem diversos riscos que, inclusive, reforçam a necessidade do fortalecimento do princípio da desconfiança. Outrossim, é devido lembrar que as garantias incidem de forma plena em todas as fases do procedimento criminal.

De forma complementar às preocupações acima elencadas, devemos sempre nos atentar ao histórico do processo penal brasileiro que é permeado de práticas investigatórias sem o respeito pelas garantias do investigado e do acusado. Portanto, que nesse sentido se torna elementar que as **fontes de prova** sejam conhecidas pela defesa. Ademais, Prado (2021, p. 155) destaca em sua obra que descuidos e erros na obtenção e preservação de elementos probatórios são comuns e afetam a **qualidade epistêmica** do material que será avaliado.

Em vista disso, o autor também ressalta a importância de assegurar a eficácia do contraditório. Seguindo a estrutura processual fundada no sistema acusatório, a função do juiz de **controle da atividade probatória** é essencial para adequação do Código de Processo Penal à Constituição. Dessa forma, além de assegurar o contraditório, também garante que o processo esteja eticamente fundamentado (PRADO, 2021, p. 119). Afinal, o “processo penal deve ser instrumento de veiculação de informações confiáveis” (PRADO, 2021, p. 162).

No modelo inquisitorial, a estrutura se divide em duas etapas, sendo elas de investigação e julgamento. A fase da investigação possui o objetivo de reunir informações para a acusação, ou seja, a presença ou qualquer intervenção do suspeito não é bem-vinda. De acordo com Benavente Chorres (*apud* PRADO, 2021, p. 104), esse tipo de divisão se dá em grande parte pelo anseio de punição dos agentes, de maneira que confere ao juiz o papel de protagonista nas atividades processuais a fim de garantir que seja alcançado o propósito do *ius puniendi*.

Todavia, o sistema acusatório insere a **etapa de admissibilidade da denúncia**, que se estabelece como um importante filtro contra denúncias infundadas ou que possuam lastro em prova

ilícita. Nesta etapa, entre a investigação e a instrução probatória, a presunção de inocência assume centralidade, assim como é também neste momento que se requer que o conjunto probatório a ser analisado tenha respeitado a dignidade da pessoa humana.

A reformulação do procedimento penal para adequá-lo à estrutura acusatória introduz um primeiro momento, efetivamente no âmbito do processo, que permite que o controle da legalidade da persecução penal seja exercido sob perspectiva completa, pois que nesta fase incidem de forma plena todas as garantias, não mais limitadas por necessidades conjunturais da investigação.³⁶

Portanto, novamente, é mister ressaltar a necessidade que a defesa tenha conhecimento das fontes de prova. De acordo com a experiência histórica e ainda com a cultura inquisitorial que persiste em nosso meio, são inúmeros os casos de supressão de elementos informativos como estratégia das agências de repressão. Logo, não é suficiente apenas verificar a legalidade da investigação criminal com base apenas no material apresentado pelo órgão acusatório.

Em virtude disso, a técnica processual da *Discovery* é entendida por Prado como perfeitamente compatível com o sistema processual penal brasileiro. A *Discovery* busca assegurar um equilíbrio entre as partes, tratando de forma complementar dois grupos jurídicos distintos, de um lado uma categoria que trata do comportamento processual das partes e do juiz, e do outro a categoria relacionada ao controle de legalidade das provas. O alcance desse equilíbrio passa pela via do devido processo legal.

Uma característica derivada dessa dualidade pode ser vista na reformulação da investigação criminal pela Constituição. A partir disso, conformada pelo devido processo legal, a investigação pode ser vista através de uma dupla perspectiva: a) meio de formação da justa causa para a ação penal e; b) como exigência para encontrar adequação legal.

Então, a *Discovery* pensa um mecanismo que possibilita a participação da defesa na produção da prova. Uma atuação da defesa desde a investigação criminal atende a ideia de um processo penal que toma como pilar a presunção de inocência, pois de acordo com Prado (2021, p. 132), estabelece um equilíbrio entre a investigação que fornece lastro à acusação e as pesquisas

³⁶ PRADO, Geraldo. Capítulo III. In: PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. Cap. 3. p. 47

que podem revelar a impropriedade ou temeridade dela. Inclusive é nesta linha que a investigação defensiva vem ganhando força e se desenvolvendo no âmbito processual penal.

Portanto, o rastreio das provas é fundamental para que seja possível realizar um **filtro processual contra as provas ilícitas** e assim possibilitar um eficaz controle de admissibilidade das provas. Cabe esclarecer, porém, que a inadmissibilidade não é uma consequência exclusiva da ilicitude probatória. O controle de admissibilidade se relaciona com a fiabilidade probatória, uma vez que a sua preocupação guarda relação com a confiabilidade do elemento probatório, sendo ele uma prova típica ou atípica.

2.4 CONSEQUÊNCIAS DA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA

Nas palavras de Geraldo Prado (2021, p. 162), “a cadeia de custódia consiste em um método por meio do qual se pretende preservar a integridade do elemento probatório e assegurar sua autenticidade em contexto de investigação e processo”.

De acordo com o autor, a violação da cadeia de custódia implica a impossibilidade de valoração da prova. Ou seja, somente através do respeito à cadeia de custódia é que um determinado elemento poderá ser admitido e posteriormente valorado como prova para o processo criminal.

A lei 13.964/19 trouxe ao Código de Processo Penal alterações ao Título VII, das provas, em especial ao capítulo II, que antes tratava do exame de corpo de delito e das perícias em geral, acrescentando os arts. 158-A ao 158-F, que dão tratamento à cadeia de custódia das provas.

De acordo com Prado, essa alteração não possui natureza de regra formal, devendo ser considerada como paradigma mínimo a fim de viabilizar o exame de vestígios e possibilitar que sejam admitidos como meios de provas. Outrossim, o autor pondera que os dispositivos inseridos pela Lei 13.964/19, sequer inovaram no âmbito da matéria, visto que já existiam inúmeros protocolos recomendando a adoção de critérios quanto à coleta, preservação, transporte etc., em vigor.

Os cuidados relativos à preservação dos vestígios do crime tem uma importante relação com o garantismo, pois ao resguardar o princípio da mesmidade e assegurar a autenticidade do

elemento probatório, pretende-se assegurar uma adequada apuração dos fatos que visa investigar a autoria e quiçá adotar outras medidas necessárias. Diante disso, Prado conclui que a técnica da cadeia de custódia integra a doutrina do corpo de delito e funciona como premissa para que seja incorporado ao processo ou à investigação o resultado do exame pericial. E aqui a questão da credibilidade do elemento probatório, recebe atenção novamente:

a opinião expressada por *experts*, convocados a examinar determinado elemento probatório, dependerá dos atributos de credibilidade do próprio elemento.

Não há aqui uma cisão jurídico-prática entre a perícia, que é o exame de corpo de delito, e a condição de possibilidade da perícia em si, que depende da autenticidade e integridade do elemento probatório que será examinado. (PRADO, 2021, p. 165-166)

Ademais, a cláusula do devido processo legal abriga o método da cadeia de custódia, em suas variadas dimensões. Isso porque na sua dimensão procedimental, caminha em conjunto com a presunção de inocência, o contraditório e o direito de defesa. Já na sua dimensão material, figura como um impedimento à incriminação indevida e ilegal. Por isso, Prado reforça veementemente, que a cadeia de custódia trata-se de um conceito epistêmico e jurídico.

Então, a disciplina legal trazida pela Lei 13.964/19, foi apenas de incorporar protocolos gerais que tratam mais do processo da história cronológica do vestígio, desde o seu ingresso, preservação e descarte. Com isso, o que se pretende esclarecer é que há uma diferença entre o método da cadeia de custódia e a história cronológica da prova, pois esta se trata de uma materialização de uma das funções daquele, podendo eventualmente rastrear o descumprimento de alguma das funções de preservação da prova. Desse modo, a cadeia de custódia sempre será considerada conforme as características de cada vestígio coletado e das regras técnicas empregadas para sua coleta, preservação, exame e transporte (PRADO, 2021, p. 169).

A título de exemplo, uma disposição do Código que no lugar da previsão no art. 158-D autorizasse o acondicionamento do vestígio sem respeitar a natureza do material coletado configuraria preceito dispositivo incentivador da violação da cadeia de custódia, e não o contrário. Ainda que neste caso hipotético, com base na lei imaginada, o funcionário viesse a justificar o acondicionamento do vestígio em um recipiente impróprio, a cadeia de custódia do vestígio não teria sido implementada, o elo do acondicionamento estaria rompido e a garantia de integridade e autenticidade da prova estaria prejudicada. (PRADO, 2021, p. 170)³⁷

³⁷Art. 158-D. O recipiente para acondicionamento do vestígio será determinado pela natureza do material. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Todos os recipientes deverão ser selados com lacres, com numeração individualizada, de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio durante o transporte. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

A decisão de revogação de prisão preventiva de Luiz Carlos Justino, no âmbito do **requerimento de revogação de prisão preventiva nº 0021082-75.2020.8.19.0004**³⁸, da comarca de São Gonçalo no Rio de Janeiro, onde coube ao juiz André Nicolitt enfrentar o requerimento, traz questões pertinentes à cadeia de custódia das provas.

Primeiramente, buscou-se analisar se os elementos que supostamente ensejaram a decretação da prisão cautelar em 2017 ainda permaneciam vigentes à época da realização da prisão em 2019, quase três anos depois. Diante disso, dois pontos referentes à fragilidade probatória mereceram destaque: o reconhecimento fotográfico e a cadeia de custódia da prova.

No tocante ao reconhecimento fotográfico, a identificação de Luiz Carlos se deu por meio da apresentação de um álbum de suspeitos à vítima. No próximo capítulo, iremos adentrar de forma mais crítica e aprofundada quanto a esse meio de prova, porém, de forma breve, podemos dizer que essa modalidade apresenta uma pluralidade de suspeitos ao mesmo tempo. Contudo, não se tem um esclarecimento do porquê determinada pessoa passa a integrar esse álbum de pessoas indicadas como possíveis suspeitas do cometimento de algum crime.

A partir daí, algumas questões são levantadas pelo magistrado acerca da confiabilidade do procedimento de reconhecimento por fotografia. Trata-se de prova atípica, o que suscita uma discussão acerca de sua legalidade. Ademais, a forma como é realizado o reconhecimento e sua informalidade, traz insegurança jurídica e **violação da cadeia de custódia da prova**. Como envolve a memória humana, é necessário ter uma cautela redobrada com o tratamento desse tipo de prova, e, ainda mais, por se tratar de um procedimento completamente sugestivo. Portanto, a

§ 2º O recipiente deverá individualizar o vestígio, preservar suas características, impedir contaminação e vazamento, ter grau de resistência adequado e espaço para registro de informações sobre seu conteúdo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º O recipiente só poderá ser aberto pelo perito que vai proceder à análise e, motivadamente, por pessoa autorizada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º Após cada rompimento de lacre, deve se fazer constar na ficha de acompanhamento de vestígio o nome e a matrícula do responsável, a data, o local, a finalidade, bem como as informações referentes ao novo lacre utilizado. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 5º O lacre rompido deverá ser acondicionado no interior do novo recipiente. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Decisão nº 0021082-75.2020.8.19.0004. Requerente: Luiz Carlos da Costa Justino. Relator: Juiz André Luiz Nicolitt. São Gonçalo, RJ, 05 de setembro de 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**. Rio de Janeiro, 05 set. 2020. Disponível em: <<https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica#porNumero>>. Acesso em: 09 dez. 2022.

falta de informações sobre como o procedimento foi realizado, deixa de maneira evidente a falta de robustez do elemento, bem como de sua confiabilidade.

