Verdade e cadeia de custódia: estudo sobre os limites do conhecimento no processo penal militar¹

Vinicius Yscandar de Carvalho

Promotor de Justiça Militar

E-mail: vinicius.carvalho@mpm.mp.br

Data de recebimento: 06/03/2025

Data de aceitação: 06/03/2025

Data da publicação: 24/06/2025

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo lançar luzes sobre a dificuldade teórica e prática de definição da “verdade” no processo penal. Por conseguinte, após distinguir “verdade” e “conhecimento”, abordam-se os sistemas de valoração da prova no processo e a necessidade, para fins de controle, de fundamentação das decisões. Com efeito, a cadeia de custódia, mecanismo que permite auditabilidade da prova técnica, exsurge como instrumento de aprimoramento epistemológico do julgamento. Desse modo, defende-se a aplicação do instituto ao processo penal militar, não como fonte secundária (meio de integração), mas, sim, como fonte primária, derivativa direta dos princípios constitucionais do devido processo legal e da fundamentação das decisões (arts. 5º, LIV, e 93, IX, da CRFB). Após, passa-se ao exame das eventuais dificuldades práticas que podem surgir, especialmente em razão da ausência de preparação específica da polícia judiciária militar e dos juízes militares que compõem os conselhos de justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal Militar; verdade; cadeia de custódia; aplicabilidade.

¹ Trabalho de conclusão de curso (TCC) apresentado ao 2º Curso de Ingresso e Vitaliciamento para Promotores de Justiça Militar, como requisito parcial à obtenção do título de especialista. Orientador: Alexandre Reis de Carvalho, procurador de Justiça Militar, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3653-6352>.

ENGLISH

TITLE: Truth and chain of custody: study on the limits of knowledge in military criminal proceedings.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to shed light on the theoretical and practical difficulties of defining “truth” in criminal proceedings. Therefore, after distinguishing “truth” and “knowledge,” the systems for assessing evidence in the proceedings and the need for substantiating decisions for control purposes are addressed. In fact, the chain of custody, a mechanism that allows for the auditability of technical evidence, emerges as an instrument for the epistemological improvement of the judgment. Thus, the application of the institute to military criminal proceedings is defended, not as a secondary source (means of integration), but rather as a primary source, directly derived from the constitutional principles of due process and the substantiation of decisions (arts. 5, LIV, and 93, IX, of the CRFB). Afterwards, the possible practical difficulties that may arise are examined, especially due to the lack of specific training of the military judicial police and the military judges who make up the judicial councils.

KEYWORDS: Military Criminal Procedure; truth; chain of custody; applicability.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 A verdade no processo: acesso (a qual verdade?), valoração da prova e controle da decisão – 2.1 A verdade e o conhecimento da verdade – 2.2 Os sistemas de valoração da prova – 2.3 A fundamentação das decisões – 2.4 A prova e a epistemologia – 2.5 A prova técnica – 2.6 A cadeia de custódia – 3 Aplicabilidade da cadeia de custódia ao processo penal militar – 3.1 A aplicação analógica: fonte secundária (viés positivista) – 3.2 Os princípios e o dever epistêmico: fonte primária (abordagem pós-positivista) – 3.3 Os desafios – 3.3.1 A polícia judiciária – 3.3.2 Os Conselhos de Justiça e o Superior Tribunal Militar – 4 Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

O processo penal tem como objetivo garantir os direitos individuais do acusado e, ao mesmo tempo, tornar viável a responsabilização criminal. Para tanto, o juízo precisa reconstruir os fatos, via indícios e provas, valorando-os em cotejo com o enunciado acusatório e submetendo-se a posterior controle interno e externo. Veja-se que a atividade de julgar, portanto, não se distancia muito do método científico de Popper (Tavares; Casara, 2020, p. 19); há inclusive, no processo penal, sistemas, pode-se dizer métodos, de valoração da prova.