Para além dos problemas atrelados ao reconhecimento fotográfico, analisados anteriormente, cabe destacar a inexistência de documentação relativa à cadeia de custódia no processo em questão, visto que não houve registro de qualquer procedimento investigativo policial de forma prévia à formação do álbum de suspeitos, o qual continha a foto de Luiz Carlos Justino.

Segundo relatado na sentença em questão, no mesmo dia em que a vítima registrou o fato em sede policial, foi-lhe apresentado um álbum, com fotos de alguns suspeitos do possível crime. A primeira indagação que se faz é sobre quais os motivos que levaram a autoridade responsável a colocar aqueles sujeitos no álbum apresentado ao ofendido, o que não é possível saber, já que não houve registro do procedimento investigativo que detectou a existência de vestígios que fundamentassem a presença da foto de cada um dos suspeitos naquele álbum, o que contraria claramente o §1º do artigo 158-A do código de processo penal.³⁹

Com a repercussão do caso do Luiz Carlos Justino e do **HC 172606-STF** de relatoria do Min. Alexandre de Moraes⁴⁰, foi proposto o Projeto de Lei Nº 3165/2020, na Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, pelo Deputado Estadual Flavio Serafini, com a seguinte ementa: “Veda a utilização de fotos obtidas em redes sociais e de pessoas sem passagem prévia pelo sistema policial na identificação visual de suspeitos de crimes”. Como justificativa para a elaboração do Projeto de Lei, baseou-se no princípio da presunção da inocência e na urgência de se combater o racismo institucional. O projeto ainda encontra-se em tramitação.⁴¹

³⁹ **Art. 158-A.** Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º O início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º O agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão em Habeas Corpus nº 172.606 / SP. Paciente: Leandro de Sousa Pardini. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 31 de julho de 2019. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 05 ago. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5720109>. Acesso em: 09 dez. 2022.

⁴¹ Para mais informações consultar: http://www3.alerj.rj.gov.br/lotus_notes/default.asp?id=144&url=L3NjcHJvMTkyMy5uc2YvMGM1YmY

Após o enfrentamento de todas as questões probatórias suscitadas, além de outras que também eram pertinentes ao caso, o magistrado revogou a prisão preventiva imposta a Luiz Carlos Justino. A decisão foi muito bem fundamentada, visto a fragilidade da prova por reconhecimento fotográfico, e a ausência do procedimento investigativo prévio que fundamentasse a presença da foto do jovem entre os suspeitos do possível crime.

Com efeito, Janaina Matida, que possui uma extensa produção acadêmica no campo da epistemologia, é assertiva em reforçar a tese de que o expediente probatório da cadeia de custódia deve ser voltado para reduzir os riscos de se condenar inocentes. Logo, a efetividade do instituto depende do entendimento de que o não atendimento das regras provenientes da cadeia de custódia, conduz a consequência da **exclusão** do elemento produzido na atividade probatória.

A exclusão do elemento é necessária, pois não há como a defesa realizar um contraditório efetivo visto que a defesa não terá acesso a uma prova íntegra. Logo, diante dessa situação a fiabilidade se encontra prejudicada pela impossibilidade de realizar o contraditório. Ainda que o legislador, com as “inovações” pela Lei 13.964/2019, não tenha especificado as consequências decorrentes do fenômeno da quebra da cadeia de custódia, Prado defende que a sua violação torna a prova ilícita, inclusive gerando a contaminação das provas derivadas (art. 157, §1º, do CPP).

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1º São também **inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas**, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) (grifo nosso)

Por fim, cabem alguns esclarecimentos a serem feitos sobre a cadeia de custódia da prova. O primeiro que se deve fazer é que tratamos neste capítulo de uma técnica inerente ao contexto da persecução penal, bem como se trata de um procedimento oficial, no qual o Estado atua por meio de seus agentes. A partir disso podemos concluir que a cadeia de custódia só se inicia quando os agentes tomam conhecimento dos vestígios. Contudo, isso não implica diretamente na qualidade

de prova que o elemento probatório venha a assumir, pois esta condição estará sujeita a comprovação de sua fiabilidade.

3 PROVAS DEPENDENTES DA MEMÓRIA

A memória é uma das coisas mais fascinantes do ser humano. A partir dela, construímos quem somos, nossas relações e nossa história. Praticamente muita coisa gira em torno da memória e depende dela para seguir funcionando. Tem pessoas que, inclusive, demonstram capacidade de memorizar coisas de forma fantástica. Por outro lado, há outras que em determinada idade são acometidas por lapsos de memória, doenças que afetam o funcionamento do cérebro e, conseqüentemente, da própria memória.

Nesse sentido, Caio Badaró reflete que “no atual estágio da sociedade é difícil conceber que uma pessoa tenha tempo, experiência e capacidade intelectual para conhecer por si mesma, sem outras pessoas, tudo aquilo que crê”⁴².

Como trataremos neste capítulo das **provas dependentes da memória**, vamos verificar quais são as preocupações necessárias e decorrentes da utilização desse tipo de prova em um processo racional de averiguação dos fatos. Neste tópico, veremos como a **psicologia do testemunho** proporciona ferramentas para entendermos o funcionamento da memória.

Como consequência desse tipo de prova, também vamos falar sobre o **testemunho**. As provas dependentes da memória necessitam da pessoa para terem materializadas a sua existência, que só será possível através do testemunho. Logo, o testemunho e a aquisição do conhecimento estão quase que intrinsecamente conectados.

Dessa forma, a **prova testemunhal**, lembrando que estamos tratando neste trabalho de provas especificamente no contexto de um processo penal, deve seguir critérios que a torne admissível e por conseguinte entre para o processo. Ou seja, estamos falando de credibilidade, assunto explorado no capítulo anterior, especialmente quando tratamos da fiabilidade como momento anterior ao da valoração da prova.

⁴² BADARÓ, Caio. A prova testemunhal no Processo Penal brasileiro: uma análise a partir da epistemologia e da psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 156. ano 27. p. 23-56. São Paulo: Ed. RT, junho 2019, p. 27

O testemunho passa por um debate epistemológico que o coloca em duas posições antagônicas: reducionismo e anti-reducionismo. Em seu artigo Badaró, expõe essas posições e seus principais pensadores, assim como também explica a tese do dualismo.⁴³

A postura **reducionista** foi defendida por David Hume em sua obra *Ensaio sobre o entendimento humano*. De acordo com o autor, o testemunho de forma similar às nossas inferências, se funda unicamente na experiência da sua conjunção constante e regular. Diante disso, por meio de um raciocínio indutivo entre o que dizem as testemunhas e os fatos referidos, produzimos a crença na prova testemunhal.

Seriam duas, de acordo com essa primeira postura, as condições para justificar as crenças testemunhais: (i) o ouvinte deve ter boas razões para aceitar o que a testemunha diz; e (ii) essas razões não podem ser testemunhais. Desse modo, compreende-se que o testemunho deve ser reduzido às demais fontes de justificação epistêmica, isto é, a prova sensorial, a informação proveniente da memória e o raciocínio indutivo.

Em contraposição à postura reducionista temos a tese **antirreducionista**, defendida por Thomas Reid. Essa tese pode ser compreendida por aquela que confere ao testemunho protagonismo, pois crer no que diz uma testemunha nada mais é que uma tendência natural do ser humano, e isso se dá em razão da importância que o testemunho desempenha na vida cotidiana. Nesse sentido, dois princípios seriam provenientes do testemunho: o princípio da veracidade e o princípio da credulidade, o segundo praticamente uma consequência do primeiro. Já que o ser humano tem a propensão de dizer a verdade, então o ser humano tem a disposição de acreditar na veracidade do que o outro disse.

As duas posturas são objeto de várias críticas. No caso do anti-reducionismo, por exemplo, os autores apontam que se abre um espaço para irresponsabilidade epistêmica, pois diante da possibilidade de ausência de outras provas, o risco de erros judiciais é consideravelmente maior. Por outro lado, a tese reducionista indica um caráter circular, pois de acordo C. A. J. Coady, “apenas na minoria dos casos é possível verificar diretamente se um determinado testemunho é confiável,

⁴³ BADARÓ, Caio. A prova testemunhal no Processo Penal brasileiro: uma análise a partir da epistemologia e da psicologia do testemunho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 156. ano 27. p. 23-56. São Paulo: Ed. RT, junho 2019

o que evidencia que nossas inferências com base em testemunho não são justificadas como sugere Hume”⁴⁴.

A partir de Coady, Elisabeth Fricker propôs uma reformulação à tese reducionista, trazendo dois questionamentos importantes: “que lugar ocupa [o testemunho] na justificação da rede de conhecimento de um indivíduo maduro, em sua teoria do mundo? E qual deveria ser sua atitude perante novas instâncias de testemunho: confiança acrítica ou escrutínio crítico dos informantes?”⁴⁵ É possível perceber, portanto, que dois fatores passam a ganhar importância, sendo eles a sinceridade e a competência do declarante no momento em que se avalia a confiabilidade do que dizem as outras pessoas.

Então, o conceito de testemunho precisa ser desagregado, ao ponto de que a lógica principal seja focar na posição epistêmica a ser tomada diante de uma testemunha. Ou seja, o testemunho não pode ser visto como algo imutável e único, pois há uma gama de variáveis a serem consideradas caso a caso, como é o caso confiabilidade de quem fala.

Outra corrente importante é proposta por Jennifer Lackey, denominada dualismo. Para a autora o testemunho possui uma dimensão comunicativa, em que há importância quem oferece o testemunho e quem o recebe. Ou seja, ambos os lados devem estar preocupados em oferecer um testemunho confiável e de ter razões positivas para dar credibilidade às informações recebidas.⁴⁶

Portanto, em um contexto de processo, o testemunho jurídico tem o poder de influenciar a decisão do juiz e por isso deve ser analisado com cuidado.

Uma postura de constante monitoramento e avaliação epistêmica parece ser a postura mais adequada e racional dentro do contexto de um processo criminal - nunca é demais lembrar que o que está em jogo no processo criminal é a liberdade de uma pessoa -, motivo pelo

⁴⁴ COADY, C. A. J. Testimony and Observation. *American Philosophical Quarterly*, v10, n. 2, p.150, 1973, in: BADARÓ, Caio. A prova testemunhal no Processo Penal brasileiro: uma análise a partir da epistemologia e da psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 156. ano 27. p. 23-56. São Paulo: Ed. RT, junho 2019, p. 30.

⁴⁵ FRICKER, Elizabeth. Telling and trusting: Reductionism and Anti-Reductionism in the Epistemology of Testimony. Trad. Livre. *Mind*, v. 104, 1995. p. 401, in: BADARÓ, Caio. A prova testemunhal no Processo Penal brasileiro: uma análise a partir da epistemologia e da psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 156. ano 27. p. 23-56. São Paulo: Ed. RT, junho 2019, p. 32

⁴⁶ LACKEY, Jennifer. Learning from Words: Testimony as a Source of Knowledge. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 176-178, in: BADARÓ, Caio. A prova testemunhal no Processo Penal brasileiro: uma análise a partir da epistemologia e da psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 156. ano 27. p. 23-56. São Paulo: Ed. RT, junho 2019, p. 33

qual o juízo necessita de boas razões objetivas para acreditar na mensagem que oferece a testemunha. Por outro lado, a testemunha deve oferecer seu testemunho com sinceridade, e neste ponto convém que o desenho institucional possibilite (ou ao menos potencialize esta possibilidade) que a mensagem sincera coincida com a sua veracidade, noções que, como se verá, não se confundem. (BADARÓ, 2019, p. 33)

Diante dessas considerações iniciais podemos dizer que nosso intuito não é colocar em xeque tudo que falamos, vivenciamos e realizamos com base na nossa memória, mas sim refletir sobre suas fragilidades e deficiências da prova testemunhal que podem levar a condenar pessoas inocentes. Então, buscaremos a seguir analisar a interação do conteúdo do testemunho e a sua relação com a memória de quem presencia o evento.

3.1 O FUNCIONAMENTO DA MEMÓRIA E A PSICOLOGIA DO TESTEMUNHO

Nós costumamos pensar na memória como um filme, que quando temos interesse podemos colocar para reproduzir. Com essa ideia, poderíamos até mesmo dar replay várias vezes em diferentes momentos, que esses fatos narrados como lembranças seriam reproduzidos da mesma forma, sem mudar uma palavra sequer.

Trata-se de um pensamento equivocado. O processo de registro, armazenamento e a recuperação do conteúdo “armazenado” na memória envolve um processo complexo que torna a qualidade das informações degradável, flexível e maleável.⁴⁷ Inclusive, diante dessas dificuldades nos deparamos com a possibilidade de produção de **falsas memórias** que podem provocar **erros honestos**.

Para tentar compreender melhor o funcionamento da memória, tomaremos como base a fundamentação realizada por Caio Badaró em seu artigo sobre a prova testemunhal que traz importantes atualizações provenientes do estudo na área da psicologia do testemunho.

Inicialmente, convém desmistificar a ideia de que a memória é estática. Não é como se tudo que vivemos fosse sendo armazenado e quando fosse necessário evocar alguma coisa, ela estaria lá disponível sem qualquer alteração. Por isso, uma definição mais adequada parece ser a da

⁴⁷ MATIDA, J.; CECCONELLO, W. W. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S. l.], v. 7, n. 1, 2021, p. 411.

dinamicidade da memória. Essa percepção se funda na ideia de que as influências das percepções anteriores e exteriores ao sujeito impactam diretamente na aquisição de novas memórias que não são armazenadas em uma chapa fotográfica imóvel, mas sim passa por um trabalho ininterrupto de deformação que, inclusive, culmina em novas aquisições psíquicas.⁴⁸

Diante disso, há uma série de elementos que influenciam no processo de codificação e recordação das informações:

cada pessoa interpreta o evento presenciado de acordo uma série de elementos, como o **nível educacional, posição social, valores, sentimentos** e até mesmo **informações posteriores à experiência**, que influem no processo de codificação e geram consequências ao recordar as informações “arquivadas” na memória. Todos esses fatores operam como uma espécie de filtro através do qual interpretamos as informações. (BADARÓ, 2019, p. 35) (grifo nosso)

Contudo, não podemos desprezar o papel da memória, pois ela demonstra um papel essencial para o desenvolvimento das nossas atividades no cotidiano. Então, o nosso foco deve ser transferido para a relação que se estabelece entre o conteúdo da memória e o que se decide baseando-se nesse conteúdo.

O processo de registro da informação pela memória opera em três fases: (i) codificação, (ii) retenção e (iii) recuperação. A fase da **codificação** passa pela seleção, interpretação e integração de um novo conteúdo à memória. Já a segunda fase de **retenção** consiste no lapso temporal que se dá entre a codificação e uma eventual recuperação do conteúdo. Por fim, a terceira fase de **recuperação** trata do momento em que o cérebro busca pela informação arquivada, recupera-a e comunica-a.

Aqui é importante deixar claro que todo processo descrito no parágrafo anterior passa por uma série de transformações em decorrência do próprio caráter dinâmico da memória. De forma conectada ao seu funcionamento, é possível verificar que há três tipos de memória: memória episódica, memória semântica e memória procedimental. Dedicaremos nossa atenção às duas primeiras.

⁴⁸ ALTAVILLA, Enrico. Psicologia judiciária. Tradução de Fernando de Miranda. 2. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva Editores, 1945. v. 1. p. 34-35, in: VIANA, Caroline Navas. A falibilidade da memória nos relatos testemunhais: implicações das falsas memórias no contexto dos crimes contra a dignidade sexual. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [s. l.], v. 8, n. 2, 2018, p. 1041.

A **memória episódica** é aquela requisitada no contexto do processo judicial para ser “exercitada” pela testemunha. Em outras palavras, a memória episódica se refere às recordações de eventos, que envolvem seus aspectos centrais e também os elementos contextuais que o acompanham, ou seja, envolve um contexto espaço-temporal. Por outro lado, a **memória semântica** conserva a informação através de conceitos, isto é, leva-se em consideração o significado das informações e dos acontecimentos, tudo sistematizado em forma de esquemas que podem ser simples ou mais complexos.

Acontece que a memória semântica é potencialmente relevante, pois os conceitos podem influenciar no processo perceptivo, ainda mais quando a testemunha tenta interpretar e reconstruir a experiência episódica.⁴⁹ Além disso, de acordo com Deborah Davies e Elizabeth Loftus a sua organização em esquemas consiste em “estruturas de conhecimento organizadas que incluem crenças e expectativas a respeito da natureza, características, e comportamentos ou funções de objetos, pessoas, eventos e outras entidades cognoscíveis.”⁵⁰

Ademais, é necessário que a atenção e o cuidado sejam redobrados com a memória semântica, principalmente na influência que ela pode exercer sobre a memória episódica, podendo alterar a sua forma e conteúdo.

3.2 FATORES DE INFLUÊNCIA NAS FASES DE REGISTRO DA INFORMAÇÃO NA MEMÓRIA: VARIÁVEIS DO EVENTO E VARIÁVEIS DO SISTEMA

Em conjunto com as informações anteriores é necessário nos atentarmos para a questão de que existem fatores que podem interferir nas etapas descritas anteriormente. Compreender esses fatores é crucial para verificar qual o valor que deve ser atribuído, por exemplo, a um testemunho

⁴⁹ SOUSA, Luís Filipe Pires de. Prova testemunhal. Coimbra: Almedina, 2016, p. 13, In: BADARÓ, Caio. A prova testemunhal no Processo Penal brasileiro: uma análise a partir da epistemologia e da psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 156. ano 27. p. 23-56. São Paulo: Ed. RT, junho 2019, nota de rodapé nº 37, p. 37

⁵⁰ DAVIES, Deborah; LOFTUS, Elizabeth. Internal and External Sources of Misinformation in Adult Witness Memory, In: LINDSAY, R. C. L.; ROSS, David F. *et al.* (ed.) In: *The handbook of Eyewitness Psychology*, v. 1, Memory For Events, Lawrence Erlbaum Associates Publishers, Londres, 2007, p. 196, In: BADARÓ, Caio. A prova testemunhal no Processo Penal brasileiro: uma análise a partir da epistemologia e da psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 156. ano 27. p. 23-56. São Paulo: Ed. RT, junho 2019, nota de rodapé nº 37, p. 37.

e um reconhecimento. Em razão da limitação do próprio trabalho não será abordado todos os fatores, mas os que serão expostos são baseados em trabalhos de autores preocupados e dedicados ao enfrentamento da temática.

Badaró separa a análise desses fatores através de um olhar para cada fase de funcionamento da memória. No **momento da codificação**, ele divide em dois os grupos de fatores que afetam o modo como são registradas as informações acerca do evento. O primeiro seriam os fatores do indivíduo e o segundo seriam os fatores do evento. Para William Cecconello e Lilian Stein, esses fatores são denominados como **variáveis de estimacão**, pois não são passíveis de controle pelo sistema de Justiça e seu impacto na produção de uma prova dependente da memória pode apenas ser estimado⁵¹.

Os **fatores do indivíduo** remetem às características pessoais. Ou seja, temos envolvidas as capacidades cognitivas e sensoriais, onde são verificadas as condições mentais da testemunha em que ela é capaz de perceber o acontecimento e interpretá-lo. Além disso, o estresse e o trauma afetam a forma como o evento é percebido e, por conseguinte, a precisão nas declarações.

A idade também é um fator a ser considerado, pois é possível estabelecer uma relação entre ela e o grau de vulnerabilidade do indivíduo que pode ser influenciado em razão dela. O estado emocional é importante pois influencia na forma como a testemunha percebe a informação, que direciona sua atenção para determinadas informações do evento de acordo com seu estado emocional. Por fim, outro fator importante são os das expectativas, divididas por Loftus em: expectativas culturais e estereótipos, expectativas geradas com base nas experiências passadas, os preconceitos pessoais e as expectativas momentâneas ou temporais.⁵²

⁵¹ Wells, G. L. (1978). Applied eyewitness-testimony research: System variables and estimator variables. *Journal of Personality and Social Psychology*, 36 (12), 1546-1557. <https://doi.org/10.1037/0022-3514.36.12.1546>, In: CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. **Avances En Psicología Latinoamericana**, [S.L.], v. 38, n. 1, p. 172-188, 30 mar. 2020. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471>

⁵² BADARÓ, Caio. A prova testemunhal no Processo Penal brasileiro: uma análise a partir da epistemologia e da psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 156. ano 27. p. 23-56. São Paulo: Ed. RT, junho 2019, p. 41.

Os **fatores do evento** envolvem a duração, frequência, familiaridade, condições de iluminação, condições sonoras, detalhes marcantes, tipo de evento ou detalhe e violência do evento. Como exemplo, temos o efeito do foco na arma que traz como consequência que a vítima tenha sua atenção subtraída pela vontade de preservar a própria vida e com isso preste menos atenção em outros detalhes do evento. Nesse sentido, Jennifer Dysart explica no ep. 6 do documentário DNA da Justiça:

Um dos maiores equívocos sobre a memória da testemunha ocular é que, quando um acontecimento é extremamente estressante ou traumático é muito mais provável que o indivíduo seja preciso ao lembrar e fazer identificações depois, mas pesquisas indicam que há mais propensão para erros. Não é importante lembrar os detalhes do rosto de uma pessoa quando se teme pela própria vida. Ocorre o que chamamos de efeito do foco na arma. Para muitas testemunhas, é mais importante olhar para a arma, para garantir que não esteja apontando ou indo na direção delas. E a precisão da identificação é diminuída.⁵³

Outro efeito também que deve se levar em consideração é o do **efeito da raça diferente**. O que se reconhece através desse fator é que pessoas pertencentes a um determinado grupo racial possuem maior dificuldade de reconhecer as características fisionômicas de uma pessoa que pertence a outro grupo racial.⁵⁴ Isso não significa afirmar que haja racismo, mas sim que a memória humana apresenta dificuldades de codificar a informação da raça, principalmente quando é confrontada com pessoas de outros grupos raciais. Assim sendo, o neurocientista Thomas Albright explica:

Acredita-se que boa parte do chamado efeito da outra raça ocorra por causa da aprendizagem perceptual. Se vivermos num ambiente racialmente homogêneo, não temos muita exposição a pessoas de raças diferentes. Não temos muita oportunidade de discernir as sutilezas das características faciais das pessoas de outras raças.⁵⁵

Há muita dificuldade em reconhecer rostos que foram vistos apenas uma vez e isso é uma consequência do fato de que a memória humana é especializada em aprender, logo a representação mental do rosto de uma pessoa será mais precisa à medida que se tem mais contato e se aprende os traços daquela face (Bruce & Young, 2012; Memon, & Bruce, 1985 *apud* Cecconello; Stein, 2020).