De toda sorte, especial atenção deve-se dar ao tema porque, se no plano científico-filosófico a descoberta da verdade apresenta graus de imprecisão e incerteza, no âmbito jurídico há ainda o enredamento de elementos axiológico-normativos. Note-se, porém, que, neste texto, defende-se a morada dessas imprecisões e incertezas não na verdade em si, mas, sim, no conhecimento sobre a verdade. Nesse sentido, observa-se que as garantias fundamentais podem exercer triplo papel na cognição sobre a verdade: (a) negativo, quando, de algum modo, obstaculizam; (b) neutro, quando não prejudicam nem auxiliam

na descoberta dos fatos; ou (c) positivo, quando fornecem meios de ampliação cognitiva, como é o caso do contraditório. Nesse cenário, portanto, a **epistemologia**, gnosiologia ou teoria do conhecimento revela-se essencial, pois é a ciência que cuida das condições para verificar o que é verdadeiro ou não (Ferreira, 2021).

Este trabalho, assim, propõe-se a abordar rapidamente a superação da noção de verdade cartesiana e as possíveis soluções para a questão. Em seguida, analisa-se como a busca pela verdade ocorre no processo penal e a importância da prova técnica. Com base nesses conceitos, analisa-se a **cadeia de custódia**, inserida no art. 158-A do Código de Processo Penal (CPP) pela Lei n. 13.964/2019, para garantir a autenticidade e confiabilidade das provas penais. Paralelamente a essa ideia – que, de modo reflexo, promoveu o aprimoramento da busca da verdade –, importante manter em mente que o devido processo legal, no qual se insere a produção da prova, é via necessária e obrigatória à responsabilização penal. Com efeito, tomando-se como premissa que a historicidade da prova promove o **enriquecimento epistemológico do processo**, passa-se a investigar a sua aplicabilidade no âmbito do processo penal

militar, embora o Legislador ordinário reformador nada tenha referido ao diploma normativo processual especializado.

Primeiro, pontua-se a possibilidade irrefutável de aplicação analógica do art. 158-A do CPP por meio do recurso aos meios integrativos de lacunas na norma. Nesse ponto, destaca-se o art. 3º, “a”, do Código de Processo Penal Militar (CPPM), que diz expressamente ser aplicável a norma de processo penal comum às hipóteses lacunosas do Código Adjetivo castrense, desde que não afete sua índole própria. Assim, conclui-se, por essa via, ser perfeitamente aplicável o instituto trazido pela Lei n. 13.964/19.

A fim de investigar se a cadeia de custódia teria ou não aplicação obrigatória, independentemente de se precisar recorrer aos métodos de integração do art. 3º do CPPM, passa-se a um aprofundamento teórico de modo a testar a hipótese de a cadeia de custódia ser, mais do que uma possibilidade de integração analógica, uma imposição decorrente do **devido processo legal** e do **dever de fundamentação das decisões**, mas não qualquer fundamentação, sim uma fundamentação amparada em dados lógicos e epistemologicamente controlável. Aborda-se, então, o pós-positivismo que, dentro da teoria das normas, acrescentou os princípios como fonte primária do direito. Daí concluir-se

que o devido processo legal e o princípio da motivação das decisões (arts. 5º, LIV, e 93, IX, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil, doravante CRFB) têm aplicação normativa, de modo inclusive a fazer imperar o dever de o juiz sempre buscar a verdade mais aproximativa possível (verdade como correspondência).

2 A VERDADE NO PROCESSO: ACESSO (A QUAL VERDADE?), VALORAÇÃO DA PROVA E CONTROLE DA DECISÃO

Antônio Magalhães Gomes Filho diz que “a correta verificação dos fatos em que se assentam as pretensões das partes é pressuposto fundamental para a prolação da decisão justa” (Gomes Filho, 2005, p. 303). Isso porque “a prova cabal do ‘fato criminoso’ é capaz de superar a presunção de inocência do acusado, que representa a maior garantia do cidadão contra o uso arbitrário do poder punitivo” (Gomes Filho, 2005). Nessa mesma perspectiva, Gustavo Badaró assente que, de fato, não é possível renunciar à busca da verdade no processo penal. Assim, adverte que a **verdade** “é o único critério aceitável como premissa para uma decisão justa” (Badaró, 2021, p. 429-432).