Ademais, isso se torna decisivo no momento da realização de um reconhecimento, pois as faces não-familiares são codificadas de maneira que dão ênfase em seus atributos externos ou

⁵³ “O DNA da Justiça”, ep. 6, Netflix

⁵⁴ **Reconhecimento de Pessoas e Prova Testemunhal**: orientações para o sistema de justiça. 2. ed. São Paulo: Instituto de Defesa do Direito de Defesa - Iddd (Prova sob Suspeita), 2022. p. 23.

⁵⁵ “O DNA da Justiça”, ep. 6, Netflix

distintivos, então quando o suspeito e o criminoso apresentam características semelhantes isso pode induzir a um falso reconhecimento. Gary L. Wells, especialista em testemunho ocular, explica que a forma como os rostos são processados é diferente de como o são os objetos:

Rostos são processados de forma diferente dos outros objetos. Em vez de processar os olhos, o nariz e a boca, ele é processado ao mesmo tempo, como um todo. Mas, para a maioria dos objetos, vemos as características individuais desse objeto, o que explica por que se você inverter um rosto, as pessoas têm dificuldade em reconhecê-lo, mais do que se pegar um objeto e invertê-lo. Então mesmo quando você dá uma boa olhada na pessoa, isso não significa que você será capaz de identificá-la. Mas há muita pressão nas testemunhas para que façam uma identificação.⁵⁶

Na segunda fase, que é a de retenção, dois pontos merecem atenção pois estes são capazes de distorcer informações e influenciar no depoimento das testemunhas. A **extensão temporal** é um fator determinante para se ter uma recordação mais fidedigna ou mais deteriorada. Em razão de uma longa extensão temporal do fato codificado e a sua recuperação, como consequências podemos ter o esquecimento, a dificuldade de manter um registro claro e completo e, inclusive, uma sobreposição de informações distintas e a impossibilidade de estabelecer a fonte de onde foi extraído o conhecimento.

Diante disso, Dysart & Lindsay (2014, *apud* CECCONELLO; STEIN, 2020, p. 175) concluem que a representação mental do rosto de um criminoso vai se tornando menos detalhada à medida que o intervalo entre o acontecimento do crime e a realização do reconhecimento aumenta. Por outro lado, deve-se ainda considerar que quando a memória é recuperada, a representação mental do rosto do criminoso pode ser alterada quando exposta a novas informações (CECCONELLO; STEIN, 2020, p. 175).

Quanto a este último temos que ele ocorre em razão do fato de que após determinado evento, o indivíduo é exposto a diversas informações novas que podem ou não se relacionar com o que ele presenciou. Essas informações pós-evento podem vir de fontes externas e internas, como relatos de outras testemunhas e uma reavaliação da experiência vivida. A atenção que se deve tomar é que essas informações pós-evento podem inserir na memória dados inconsistentes com o evento originalmente presenciado, sendo então denominadas de informações enganosas.

⁵⁶ “O DNA da Justiça”, ep. 6, Netflix

Foi realizado um experimento em que os participantes assistiram a um vídeo em que um homem careca e sem tatuagens roubava um carro. Depois essas testemunhas deveriam realizar o reconhecimento. Contudo, antes disso uma das testemunhas, que era na verdade, um participante infiltrado e treinado pelos pesquisadores, espalhou a informação de que o assaltante tinha uma tatuagem no pescoço. Passada uma semana, os participantes foram chamados para reconhecer o perpetrador em um alinhamento de oito faces de homens carecas. Como resultado, apenas 34% dos participantes reconheceram corretamente, enquanto 43,8% reconheceram um suspeito inocente que tinha uma tatuagem no pescoço.⁵⁷

Isso ocorre porque as etapas de retenção/armazenamento acontecem num *continuum*⁵⁸, logo devido a essa maleabilidade da memória, a inserção de informações incorretas após o evento, depois que são incorporadas à memória original não são passíveis de distingui-las. Logo, as memórias verdadeiras e falsas são indistinguíveis para quem recorda (Bernstein, & Loftus, 2009; Schacter & Loftus, 2013, *apud* CECCONELLO; STEIN, 2020).

Por fim, vamos tratar agora da terceira fase de recuperação. Para esta etapa, vamos nos debruçar sobre as questões relacionadas aos formatos de recuperação, elaboração de perguntas, relação entre entrevistador e a testemunha e o grau de capacidade expressiva da testemunha.

Falar em **formato de recuperação** nos remete a um método para obtenção de declarações da vítima ou da testemunha. A forma como é realizada será determinante para avaliar seu valor probatório. Aqui devemos tomar cuidado com as **variáveis do sistema**, que decorrem dos procedimentos adotados pelos atores de justiça e apresentam a probabilidade de induzir a produção de falsas memórias e falsos reconhecimentos.

Seguindo adiante, podemos falar na técnica interrogatória e na técnica narrativa. A primeira utiliza o sistema do interrogatório, onde são formuladas perguntas pelo investigador e o declarante

⁵⁷EISEN, Mitchell L. et al. "I think he had a tattoo on his neck": how co-witness discussions about a perpetrator's description can affect eyewitness identification decisions. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, v. 6, n. 3, p. 274-282, 2017, In: CECCONELLO, William Weber; AVILA, Gustavo Noronha; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, p. 1061

⁵⁸CECCONELLO, William Weber; AVILA, Gustavo Noronha; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, p. 1061

se coloca numa posição passiva de responder o que foi perguntado. Com essa técnica os riscos de que o entrevistador possa introduzir informações enganosas através das suas perguntas é muito alto. A técnica narrativa utiliza o sistema de narração livre, em que as perguntas de cunho aberto proporcionam que o declarante relate as informações sem que haja interrupções e sem seu próprio ritmo e palavras.

A desvantagem da técnica narrativa se concentra na possibilidade de erros por omissão, pois o declarante pode deixar de mencionar alguma informação importante. Sendo assim, um modelo alternativo, conhecido como entrevista *estándar*, justifica a utilização primeiramente da técnica narrativa e que a técnica interrogativa seja utilizada posteriormente a título de complementação, mas tomando cuidado com as perguntas que serão realizadas.

Outrossim, há também a técnica da **entrevista cognitiva**, que visa obter uma informação em termos quantitativamente e qualitativamente superior, correlacionando o uso de diversas técnicas voltadas para as melhores práticas de entrevista: i) acolhimento e construção do *rapport*; ii) técnica de coleta de informações voltadas para um relato livre; iii) procedimento de questionamento compatível com a testemunha; e iv) tipos de perguntas, com preferência pelas perguntas abertas.⁵⁹

Basicamente a entrevista cognitiva funciona da seguinte forma: inicialmente o entrevistador faz uma introdução esclarecendo como funcionará a entrevista e deixando clara as regras que serão seguidas a fim de que se tenha uma comunicação eficiente. Nesse primeiro momento o entrevistador deve estabelecer o *rapport*, com o intuito de proporcionar o acolhimento e sintonia entre o entrevistado e o entrevistador, além de assegurar que aquele tenha um papel ativo. Isto deve seguir durante toda a entrevista. Depois, é estimulado através da narrativa livre, a recriação mental do contexto. Nesta etapa, não deve haver interferências do entrevistador. Quando se esgotar o relato livre, o entrevistador fará perguntas com base no que foi relatado, tentando aprofundar algum ponto específico. Feito isso, chega-se a uma etapa de revisão e síntese, que possui como objetivo despertar no entrevistado a lembrança de algum ponto que não tenha sido relatado. Por último, o fechamento ocorre com a retomada de pontos neutros, verificando que o entrevistado pode encerrar a entrevista.

⁵⁹ STEIN, Lilian M. **Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**. Série Pensando o Direito, Brasília, n. 59, 2015, p. 25-26.

Ademais, é feito o adendo de que se houver a recordação de alguma informação, o entrevistado pode entrar em contato com o entrevistador (STEIN, 2015, p. 26-27).

Diante disso, partindo dos cuidados que merecem a realização das perguntas a serem formuladas às vítimas e testemunhas, temos que elas podem ser abertas e fechadas. As perguntas abertas não impõem limitações nem introduzem informações, facultando qualquer tipo de resposta pela testemunha.

Partindo do ponto que essas classificações são o gênero, as perguntas fechadas podem ser do tipo: a) perguntas *Sim/Não*; b) perguntas seletivas: possuem múltiplas alternativas, cabendo escolher uma entre elas; c) perguntas identificadoras: estas demandam uma descrição de pessoas, lugares, momentos etc.

As perguntas fechadas apresentam um alto risco de alterar o teor do depoimento, pois pode trazer um viés afirmativo; pode induzir uma resposta que elimine a real alternativa por ela não ter sido considerada nas perguntas; pode introduzir informações enganosas que causem um efeito de contaminação da memória; pode incorrer em um viés de desejabilidade social, em que uma testemunha tenta responder o que demonstra ser o desejado pelo entrevistador.

Portanto, é relevante que as perguntas sejam elaboradas conforme os estudos já consolidados pela psicologia do testemunho. Não se deve dar margens para perguntas sugestivas que nada mais representam a opinião do entrevistador ou até mesmo a confirmação de uma hipótese já pré-estabelecida. Ou seja, a troca de uma palavra em uma pergunta já pode ser suficiente para sugerir alguma informação no relato testemunhal.

A relação que se estabelece entre o entrevistador e a testemunha também é importante para que se proporcione ao entrevistado uma recordação com mais detalhes do evento. Como foi demonstrado acima ao falar da entrevista cognitiva, a postura do entrevistador é crucial para que o entrevistado sinta-se à vontade para oferecer as declarações sem ser submetido a um quadro de estresse e pressão que podem interferir na recuperação da recordação.

Por fim, o grau de capacidade expressiva da testemunha se relaciona com o grau de fidelidade e clareza com que o entrevistado irá descrever as suas impressões e representações.

Logo, novamente, a forma como o entrevistador proporciona acolhimento ao entrevistado é fundamental para que a testemunha apresente exatidão em suas recordações.

Ainda no que se refere às variáveis do sistema, os procedimentos utilizados para realização do reconhecimento também devem observar práticas baseadas em evidências. Contudo, no Brasil é comumente utilizada duas práticas problemáticas que são: *show-up* e o álbum de suspeitos.

A prática do *show-up* consiste em mostrar apenas um suspeito ou então uma fotografia de um suspeito à vítima ou testemunha, que deve dizer se é ele ou não o autor do delito. É como um teste de verdadeiro ou falso, no qual ocorre uma comparação entre a representação mental do criminoso com o suspeito que está sendo apresentado, e deve-se responder se ambos são a mesma pessoa.⁶⁰

Trata-se portanto de um procedimento altamente indutivo, podendo levar a um falso reconhecimento pelo simples fato de que o suspeito tenha características semelhantes com o autor do crime (MATIDA; CECCONELLO, 2021). Essa prática é muito comum pela polícia em casos em que há praticamente certeza que se está com o culpado ou quando o suspeito é conhecido pela testemunha, assim como quando há prisão em flagrante (STEIN, 2015).

O **álbum de suspeitos** geralmente é composto por várias fotografias de suspeitos, com pessoas de características distintas. É potencialmente problemático que esses álbuns sejam tomados como ponto de partida de uma investigação, pois muitas vezes não são claros os motivos para que determinada fotografia componha aquele álbum (MATIDA; CECCONELLO, 2021).

Além disso, a apresentação de forma simultânea de vários rostos acarreta uma sobrecarga dos processos cognitivos, pois é necessário fazer muitas comparações para realizar o

⁶⁰ CLARK, S. E. (2012). Costs and Benefits of Eyewitness Identification Reform: Psychological Science and Public Policy. *Perspectives on Psychological Science*, 7(3), 238–259. <<https://doi.org/10.1177/1745691612439584>> + CLARK, S.E., GODFREY, R.D. Eyewitness identification evidence and innocence risk. *Psychonomic Bulletin & Review* 16, 22–42 (2009). <<https://doi.org/10.3758/PBR.16.1.22>> In: CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. **Avances En Psicología Latinoamericana**, [S.L.], v. 38, n. 1, p. 172-188, 30 mar. 2020. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. <<http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471>>

reconhecimento de forma correta.⁶¹ Também se trata de um procedimento sugestivo, pois a testemunha ou vítima sabe que aquelas pessoas já cometeram crimes, logo isso pode aumentar a sua propensão de reconhecer algum dos rostos como o do criminoso.⁶²

Além disso, o caso de Tiago Vianna Gomes merece destaque quanto às problemáticas envolvidas na prática da utilização de álbum de suspeitos. Antes de responder a um processo de roubo à mão armada, Tiago havia sido absolvido em um processo que foi acusado pelo delito de receptação. Acredita-se que a partir desse caso sua foto passou a integrar um álbum de suspeitos, e, mesmo que tenha sido absolvido no processo que motivou que a sua fotografia integrasse aquele álbum, sua foto continuou lá sendo exibida à diversas outras vítimas ou testemunhas aleatórias.

No processo de roubo, antes que Tiago fosse reconhecido oito vezes, as vítimas descreveram o autor do fato com características físicas diferentes das dele. Nesse sentido que o emprego do álbum de suspeitos nas investigações criminais é altamente criticado:

É de se notar que o emprego dos álbuns de foto suspeitos é terreno franqueado às arbitrariedades, tanto porque inexistem critérios para a inclusão/exclusão das imagens, quanto porque há verdadeira lacuna quanto aos protocolos que devem ser seguidos para que a maneira de se conduzir o ato não represente, em si mesma, um fator de contaminação da memória da vítima/testemunha. (MATIDA; CECCONELLO, 2021, p. 420)

Tiago só conseguiu ser absolvido pelo Habeas Corpus Nº 619.327 - RJ, que foi concedido de ofício pelo Min. Relator Sebastião Reis Júnior. No primeiro grau ele foi absolvido pois o magistrado considerou incongruentes as características que foram indicadas pela vítima, do autor

⁶¹ LEACH, A.-M., CUTLER, B. L., & VAN WALLENDael, L. (2009). Lineups and eyewitness reconhecetion. *Annual Review of Law and Social Science*, 5(1), 157-178. Doi: <<https://doi.org/10.1146/annurev.lawsocsci.093008.131529>> + McALLISTER, H. A., STEWART, H. A., & LOVELAND, J. (2003). Effects of mug book size and com-puterized pruning on the usefulness of dy-namic mug book procedures. *Psychology, Crime & Law*, 9(3), 265-277. <<https://doi.org/10.1080/1068316031000081363>> In: CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. *Avances En Psicología Latinoamericana*, [S.L.], v. 38, n. 1, p. 172-188, 30 mar. 2020. Colegio Mayor de Nuestra Senora del Rosario. <<http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471>>

⁶² OSBORNE, D., & DAVIES, P. G. (2014). Crime type, per-ceived stereotypicality, and memory biases: A contextual model of eyewitness reconhecetion. *Applied Cognitive Psychology*, 28(3), 392-402. <<https://doi.org/10.1002/acp.3009>> In: CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. *Avances En Psicología Latinoamericana*, [S.L.], v. 38, n. 1, p. 172-188, 30 mar. 2020. Colegio Mayor de Nuestra Senora del Rosario. <<http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471>>

do delito e Tiago, como por exemplo a altura, assim como considerou o reconhecimento fotográfico diante das outras circunstâncias como insuficiente para condenar. Inconformado, o Ministério Público apelou e em segundo grau Tiago foi condenado exclusivamente com base no reconhecimento efetivado pela vítima.

Na decisão do HC, o Min. destaca algumas considerações realizadas pelo magistrado na sentença:

1) o agravante, no dia do reconhecimento efetivado em sede judicial, **não apresentava nenhuma semelhança com a foto objeto de reconhecimento em sede policial**; 2) a **altura do agente ativo do crime (1,65m)**, indicada pela vítima à época do crime, **destoa absolutamente da altura do agravante (1.80m)**; 3) a imagem da foto e a descrição fornecida pela vítima guardam semelhança com outro indivíduo, já conhecido na comarca pela prática de crimes de roubo - com mais de 80 anotações criminais; e 4) **os indivíduos que atuaram como dublês, no reconhecimento efetivado em sede judicial, apresentavam outra tonalidade de pele comparada com a do agravante**, circunstância que, na perspectiva do Magistrado, pode ter maculado aquela prova.⁶³

Diante disso, o Ministro Relator ainda apontou que a reforma da sentença que condenou Tiago, não desconstituiu as ponderações realizadas pelo Magistrado na sentença. Outrossim, o julgamento do HC n. 598.886, da relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, também serviu para embasar a decisão, pois tratou de um caso onde se confirmou que as disposições contidas no art. 226 do Código de Processo Penal constituem garantia mínima do acusado.

Portanto, o Min. Relator concluiu pela aplicação do princípio do in dubio pro reo e que o Magistrado valorou a prova de forma mais completa e minuciosa, absolvendo Tiago de ofício.

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. WRIT SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO DE MÉRITO NESTA CORTE. INCOMPETÊNCIA DO STJ. FUNDAMENTO SUBSIDIÁRIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA (INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA) ACÓRDÃO CONDENATÓRIO CALCADO NO RECONHECIMENTO EFETIVADO EM SEDE POLICIAL E RATIFICADO EM SEDE JUDICIAL. COTEJO APTO A EVIDENCIAR QUE O ARESTO CONDENATÓRIO NÃO INFIRMOU, DE FORMA PEREMPTÓRIA, AS PONDERAÇÕES LANÇADAS PELO MAGISTRADOS, APTAS A EXTINGUIR OU, AO MENOS, REDUZIR O GRAU DE CERTEZA DA PROVA OBTIDA COM O RECONHECIMENTO. CONTATO DIRETO DO MAGISTRADO COM A PROVA PRODUZIDA.

⁶³ Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 619327 / RJ. Agravante: Tiago Vianna Gomes. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 15 de dezembro de 2020. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 18 dez. 2020

SENTENÇA QUE OSTENTA UMA ANÁLISE MINUCIOSA E COMPLETA DA PROVA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO, PARA ABSOLVER O AGRAVANTE.

Agravo regimental improvido. Habeas corpus concedido de ofício, a fim de absolver o agravante, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal (Processo n. 0006420-78.2018.8.19.0036, da 1ª Vara Criminal de Nilópolis/RJ). (AgRg no HABEAS CORPUS Nº 619.327 - RJ (2020/0271528-8) - Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJ 18/12/2020)

Atualmente, o procedimento eleito como o mais indicado pelos pesquisadores da psicologia do testemunho é o **alinhamento (Line-up)**, por imagens ou pessoalmente. O reconhecimento por alinhamento consiste em colocar o suspeito, e mais cinco pessoas com características semelhantes ao suspeito (STEIN, 2015, p. 28). Todavia, Matida e Ceconello (2021, p. 413) defendem a necessidade de que o alinhamento seja justo.

Os autores explicam que para que o alinhamento seja justo, o suspeito deve ser apresentado entre outros não suspeitos que sejam sabidamente inocentes e possuam as mesmas características descritas pela vítima e/ou testemunha. A importância dos não suspeitos apresentarem características semelhantes ao do suspeito ocorre para que não haja destaque do suspeito entre os demais, e, por conseguinte, a tendência de que aquela pessoa seja apontada por ser a única com as características indicadas pela vítima.

Ademais, o reconhecimento de um não suspeito sabidamente inocente não acarreta no risco de um falso reconhecimento nem na produção de erros judiciários, pois se trata de um resultado em que se evita que a investigação tome uma direção equivocada (MATIDA; CECCONELLO, 2021, p. 423).

Duas normas básicas são ressaltadas por Stein (2015, p. 29), a primeira quanto a realização do procedimento no modo duplo cego e a segunda quanto à testagem do equilíbrio do alinhamento.

A realização do procedimento duplo-cego é assim denominada pois o profissional que vai conduzir o reconhecimento não deve saber quem é o suspeito, isto é, para que não haja o risco de que o profissional influencie de alguma forma a decisão da testemunha. Agora, quanto à testagem do equilíbrio do alinhamento, o que se sugere é que antes de realizar o reconhecimento ele deve ser testado a fim de que se verifique se não há indícios de que o alinhamento estaria enviesado (STEIN, 2015, p. 29).

Além disso, novamente damos ênfase na postura do profissional que vai realizar o reconhecimento, pois as instruções que serão passadas por ele devem ser adequadas às vítimas e testemunhas. Não se deve colocar mais pressão sobre quem está prestes a realizar um reconhecimento, pelo contrário a comunicação precisa ser suavizada alertando que o suspeito pode estar lá ou não e que caso não ocorra o reconhecimento, o trabalho da polícia não será prejudicado por isso.⁶⁴

De forma concomitante, emitir feedbacks confirmatórios também não constitui uma boa prática. Esse tipo de feedback pode elevar o grau de confiança da vítima e não há embasamento científico unânime de que a confiança seja um indicador confiável (CECCONELLO; STEIN, 2020, p. 182).

3.3 O RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO COMO UMA ALTERNATIVA A SER LEVADA A SÉRIO

O reconhecimento de pessoas e coisas, não contempla e não prevê o reconhecimento fotográfico. No entanto, é utilizado com muita frequência e causa muitos problemas. Por não estar abrangido pelo procedimento é uma prova atípica, mas isso não significa que não devemos aplicar por analogia, e na medida do possível, o procedimento previsto no art. 226, do Código de Processo Penal.

Curiosamente, a prática do reconhecimento por fotografia não deve ser descartada tão rápido. Como verificamos anteriormente, o alinhamento é a forma mais adequada de realizar o reconhecimento, de acordo com os estudiosos. Entretanto, ainda que possa parecer mais adequado e seguro a realização do reconhecimento de maneira presencial, o alinhamento pode ser muito melhor implementado quando aliado ao reconhecimento fotográfico.