Porém, ele confere uma leitura diferenciada e que merece destaque para o que se deve ter como fato criminoso, ou melhor, fato processual. Com efeito, pondera que a verificação da verdade, ao ser realizada pelo julgador, não se volta para os fatos em si, representativos da realidade que são, mas, sim, para as assertivas expostas na denúncia e nas demais peças processuais: “o ‘fato’ objeto do processo não é o fato enquanto trecho da realidade, mas a afirmação sobre o fato feita pelas partes” (Badaró, 2019, p. 70). Entenda-se: “O fato processual é um concreto acontecimento histórico tido por existente, mas que pode não ter efetivamente existido”. Em outros termos, no momento de formulação da denúncia, os fatos processuais são enunciados de natureza hipotética, com *status* epistemológico de incerteza, podendo ou não ser confirmados, no curso do processo, através das provas produzidas no âmbito do devido processo legal. De outro lado, “os fatos, em si mesmos, são acontecimentos que têm existência no mundo real” (Badaró, 2019, p. 70).

Tavares e Casara concordam. Aduzem que “a prova é [...] um ato ou procedimento que possui seus elementos ou meios para demonstrar a verdade do enunciado” (Tavares; Casara, 2020, p. 27). Advertem que, embora, em geral, costume-

se dizer que o objeto de prova são os fatos, “o juízo de verdadeiro ou falso não recai sobre o fato em si, mas sobre a proposição/afirmação/enunciado relativo à existência do fato” (Prado, 2006, *apud* Tavares; Casara, 2020, p. 23).

É interessante observar que Badaró não ignora a importância do **giro linguístico**, em especial o salto evolutivo de reconhecer o papel intermediador da linguagem, ponte de ligação entre realidade e conhecimento. Apesar disso, destaca que admitir o problema da verdade a partir da experiência e do conhecimento intersubjetivo não deve provocar a desconexão entre a realidade e o conhecimento dos objetos, pois tornaria imprestável o próprio conceito de verdade (Badaró, 2021, p. 429-432) e, pode-se acrescentar, de “Justiça”.

Com efeito, no plano cognitivo-fático, a posição cética quanto à verdade se anula a si mesma. Veja-se. Para que o conhecimento cético seja verdadeiro, a premissa-base deve ser falseada. Ou seja, impõe-se admitir, logo de partida, que a verdade é atingível, ao menos, no que toca ao reconhecimento da intangibilidade da verdade. Badaró também indica que, no âmbito jurídico, a posição cética é igualmente autofágica e insustentável: “Não é necessário fazer um estudo filosófico aprofundado para se constatar que, do ponto de vista prático,

uma teoria cética não tem qualquer utilidade no campo probatório. Um juiz cético se torna um não juiz!” (Badaró, 2019, p. 84-85). Ou seja, o direito como ciência axiológico-normativa reguladora de comportamentos, ao adotar a filosofia cética quanto à verdade, estaria admitindo-se arbitrário, sendo possível acrescentar à lição do professor que se estaria diante de um não-direito. No ponto, Badaró é enfático: “a realidade externa existe e constitui o padrão de medida, o critério de referência que determina a verdade ou a falsidade dos enunciados, no caso, da imputação feita no Processo Penal” (Badaró, 2021, p. 429-432). Por essa razão, ele parte da premissa de que a verdade deve ser concebida conforme a **teoria aristotélica da correspondência** (Badaró, 2021, p. 429-432):

Na *Metafísica* de Aristóteles está o que talvez seja a mais antiga explicação: *‘Dizer do que é que não é, ou do que não é que é, é falso enquanto dizer do que é que é, o do que não é que não é, é verdadeiro’*”.

E, prossegue: “A concepção de verdade que encontra sua expressão na formulação aristotélica (e em formulações afins de origem mais recente) é usualmente chamada *concepção clássica da verdade* ou *concepção semântica da verdade*. Por semântica, entendemos aquela parte da lógica que, informalmente falando, discute as relações entre os objetos linguísticos (tais como sentença) e aquilo que é expresso por eles. O

caráter semântico do termo verdadeiro está claramente evidenciado na formulação oferecida por Aristóteles (Tarski, 2007, *apud* Badaró, 2019, p. 87).