Segundo o que se pode verificar através de estudos, é que o alinhamento fotográfico não fica atrás nos resultados em relação ao alinhamento pessoal. Dois experimentos se contrapõem no

⁶⁴ STEBLAY, Nancy K. Lineup instructions. In: B. L. Cutler (Ed.), Reform of eyewitness identification procedures, p. 65–86. Washington: American Psychological Association 2013. <<https://doi.org/10.1037/14094-004>> In: MATIDA, J.; CECCONELLO, W. W. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, [S. l.], v. 7, n. 1, 2021, p. 423.

que se refere a comparação entre a opção pela utilização do reconhecimento fotográfico e o reconhecimento pessoal.

No estudo de Egan et al. (1977) a diferença entre o percentual de reconhecimentos corretos foi de 13%, em que o reconhecimento pessoal foi de 98% e o reconhecimento fotográfico foi de 85%. Em contraste, o experimento de Kerstholt; Koster; Van Amelsvoort⁶⁵, apresentou números opostos ao estudo anterior, pois o método presencial apresentou o número de 69% de acertos e a modalidade fotográfica alcançou 75%. Outrossim, neste experimento, as taxas de rejeição correta foram de 43% para o reconhecimento presencial, enquanto no do reconhecimento fotográfico foi de 71%. Por isso, defende-se que os dois métodos apresentam resultados similares.⁶⁶

Além disso, o que se comprovou foi que o reconhecimento por fotografia, quando se segue as recomendações para um alinhamento justo, facilita a realização do teste de adequação do equilíbrio do alinhamento. Por meio do reconhecimento através de fotografias, é possível padronizar as características do suspeito e não-suspeitos, como por exemplo a vestimenta, características distintas como uma cicatriz.⁶⁷

Outra questão que já foi tratada neste tópico e que contribui para também não trazer resultados melhores ao reconhecimento pessoal, diz respeito às condições de estresse e curta duração do evento. Além disso, a própria realização do reconhecimento traz uma carga de estresse tanto para testemunha/vítima e no suspeito (MATIDA; CECCONELLO, 2021, p. 429). A pesquisa

⁶⁵ KERSTHOLT, José H; KOSTER, Erwin R; VAN AMELSVOORT, Adri G. Eyewitnesses: A comparison of live, video, and photo line-ups. *Journal of Police and Criminal Psychology*, [s. l.], v. 19, n. 2, p. 15–22, 2004. <<https://doi.org/10.1007/BF02813869>> In: MATIDA, J.; CECCONELLO, W. W. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, [S. l.], v. 7, n. 1, 2021, p. 427-428.

⁶⁶ FITZGERALD, Ryan J.; PRICE, Heather L.; VALENTINE, Tim. Eyewitness identification: Live, photo, and video lineups. *Psychology, Public Policy, and Law*, [s. l.], v. 24, n. 3, p. 307–325, 2018. <<https://doi.org/10.1037/law0000164>> In: MATIDA, J.; CECCONELLO, W. W. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, [S. l.], v. 7, n. 1, 2021, p. 428.

⁶⁷ Valentine, T., & Fitzgerald, R. J. (2016). Identifying the culprit: An international perspective on the National Academy of Sciences report on eyewitness reconhecetion evidence. *Applied Cognitive Psychology*, 30(1), 135-138. <<https://doi.org/10.1002/acp.3164>> In: CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. *Avances En Psicología Latinoamericana*, [S.L.], v. 38, n. 1, p. 172-188, 30 mar. 2020, p. 180. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. <<http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471>>

realizada por Dent; Stephenson⁶⁸ demonstrou que crianças reagiram muito melhor nos reconhecimentos fotográficos do que nos reconhecimentos presenciais, inclusive tendo encontrado dificuldades para terminar a tarefa em alguns casos.

Mais um fator a ser considerado é que a ansiedade do suspeito pode gerar o efeito destaque. Ao realizar um alinhamento justo com não-suspeitos sabidamente inocentes e o suspeito, o risco de que o suspeito culpado venha a ser reconhecido pode ser perceptível em relação aos demais que compõem o alinhamento, afinal estes não têm com o que se preocupar, logo podem apresentar uma postura mais calma. O mesmo efeito pode acontecer com o suspeito inocente, pois o risco de ser falsamente reconhecido também pode gerar um estado de ansiedade, e, conseqüentemente, destacá-lo em relação aos demais (MATIDA; CECCONELLO, 2021, p. 430).

Essas preocupações são reduzidas no reconhecimento fotográfico (ou por vídeo), pois para a realização do reconhecimento na modalidade presencial, é preciso todo um trabalho de encontrar pessoas que tenham características semelhantes com o suspeito para compor o alinhamento e que ele seja justo.

Para tanto, talvez o mais adequado seja a criação de um banco de dados com faces para *line-ups*, pois permitem que o procedimento seja muito mais célere ao selecionar de maneira mais rápida os rostos que sejam semelhantes ao do suspeito.⁶⁹ Nesse sentido:

O reconhecimento por foto (ou vídeo) não apresenta estas dificuldades práticas, pois apenas a presença da vítima/testemunha seria necessária para a sua realização. Para tanto, seria possível refletir sobre a criação de bancos de fotos de não suspeitos; de imagens de pessoas que pudessem ser apresentadas como fillers pois sabidamente inocentes da prática daquele delito em questão (por exemplo, pessoas que vivam em outras regiões, países, ou mesmo, imagens geradas a partir de programas que elaboram versões semelhantes ao próprio suspeito). Em procedimentos como estes, caberia ao responsável pelo reconhecimento tomar foto do suspeito (padronizada como todas as fotos pertencentes ao banco de dados) para então, com auxílio de software, pudesse buscar e selecionar não suspeitos similares para a composição de um alinhamento justo, sem destaques. Evidente

⁶⁸ DENT, Helen R.; STEPHENSON, Geoffrey M. Identification Evidence: Experimental Investigations of Factors Affecting the Reliability of Juvenile and Adult Witnesses. *Psychology, Law and Legal Processes*, [s. l.], p. 195–206, 1979. <https://doi.org/10.1007/978-1-349-04248-7_13> In: MATIDA, J.; CECCONELLO, W. W., op. cit., p. 429.

⁶⁹ Wilcock, R., & Kneller, W. (2011). A comparison of presentation methods of video reconhecetion parades. *Applied Cognitive Psychology*, 25(6), 835-840. <<https://doi.org/10.1002/acp.1754>> In: CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. *Avances En Psicología Latinoamericana*, [S.L.], v. 38, n. 1, p. 172-188, 30 mar. 2020, p. 180. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. <<http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471>>

que a criação de um sistema como este teria custos iniciais importantes, mas a séria comparação entre seus resultados com os resultados gerados por práticas como o show-up e o odioso álbum de suspeitos serviria a fortalecer não apenas sua conveniência, senão que a sua urgência. (MATIDA; CECCONELLO, 2021, p. 431)

3.4 A CLASSIFICAÇÃO COMO PROVA IRREPETÍVEL E AS DISPOSIÇÕES DO ART. 226, DO CPP

A partir da leitura do art. 155 do Código de Processo Penal, extraímos três classificações da prova penal pelo nosso sistema jurídico: as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. As provas dependentes da memória, de acordo com o nosso sistema não se encaixam em nenhuma dessas classificações pois se entende tratar de uma prova repetível.

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)

Todavia, como vimos acima há uma série de fatores e estudos realizados no âmbito da psicologia do testemunho que dão conta de que tanto a prova testemunhal como o reconhecimento de pessoas não se enquadra na classificação de uma prova repetível. O risco de distorção da memória original e o esquecimento são fatores suficientes para levar a um pedido de antecipação da produção da prova e no cuidado de utilização de técnicas adequadas para sua coleta (CECCONELO; ÁVILA; STEIN, 2018, p. 1065).

O entendimento consolidado pelo STJ na Súmula N. 455 do STJ é contrário ao que verificamos com os argumentos elencados no tópico anterior e sintetiza muito bem a falta que faz uma regulação em consonância com os avanços científicos produzidos por estudiosos na área da psicologia do testemunho (CECCONELO; ÁVILA; STEIN, 2018, p. 1065).

A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente **o mero decurso do tempo**. (SÚMULA 455, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 08/09/2010) (grifo nosso)

Diante disso, Ceconello; Avila; Stein (2018, p. 1065) observam que a questão que se coloca é: “qual é a qualidade do contraditório estabelecido judicialmente quando a memória da testemunha/vítima foi distorcida pelas más práticas adotadas e pelo longo decurso de tempo?”

Como vimos, há um risco considerável de deteriorar a evidência ao invés de preservá-la, quando se insiste na repetibilidade da prova dependente da memória. São dois aspectos na conjuntura atual brasileira que demonstram a impossibilidade da repetibilidade do testemunho. O primeiro reside no fato de que a maioria dos profissionais que realizam a oitiva de testemunhas e vítimas não o fazem apoiados em protocolos científicos que agregam maior confiabilidade ao procedimento. Já o segundo está relacionado ao primeiro, pois trata da forma como são realizadas as entrevistas (CECCONELLO; AVILA; STEIN, 2018, p. 1068).

Quanto ao reconhecimento de um suspeito, não há dúvidas de que se trata de um procedimento irrepitível, pois como explica Thomas Albright: “Depois que o cérebro conecta duas coisas é muito difícil desconectá-las, mesmo quando aprendemos novos fatos. Isso é especialmente relevante, quando conectamos um rosto a um evento”.⁷⁰

Por outro lado, temos o art. 226 do Código de Processo Penal, que disciplina o reconhecimento de pessoas e coisas.

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a **descrever a pessoa que deva ser reconhecida**;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, **ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança**, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

O HC nº 598.886 – SC, de relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz, foi fundamental para ressuscitar o dispositivo que era constantemente ignorado para não se dizer sempre.

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226

⁷⁰ “O DNA da Justiça”, ep. 6, Netflix.

DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. RIGOR PROBATÓRIO. NECESSIDADE PARA EVITAR ERROS JUDICIÁRIOS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. 2. Segundo estudos da Psicologia moderna, são comuns as falhas e os equívocos que podem advir da memória humana e da capacidade de armazenamento de informações. Isso porque a memória pode, ao longo do tempo, se fragmentar e, por fim, se tornar inacessível para a reconstrução do fato. O valor probatório do reconhecimento, portanto, possui considerável grau de subjetivismo, a potencializar falhas e distorções do ato e, conseqüentemente, causar erros judiciais de efeitos deletérios e muitas vezes irreversíveis. 3. O reconhecimento de pessoas deve, portanto, observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime, não se tratando, como se tem compreendido, de "mera recomendação" do legislador. Em verdade, a inobservância de tal procedimento enseja a nulidade da prova e, portanto, não pode servir de lastro para sua condenação, ainda que confirmado, em juízo, o ato realizado na fase inquisitorial, a menos que outras provas, por si mesmas, conduzam o magistrado a convencer-se acerca da autoria delitiva. Nada obsta, ressalve-se, que o juiz realize, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório. 4. O reconhecimento de pessoa por meio fotográfico é ainda mais problemático, máxime quando se realiza por simples exibição ao reconhecedor de fotos do conjecturado suspeito extraídas de álbuns policiais ou de redes sociais, já previamente selecionadas pela autoridade policial. E, mesmo quando se procura seguir, com adaptações, o procedimento indicado no Código de Processo Penal para o reconhecimento presencial, não há como ignorar que o caráter estático, a qualidade da foto, a ausência de expressões e trejeitos corporais e a quase sempre visualização apenas do busto do suspeito podem comprometer a idoneidade e a confiabilidade do ato. 5. De todo urgente, portanto, que se adote um novo rumo na compreensão dos Tribunais acerca das conseqüências da atipicidade procedimental do ato de reconhecimento formal de pessoas; não se pode mais referendar a jurisprudência que afirma se tratar de mera recomendação do legislador, o que acaba por permitir a perpetuação desse foco de erros judiciais e, conseqüentemente, de graves injustiças. 6. É de se exigir que as polícias judiciárias (civis e federal) realizem sua função investigativa comprometidas com o absoluto respeito às formalidades desse meio de prova. E ao Ministério Público cumpre o papel de fiscalizar a correta aplicação da lei penal, por ser órgão de controle externo da atividade policial e por sua ínsita função de custos legis, que deflui do desenho constitucional de suas missões, com destaque para a "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art. 127, caput, da Constituição da República), bem assim da sua específica função de "zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos [inclusive, é claro, dos que ele próprio exerce] [...] promovendo as medidas necessárias a sua garantia" (art. 129, II). 7. Na espécie, o reconhecimento do primeiro paciente se deu por meio fotográfico e não seguiu minimamente o roteiro normativo previsto no Código de Processo Penal. Não houve prévia descrição da pessoa a ser reconhecida e não se exibiram outras fotografias de possíveis suspeitos; ao contrário, escolheu a autoridade policial fotos de um suspeito que já cometera outros crimes, mas que absolutamente nada indicava, até então, ter qualquer ligação com o roubo investigado. 8. Sob a égide de um processo penal comprometido com os direitos e os valores positivados na Constituição da República, busca-se uma verdade processual em que a reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo se vincula a regras precisas, que assegurem às partes um maior controle sobre a atividade jurisdicional; uma verdade, portanto, obtida de modo "processualmente admissível e válido" (Figueiredo Dias). 9. O primeiro paciente foi reconhecido por fotografia, sem nenhuma observância do procedimento legal, e não houve nenhuma outra prova produzida