Tavares e Casara reconhecem a importância da teoria aristotélica e, nesse sentido, destacam que a fórmula do filósofo grego foi traduzida para o latim, *adaequatio intellectus ad rem* (um enunciado é verdadeiro quando corresponde ao objeto que pretende exprimir), e preferida pela ciência, em razão de sua simplicidade, até meados do século XX. Porém, advertem que ela entrou em crise após esse período, face a dificuldades linguísticas e empíricas (Tavares; Casara, 2020, p. 123). Os autores, após exporem as teorias da verdade e as colocarem em questão, veem-se obrigados a escolher uma fórmula que permita ao magistrado julgar o réu culpado ou inocente. Por esse motivo, com base em Schnädelbach, inclinam-se “à determinação da verdade segundo a teoria da correspondência, agregada à teoria da coerência”, de modo que se possa dizer, por exemplo, que o enunciado ‘X matou Y’ é verdadeiro pois corresponde, efetivamente, ao fato de que a morte de Y foi provocada pelo comportamento de X, além de o enunciado estar **de acordo com outros pronunciamentos coerentes e consistentes sobre o**

mesmo fato (Tavares; Casara, 2020, p. 141). Nada obstante à toda a explanação dos professores, Badaró é irredutível quanto à validade da **teoria da correspondência** no processo penal. A propósito:

[...]a vigência de leis apenas probabilísticas, no campo subatômico, de um lado; e a teoria da relatividade, que torna inaplicáveis as tradicionais noções causais em dimensões cósmicas, de outro, **não impedem que os fenômenos do dia a dia sejam compreendidos pelo homem, a partir dos conceitos tradicionais**, baseados numa concepção newtoniana do universo, com leis aptas a explicá-lo segundo padrões que se repetem de forma praticamente imutável. (Badaró, 2021, p. 111) (Grifou-se)

Nesse sentido, entende-se que a razão está com Gustavo Badaró. Primeiro, porque a correspondência probatória está compreendida na correspondência. Segundo, porque a coerência e a consistência com outros pronunciamentos, por si sós, não são capazes de afastar a falibilidade do conhecimento. Ademais, entende-se que a opção política pela vedação ao *non liquet* e pela presunção de não culpabilidade são suficientes para resolver casos limiares. Ainda, a simplicidade da teoria da correspondência, reconhecida por Tavares e Casara, é fator que

deve ser considerado. Veja-se que as regras de julgamento devem ser difundidas por todo o Estado soberano (nas mais variadas culturas de magistrados) e, por isso, devem ser claras, transparentes e simples.

2.1 A verdade e o conhecimento da verdade

Além de adotar a teoria da correspondência, Badaró acrescenta que a verdade é **una**: não é **formal** ou **material**; nem tampouco **possível**, **provável** ou **além da dúvida razoável**, é única e, por isso, **absoluta**. Ou o enunciado é verdadeiro, ou o enunciado é falso (Badaró, 2021, p. 433). O que admite graus não é a verdade, mas sim o conhecimento, a representação que se faz do objeto (Badaró, 2021, p. 433).

Nessa senda, importante destacar que é a aceitação da mera **probabilidade da correta representação** pelo sujeito cognoscente quanto ao objeto a ser conhecido que **afasta a justificativa de poderes ilimitados para a busca** da verdade. Ou seja, não se nega acesso à verdade absoluta, apenas se recusa admitir que esta tenha valor dogmático: uma vez conhecida, torna-se irrefutável. Ao contrário. A verdade, para se pretender como tal, deve estar sempre disposta à confrontação, ao

questionamento e à refutabilidade face à **relatividade do conhecimento** quanto a ela. Ademais, o reconhecimento da relatividade quanto ao conhecimento, mais do que constatação epistêmica, implica **garantia política** para o acusado:

[...] mesmo em uma premissa epistemológica que aceita um conceito de verdade como correspondência, é preciso ter a plena consciência de que o conhecimento dessa identidade absoluta é inatingível. **Mais do que uma constatação epistemológica, há uma garantia política para o acusado reconhecer o caráter relativo do conhecimento** da verdade que se pode atingir em qualquer tipo de processo, inclusive no processo penal. A outrora tão propalada “verdade real” é inatingível, e muito menos se pode considerar que **o atingimento de tal verdade é o fim último** do processo penal. Foi a crença em um modelo científico que permitiria, em qualquer caso, obter ou conhecer a verdade absoluta sobre os fatos, de um lado, e a importância política de um modelo de concentração de poder que desse ao julgador meios ilimitados para procurar tal verdade – mas, se sabia, sempre a “alcançaria” – que justificaram o modelo inquisitório. (Badaró, 2021, p. 432) (Grifou-se).

Por esse motivo, ainda que se reconheça a natureza absoluta da verdade, ela não é nem deve ser o fim último do processo. Todavia, a sua retirada do trono em que reinava no processo penal não significa, reforce-se, desterrá-la: “o processo

penal, enquanto instrumento estatal para [...] o legítimo exercício do poder punitivo, [...] necessita verificar a correção ou a falsidade da imputação de um fato definido como crime atribuído a alguém”. Para isso, as provas permitirão ao julgador concluir se o enunciado constante da imputação tem, a partir de critérios racionais de valoração, elementos concretos de confirmação (Badaró, 2021, p. 434). Por fim, Michele Taruffo alerta que:

[...] a limitação do discurso à ideia de verdade ‘processual’, vinculada às normas sobre a prova, preclui qualquer aproximação crítica a tais normas, pois eliminando *a priori* qualquer termo com o qual se possa confrontar os métodos de determinação dos fatos, impede-se a avaliação sobre quais normas são mais adequadas e quais são inadequadas para fins da determinação judicial da verdade dos fatos (Taruffo, 2024, p. 14).

Por isso, é importante admitir a verdade una e absoluta, embora imperioso também reconhecer a falibilidade do conhecimento. Logo, toda verdade, ainda que descoberta no processo penal, deve sempre estar passível de confrontação e superação, tal qual a verdade científica. E parece, inclusive, ser esse o sentido de se admitir a perene possibilidade da revisão criminal.

2.2 Os sistemas de valoração da prova

Os sistemas de valoração da prova nada mais são do que métodos procedimentais estabelecidos previamente para que o julgador, a partir deles, possa concluir se o enunciado fático acusatório corresponde ou não à prova produzida no curso do processo. Em outros termos, são balizas, critérios mínimos sobre os quais a cognição judicial deve se firmar para que haja condenação ou absolvição. A doutrina costuma citar três sistemas: (a) sistema da prova legal ou da prova tarifada; (b) sistema da íntima convicção; e (c) sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional.

No sistema da **prova legal**, em sua fase rudimentar, tinha-se a verdade revelada através da importância social do

indivíduo², da proclamação de fórmulas³, ou da divindade. Nesse período, existiam, por exemplo, os *ordálios*, provas corporais que consistiam em submeter a pessoa a “uma espécie de jogo, de luta com seu próprio corpo”, para constatar se venceria e, portanto, falava a verdade, ou se fracassaria, logo, estava mentindo. Exemplos dessas provas eram: andar sobre ferro em brasa e demonstrar se formavam bolhas nos pés; ser arremessado em água com pé e mão amarrados, para verificar se a pessoa boiava (Foucault, 2013, p. 58). Diante do evidente resultado, o juiz apenas seguia os trâmites burocráticos.

Posteriormente, ainda no sistema da prova legal, passou-se para a **prova tarifada**, em que a lei estabelece previamente

² “No velho direito da Borgonha do século XI, quando alguém era acusado de assassinato podia perfeitamente estabelecer sua inocência reunindo à sua volta doze testemunhas que juravam não ter ele cometido o assassinato. O juramento não se fundava, por exemplo, no fato de terem visto, com vida, a pretensa vítima, ou em um alibi para o pretense assassino. Para prestar juramento, testemunhar que um indivíduo não tinha matado, era necessário ter com ele relações sociais de parentesco que garantiam não sua inocência, mas sua importância social. Isto mostrava a solidariedade que um determinado indivíduo poderia obter, seu peso, sua influência” (Foucault, 2013, p. 57).

³ “Ao pronunciar estas fórmulas, podia-se fracassar ou ter sucesso. Em alguns casos pronunciava-se a fórmula e perdia-se. Não por haver dito uma inverdade ou por se provar que havia mentido, mas por não ter pronunciado a fórmula como devia. Um erro de gramática, uma troca de palavras invalidava a fórmula e não a verdade do que se pretendia provar. A confirmação de que o nível da prova só se tratava de um jogo verbal” (Foucault, 2013 p. 57-58).

quais os meios de prova aptos e o valor de cada um deles a demonstrar cada fato (Badaró, 2021, p. 469-470). Aponta-se, como resquício desse sistema no processo penal brasileiro, a prova do **estado das pessoas** na forma da lei civil (art. 155, parágrafo único, do CPP).