em seu desfavor. Ademais, as falhas e as inconsistências do suposto reconhecimento – sua altura é de 1,95 m e todos disseram que ele teria por volta de 1,70 m; estavam os assaltantes com o rosto parcialmente coberto; nada relacionado ao crime foi encontrado em seu poder e a autoridade policial nem sequer explicou como teria chegado à suspeita de que poderia ser ele um dos autores do roubo – ficam mais evidentes com as declarações de três das vítimas em juízo, ao negarem a possibilidade de reconhecimento do acusado. 10. Sob tais condições, o ato de reconhecimento do primeiro paciente deve ser declarado absolutamente nulo, com sua conseqüente absolvição, ante a inexistência, como se deflui da sentença, de qualquer outra prova independente e idônea a formar o convencimento judicial sobre a autoria do crime de roubo que lhe foi imputado. 11. Quanto ao segundo paciente, teria, quando muito – conforme reconheceu o Magistrado sentenciante – emprestado o veículo usado pelos assaltantes para chegarem ao restaurante e fugirem do local do delito na posse dos objetos roubados, conduta que não pode ser tida como determinante para a prática do delito, até porque não se logrou demonstrar se efetivamente houve tal empréstimo do automóvel com a prévia ciência de seu uso ilícito por parte da dupla que cometeu o roubo. É de se lhe reconhecer, assim, a causa geral de diminuição de pena prevista no art. 29, § 1º, do Código Penal (participação de menor importância). 12. Conclusões: **1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime; 2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo; 3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento; 4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.** 13. Ordem concedida, para: a) com fundamento no art. 386, VII, do CPP, absolver o paciente Vânio da Silva Gazola em relação à prática do delito objeto do Processo n. 0001199-22.2019.8.24.0075, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Tubarão – SC, ratificada a liminar anteriormente deferida, para determinar a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso; b) reconhecer a causa geral de diminuição relativa à participação de menor importância no tocante ao paciente Igor Tártari Felácio, aplicá-la no patamar de 1/6 e, por conseguinte, reduzir a sua reprimenda para 4 anos, 5 meses e 9 dias de reclusão e pagamento de 10 dias-multa. Dê-se ciência da decisão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, encarecendo a estes últimos que façam conhecer da decisão os responsáveis por cada unidade policial de investigação. (HABEAS CORPUS Nº 598.886 - SC [2020/0179682-3], Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJ 18/12/2020) (grifo nosso)

Propriamente na decisão do HC, relembra-se das formalidades que o dispositivo enumera e a imperatividade de que estas sejam seguidas para que se tenha uma prova válida. Todavia, ainda que o Ministro em seu voto, sinalize que não se tratam de meras recomendações legislativas, o que se observa na realidade das delegacias e em juízo, é a verdadeira banalização das mesmas, como

também a caminhada em sentido contrário às evidências que demonstram a baixa fiabilidade epistêmica⁷¹ dessa modalidade probatória.

Felizmente, o que vimos nesse caso foi uma decisão que permeia todas as problemáticas que perpassam o reconhecimento. A testemunha que confirmou em juízo não ter dúvidas de que Vânio era o assaltante, também afirmou que: “não viu o indivíduo com nitidez, viu mais a parte da boca e o nariz (que era grande), barba por fazer” e que “ele tinha cerca de 1,70 (um metro e setenta) com base na altura da depoente, que é cerca de 1,60 (um metro e sessenta)”. Tais afirmações entraram em choque com a altura de Vânio que, de acordo com os autos, é cerca de 1,95 m. Ademais, a forma como foi conduzida a investigação já foi contaminada a partir do momento que, no próprio local do roubo, os policiais militares mostraram imagens de Vânio às testemunhas.

O que se observou a partir do caso, foi o completo descaso com as diretrizes mínimas trazidas pelo art. 226, por mais básicas que estas sejam. Por isso, não é chocante constatar como o trabalho investigativo no Brasil é preguiçoso e como erros judiciais continuam sendo promovidos a partir da base, antes mesmo de o processo penal ter seu início.

Destarte, a decisão produzida nesse HC é de tamanha importância para dar um empurrão ao tema que vêm ganhando ampla atenção no meio acadêmico, afinal estas reflexões precisam de maneira urgente chegar às instituições e gerar seus impactos. Não se pode deixar de lado alternativas como, o alinhamento justo, instruções adequadas durante a realização do procedimento, ausência de feedbacks etc. A atividade probatória deve receber maior atenção no nosso sistema de justiça, afinal, até quando iremos perpetuar com a máquina de produção de erros judiciários por mera falta de comprometimento com a epistemologia jurídica?

⁷¹ Para aprofundamento sobre a “baixa fiabilidade epistêmica” vale a leitura do artigo “Devemos admitir provas periciais de baixa fiabilidade epistêmica?” de autoria de Rachel Herdy e Juliana Melo Dias, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-05/limite-penal-devemos-admitir-provas-periciais-baixa-fiabilidade-epistematica>>, acesso em: 05 dez 2022.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo então para as considerações finais, podemos retomar à hipótese que proporcionou o desenvolvimento deste trabalho de conclusão de curso. Seria a cadeia de custódia um instituto também aplicável a proteção das provas dependentes da memória? Melhor ainda, a cadeia de custódia dispõe de regramentos suficientes para proteger o vestígio representado na memória da vítima ou testemunha? Essas questões são extremamente importantes para serem refletidas em um contexto de processo penal que é regido pela presunção de inocência.

O objetivo do trabalho não foi só pensar métodos de proteger uma pessoa de ser vítima de erros judiciários, mas sim refletir sobre o funcionamento de um processo penal que se mostra falho e uma verdadeira máquina de injustiças. A condenação de uma pessoa inocente por variáveis do sistema que poderiam ser reduzidas e até mesmo evitadas, se houvesse um esforço maior em estar em consonância com os avanços científicos, não oferecem a verdadeira justiça que é tão ansiada pela vítima.

Há ainda muito trabalho a ser feito para superar as heranças deixadas pelo sistema inquisitorial que persistem em nosso sistema processual penal. Inclusive, quando nos deparamos com a nossa realidade tão precária da atividade probatória, torna-se compreensível o cenário em que vivemos.

Porém, o desafio que se apresenta a todos nós, em especial aos profissionais do direito é tornar compreensível à população que as garantias que nos são asseguradas constitucionalmente e processualmente, são voltadas para a nossa proteção e não para continuar fomentando a impunidade. Diante de casos como o do Tiago Vianna Gomes percebemos que qualquer pessoa pode se tornar vítima de um processo penal e ter que contar com a sorte de ser condenado ou absolvido em um cenário de completa insegurança. Definitivamente, não podemos naturalizar um cenário em que pessoas são mandadas para a prisão sem que haja um trabalho investigatório comprometido com a busca de uma produção de provas que de fato constitua a justa causa para a Ação Penal.

Diante disso, o presente trabalho buscou compreender a instrumentalidade garantista do processo penal, onde pretendemos justamente trazer um olhar diferente, em que não se deve olhar apenas para o objetivo de punir do processo criminal, mas sim compreender que na sua dimensão

instrumental o processo constitui um instrumento de proteção da dignidade da pessoa e tutela da liberdade do imputado.

Por outro lado, também trouxemos a importância da epistemologia jurídica e sua relação com a prova penal, abordando o papel da verdade no processo penal e sua função na determinação dos fatos. Acreditamos, e nesse momento do trabalho, podemos nos permitir em deixar mais clara nossa posição que, assim como Janaina Matida e Rachel Herdy, a verdade desempenha um papel regulatório no direito.

Mas reconhecer isso não nos leva a ignorar, justamente, a função instrumental do processo penal. Assumir que a verdade desempenha um papel importante no processo penal, não anula as garantias nem significa que devemos ignorá-las em busca de uma verdade a qualquer custo. Justamente nesse ponto, que abordamos a presunção de inocência.

A compreensão do princípio da presunção de inocência através dos ensinamentos de Ferrajoli, são de extrema importância para enxergar o princípio na sua dupla dimensão de regra de tratamento e de regra de juízo.

Então, veja, a construção do trabalho inicialmente passou por entender no primeiro capítulo algumas noções do processo penal, passando pela prova e a sua relação necessária com a epistemologia, e, depois deixar claro a importância da presunção de inocência como princípio reitor do processo penal, demonstrando que a culpa é que deve ser comprovada, pois a inocência ela é presumida.

Depois passamos para a compreensão da cadeia de custódia, momento em que tratamos propriamente da verdade como um indicador epistêmico. Quando compreendemos a verdade através desse olhar, entendemos a importância de assegurar a cadeia de custódia, pois se assumimos que a incerteza é o ponto de partida do processo penal, uma correta preservação da prova e de sua produção constituem garantia de que o processo caminha para uma correta apuração dos fatos.

Por isso, foi abordado a fiabilidade probatória devido a sua tamanha importância para um juízo de admissibilidade pautado na confiabilidade da prova, e posteriormente a sua valoração. Ademais, ficou claro que assumindo uma posição garantista, não há outro posicionamento possível diante da violação da cadeia de custódia que não seja a sua exclusão como prova ilícita.

Portanto, quando passamos ao capítulo 3 e entendemos todo o processo cognitivo e a complexidade inerente de uma prova dependente da memória, verificamos que os procedimentos realizados de forma descuidada no momento de produção da prova testemunhal e da realização do reconhecimento, são nada mais que violações ao princípio da presunção de inocência, que maculam inclusive a própria investigação e a atividade probatória.