O sistema da **íntima convicção** foi uma evolução, comparado ao primeiro. Nele, o magistrado julga de acordo com seu convencimento pessoal, sem necessidade de motivar ou justificar sua conclusão. Aqui, pode-se levar em conta, na formação do convencimento, até mesmo provas não constantes do processo. É o sistema adotado pelo *Código Napoleônico* de 1808, pelos jurados no Conselho de Sentença do **Júri** (art. 472 do CPP) e pelos juízes militares nos **Conselhos de Justiça**⁴.

⁴ Embora não se encontre na doutrina essa afirmação peremptória, observa-se que, na prática, a votação dos juízes militares mais se assemelha ao Conselho de Sentença, no Tribunal do Júri, do que a qualquer outra manifestação judicial. Não é comum observar juízes militares fundamentando suas decisões apenas seguindo ou divergindo do juízo togado. Roth, porém, defende que os juízes militares devem atuar ativamente, inclusive, fundamentando suas decisões: “a decisão no Conselho de Justiça é formada por cinco decisões individuais, portanto, cada um dos Juízes que compõem o Colegiado deve fundamentar e justificar o seu voto, de tal sorte que se a decisão individual tem fundamentação idônea, contextualizando a realidade dos autos, e é razoável, o voto do Juiz Militar será válido e vai se sustentar juridicamente, caso contrário, não, o que o tornará nulo, da mesma forma que a inexistência de motivação. Então, toma relevância essencial a fundamentação do voto do Juiz Militar, não somente pelo comando constitucional (art. 93, IX), mas também pelo comando legal do CPPM (art.

Por fim, tem-se o sistema do **livre convencimento motivado** ou da persuasão racional, em que o juiz é livre para decidir em um ou em outro sentido, mas sempre de modo claro, fundamentado, lógico e racional. Para tanto, deve levar em conta não somente as provas válidas constantes do processo, valorando-as e “confrontando umas com as outras, segundo as regras de lógica e experiência. Todo o seu convencimento deverá ser motivado (CRFB, art. 93, IX)” (Badaró, 2021, p 469-470). Este é o modelo adotado como regra pelo ordenamento jurídico pátrio, o que se adéqua ao modelo democrático de governo.

Nesse sistema, o magistrado tem ampla liberdade na valoração das provas constantes dos autos, as quais têm, legal e abstratamente, o mesmo valor. Porém, o julgador é obrigado a

500, IV)”. ROTH, Ronaldo João. A atuação do Conselho de Justiça na Justiça Militar e as formalidades constitucionais e legais. **Observatório da Justiça Militar**, 16 nov. 2018. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/11/16/atua%C3%A7%C3%A3o-do-conselho-de-justi%C3%A7a-na-justi%C3%A7a-militar-e-as-formalidades-constitucionais-e-l#:~:text=A%20compet%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Conselhos%20de,ap%C3%B3s%20o%20recebimento%20da%20den%C3%BAncia>. Acesso em: 4 jul. 2024. Entendemos correto esse entendimento, inclusive para que se tenha coerência constitucional e seja possível o controle epistemológico. Todavia, não é o que se verifica no dia a dia, de modo que, como regra, não se sabe o que levou o magistrado militar a tomar uma decisão em detrimento de outra.

fundamentar todo e qualquer ato de conteúdo decisório (Lima, 2020, p. 681-683). Renato Brasileiro, valendo-se de apontamentos do professor Gomes Filho, é bem claro ao destacar que a palavra “livre”, em “livre convencimento motivado”, não é sinônimo de ausência de limites:

Como aponta Gomes Filho, “a liberdade na apreciação das provas não se confunde com uma autorização para que o juiz adote decisões arbitrárias, mas apenas lhe confere a possibilidade de estabelecer a verdade judicial **com base em dados e critérios objetivos e de uma forma que seja controlável**”. (Lima, 2020, p. 681-683) (Grifou-se).

Mais adiante, Brasileiro ressalta que, em razão dos extremos dos dois sistemas anteriores (íntima convicção e prova tarifada), o sistema do livre convencimento motivado apresenta a vantagem de: (a) devolver ao juiz a discricionariedade na hora de valorar a prova; (b) exigir que estas provas estejam no processo (*id quod non est in actis non est in mundus*⁵); e (c) exigir que elas sejam admitidas pela lei e submetidas a um prévio juízo de credibilidade, não podendo ser ilícitas ou ilegítimas (Lima, 2020, p. 683). Diante dessa liberdade regrada,

⁵ O que não está nos autos não existe.