Por isso buscamos trazer as recomendações de boas práticas reconhecidas pela psicologia do testemunho como mais eficazes para trabalhar com provas dependentes da memória. Diante disso, entende-se que o alcance de proteção da cadeia de custódia, que visa a proteção da integridade da prova, abrange todo o processo de produção da prova testemunhal e da realização do procedimento de reconhecimento. Isto porque, como foi exposto, deve-se ter todo um cuidado na realização do procedimento, com a observância de regras para que o mesmo seja considerado válido e conseqüentemente confiável.

Outro ponto interessante, que ficou para ser abordado neste momento do trabalho é que uma das recomendações reforçadas ao final de cada orientação sobre a melhor prática a ser utilizada durante a colheita de uma prova testemunhal ou a realização de um reconhecimento, dizia respeito a necessidade de gravação dos procedimentos. Ou seja, adotar tal postura é justamente a preservação de uma cadeia de custódia da prova penal.

Além disso, foi aprovado pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) uma Resolução⁷² que traz uma série de recomendações, como as que foram abordadas ao longo do trabalho e mais outras também relevantes, que estabelece orientações a serem seguidas na realização do reconhecimento pessoal. A Resolução é fruto de um Grupo de Trabalho, coordenado pelo Min. Rogério Schietti do STJ, instituído pela Portaria nº 209 de 31 de agosto de 2021, pelo presidente do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Luiz Fux, e foi aprovada no dia 06 de dezembro de 2022.

O Grupo de Trabalho foi dividido em cinco comitês em que cada um ficou responsável em produzir uma série de pesquisas, levantamentos e trabalhos sobre o tema. O Comitê Técnico 1 realizou um levantamento de casos emblemáticos, colheu dados provenientes de instituições do

⁷² O relatório final das atividades realizadas pelo Grupo de Trabalho são encontradas no link: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/12/relatorio-final-gt-sobre-o-reconhecimento-de-pessoas-conselho-nacional-de-justica.pdf>>

sistema de justiça criminal, observando com atenção especial o uso de inteligência artificial e o racismo estrutural. Ademais, foi feito um diagnóstico dos elementos catalisadores da prisão de inocentes.

O Comitê Técnico 2 discutiu sobre um protocolo para realização do reconhecimento em sede policial. Os Comitês Técnicos 4 e 5 ficaram responsáveis de elaborar a minuta da Resolução e formular um anteprojeto de lei a fim de propor uma nova redação ao artigo 226 do Código de Processo Penal, para que este dispositivo fique alinhado às recomendações produzidas na área da psicologia do testemunho.

Por último, o Comitê Técnico 5 produziu uma série de trabalhos sobre o tema, discutiu uma proposta de curso de formação para magistrados e magistradas e elaborou uma cartilha informativa sobre a realização do reconhecimento de pessoas.

Infelizmente em razão do tempo, a Resolução foi aprovada quando este trabalho já havia sido concluído, e em razão disso, esta não foi abordada de forma esmiuçada. Todavia, cabe algumas breves considerações. O art. 4º da Resolução estabeleceu que:

Art. 4º O reconhecimento será realizado preferencialmente pelo alinhamento presencial de pessoas e, em caso de impossibilidade devidamente justificada, pela apresentação de fotografias, observadas, em qualquer caso, as diretrizes da presente Resolução e do Código de Processo Penal.

Ou seja, as diretrizes do art. 226 do Código de Processo Penal não foram ignoradas, mas sim devem ser observadas as formalidades elencadas no dispositivo. A Resolução também determinou que todo procedimento deve ser gravado, assim como disponibilizado às partes quando solicitado. Muitos estudiosos já indicavam que a necessidade de gravação era indicada, como explicado antes, pois possibilita uma forma de controle acerca da confiabilidade da prova a partir do modo como ela foi produzida.

A Resolução representa um avanço significativo para evoluirmos positivamente na seara da atividade probatória. É um primeiro passo para alcançarmos uma mudança na forma como o trabalho investigativo é realizado no Brasil. Acreditamos que uma mudança da cultura das instituições é mais que necessária, afinal enquanto não entendermos que prender e punir a qualquer custo, ou melhor dizendo ao custo de talvez prender e punir um inocente, não teremos um trabalho investigativo sério e comprometido com as garantias.

Portanto, espera-se que com essas considerações fique claro que as garantias são indissociáveis do processo penal, assim como não podemos mais naturalizar e nos conformar com um trabalho investigativo que fomenta a produção de injustiças e apenas perpetuam as nossas desigualdades.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BADARÓ, Caio. A prova testemunhal no Processo Penal brasileiro: uma análise a partir da epistemologia e da psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 156. ano 27. p. 23-56. São Paulo: Ed. RT, junho 2019.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia Judiciária e Contextos Probatórios. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária E Prova Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Cap. 3. p. 131-199.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015. Tradução de Paulo M. Oliveira.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 598.886. Pacientes: Vanio da Silva Gazola e Igor Tartari Felacio. Impetrado: Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Relator: Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF, 27 de outubro de 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 18 dez. 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroUnico&termo=01796825720203000000&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 05 fev 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 619327 / RJ. Agravante: Tiago Vianna Gomes. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 15 de dezembro de 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 18 dez. 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroUnico&termo=02715285820203000000&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 04 dez. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão em Habeas Corpus nº 172.606 / SP. Paciente: Leandro de Sousa Pardini. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 31 de julho de 2019. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 05 ago. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5720109>. Acesso em: 09 dez. 2022.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Decisão nº 0021082-75.2020.8.19.0004. Requerente: Luiz Carlos da Costa Justino. Relator: Juiz André Luiz Nicolitt. São Gonçalo, RJ, 05 de setembro de 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**. Rio de Janeiro, 05 set. 2020. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica#porNumero>. Acesso em: 09 dez. 2022.
- CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Edizioni Radio Italiana, 1957. Tradução de José Antonio Cardinalli, Editora Servanda. Disponível em: https://deusgarcia.files.wordpress.com/2020/09/carnelutti-as-miserias-do-processo-penal-pillares-2006_-1.pdf. Acesso em: 09 out. 2022.

CECCONELLO, William Weber; AVILA, Gustavo Noronha; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, p. 1057–1073, 2018. <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i2.5312>

CECCONELLO, William Weber; AVILA, Gustavo Noronha; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [s. l.], v. 8, n. 2, p. 1057–1073, 2018. <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i2.5312>

CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. **Avances En Psicología Latinoamericana**, [S.L.], v. 38, n. 1, p. 172-188, 30 mar. 2020. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471>.

CIRINO, Juarez. **Direito Penal: parte geral**. 9. ed. rev. atual e ampl. - São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. 736 p.

DNA da Justiça. Direção de Roger Ross Williams, Liz Garbus, Alex Gibney, Michael Antinoro, Will Staeger, Geoff Martz. Produção de Nick Capote, Keith McQuirter, Jonathan Jordan. Realização de Jerry Henry, Daniel Hollis, Tom Bergmann, Rob Massey, Wolfgang Held, Paul Niccolls. Coordenação de Frank Omport Morton Daven Leardi. Roteiro: Jay Wadley. EUA: Netflix em Associação Com Film 45 e One Story Up, 2019. (441 min.), son., color. Legendado.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Tradução de: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes.

HIGÍDIO, José. CNJ aprova resolução que busca reduzir erros em reconhecimento pessoal. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 08 dez. 2022. Apontando o dedo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-08/cnj-aprova-resolucao-busca-melhorar-reconhecimento-pessoal#:~:text=A%20resolu%C3%A7%C3%A3o%20determina%20que%20o,de%20prova%20devem%20ser%20priorizados>. Acesso em: 27 nov. 2022

LOPES JR., Aury. **A instrumentalidade garantista do processo de execução penal**. In: CARVALHO, Salo de. **Crítica à execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. 754 p. ISBN 85-7387-266-7. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=9000. Acesso em: 6 out. 2022. p. 443-476.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MATIDA, J. **A cadeia de custódia é condição necessária para a redução do riscos de condenações de inocentes**. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 27, p. 17–26, 2021. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/269>. Acesso em: 23 nov. 2022.

MATIDA, J.; CECCONELLO, W. W. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S. l.], v. 7, n. 1, 2021, p. 409 - 440, 2021. DOI: 10.22197/rbdpp.v7i1.506. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/506>. Acesso em: 12 jan. 2022.

MATIDA, J.; NARDELLI, M.; HERDY, R. No processo penal, a verdade dos fatos é garantia. **Consultor Jurídico**. São Paulo. 19 jun. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-19/limite-penal-processo-penal-verdade-fatos-garantia#:~:text=A%20resposta%20%C3%A9%20afirmativa.,os%20fatos%20como%20efetivamente%20ocorreram.&text=Logo%2C%20a%20preocupa%C3%A7%C3%A3o%20com%20a,erro%20judiciais%20que%20devemos%20evitar..> Acesso em: 08 out. 2022.

MATIDA, Janaina. Novos rumos do reconhecimento de pessoas: contribuições do cnj. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 12 ago. 2022. Limite Penal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-12/limite-penal-novos-rumos-reconhecimento-pessoas>. Acesso em: 29 nov. 2022.

MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. **As inferências probatórias**: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, nº 73, p. 133-155, jul./set. 2019.

MATIDA, Janaina; NARDELLI, Marcella. Álbum de suspeitos: uma vez suspeito, para sempre suspeito? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 dez 2020. Limite Penal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-18/limite-penal-album-suspeitos-vez-suspeito-empresuspeito>. Acesso em: 30 nov. 2022.

PRADO, Geraldo. **Ainda sobre a “quebra da cadeia de custódia das provas”**. Boletim do Ibccrim, São Paulo, Boletim - 262 - set. 2014. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5189-Ainda-sobre-a-quebra-da-cadeia-de-custodia-das-provas. Acesso em: 25 nov. 2022.

PRADO, Geraldo. Capítulo III. In: PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. Cap. 3. p. 43-57

PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

Reconhecimento de Pessoas e Prova Testemunhal: orientações para o sistema de justiça. 2. ed. São Paulo: Instituto de Defesa do Direito de Defesa - Iddd, 2022. 157 p. (Prova sob Suspeita). Grupo de Trabalho para elaboração das proposições | Antonio Pedro Melchior; Antonio Vieira; Caio Badaró Massena; Carlos Eduardo Rahal R. de Carvalho; Clarissa Borges; Hugo Leonardo; Janaina Matida; Marcelo Feller; Marina Dias; Vivian Calderoni; Vivian Peres da Silva. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2021/04/idd-reconhecimento-de-pessoas-e-prova-testemunhal-orientacoes-para-o-sistema-de-justica.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2022.

STEIN, Lilian M. **Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**. Série Pensando o Direito, Brasília, n. 59, 2015.

TARUFFO, Michele. **La Prueba de los Hechos**. Madrid, Trotta, 2002

TARUFFO, Michele. La Verdad en el Proceso. **Derecho & Sociedad**, v. 40, p. 239-248, maio 2013. Tradução de Dra. Eugenia Ariano Deho. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12804>. Acesso em: 09 dez. 2022.

TAVARES, Juarez. **Teoria do delito** (Coleção para entender o direito). São Paulo: Estúdio Editores.com.

VIANA, Caroline Navas. A falibilidade da memória nos relatos testemunhais: implicações das falsas memórias no contexto dos crimes contra a dignidade sexual. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [s. l.], v. 8, n. 2, p. 1036-1056, 2018. <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i2.5318>

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro, Revan, 2001