Badaró explica as razões de escolher tema tão pujante, mas espinhoso:

Por que propor um modelo para o juízo de fato no processo penal, saindo do campo estritamente jurídico e buscando aportes da epistemologia? A resposta para a pergunta, que dá a justificativa para a obra, pode ser extraída da contundente afirmação de Perfecto Ibáñez, no sentido de que o tratamento da *quaestio facti* na sentença é “o momento de exercício do poder judicial por antonomásia”. E complementa: “posto que **é na reconstrução ou elaboração dos fatos onde o juiz é mais soberano; mais dificilmente controlável, e onde, portanto, pode ser – como foi e em não poucas ocasiões segue sendo – mais arbitrário**”. (Badaró, 2019, p. 13) (Grifouse).

A liberdade do julgador, reforce-se, é limitada e, por isso, não lhe está outorgado o poder de decidir conforme convicção pessoal ou íntima. Nesse sentido, o *caput* do art. 155 do CPP nada mais faz do que buscar conter abusos do livre convencimento, “principalmente, para garantir o princípio do contraditório enquanto elemento formador da prova judicial”. Assim, a partir das lições de Ferrajoli, Gustavo Badaró explica que

[...] uma epistemologia garantista [...] tem como uma das suas condições de efetividade um

cognitivismo processual na determinação do fato criminoso, sendo assegurado um princípio de estrita jurisdicionalidade que requer duas condições: verificabilidade ou falsificabilidade das hipóteses acusatórias, em razão do seu caráter assertivo, e a sua prova empírica, mediante um procedimento que permita seja sua verificação, sua refutação. Tudo isso só faz sentido se a prova for valorada racionalmente, segundo padrões aceitos e acessíveis a um padrão comum de conhecimento, que possa ser intersubjetivamente controlável. (Badaró, 2021, p. 470-471)

Badaró é enfático ao dizer que “num modelo racional de valoração da prova, não é o legislador, mas a epistemologia, que indicará o melhor método de valoração. Somente em caráter excepcional, o legislador, visando preservar outros valores”, estabelecerá restrições probatórias que visem a assegurar uma melhor qualidade da decisão. Nessa senda, ele dá o exemplo do art. 158 do CPP, que, visando a preservar o valor superior da presunção de inocência, exige o exame de corpo de delito nos delitos não transeuntes (que deixam vestígios) (Badaró, 2021, p. 470-471).

2.3 A fundamentação das decisões

Necessário destacar que nada ou pouco valeria toda a preocupação com o modo como o magistrado forma sua convicção se ele não fosse obrigado a externalizar de forma clara e estruturada a sua decisão e o proceder metodológico para alcançá-la. É por isso que surge o dever de fundamentação (art. 93, IX, da CRFB). Cuida-se de importante mecanismo de controle, tanto interno, para as partes, quanto externo, para toda a sociedade, que detém a prerrogativa de examinar a legitimidade e legalidade das decisões judiciais.

Para Taruffo, o dever de fundamentar e motivar do julgador deve sempre ser exercitado como se ele estivesse prestando satisfação à opinião pública das razões de decidir, apresentando no mínimo:

- 1) o enunciado das escolhas do juiz com relação:
 - 1.1) à individuação das normas aplicáveis;
 - 1.2) à análise dos fatos;
 - 1.3) à qualificação jurídica dos fatos;
 - 1.4) às consequências jurídicas desta qualificação;
- 2) os nexos de implicação e coerência entre os referidos enunciados. (Taruffo, 1999, p. 776, *apud Badaró*, 2019, p. 49)

Veja-se que o ordenamento jurídico, ao obrigar o juiz a descrever seu convencimento e a forma como chegou àquela conclusão, fornece à comunidade instrumento para o controle epistemológico da decisão judicial. Em outros termos, a motivação constante da sentença possibilita o controle epistêmico do que o Judiciário diz e de como ele diz. É interessante registrar ainda que, embora não se externalize com a mesma frequência quanto ao judiciário, o membro do Ministério Público e a autoridade policial também estão inseridas nesse sistema de livre convencimento motivado, impondo-se que exponham de modo adequado suas razões de convencimento.

2.4 A prova e a epistemologia

É curioso que a lei não fornece uma definição para “prova”, embora esclareça o que se entende por “indícios”, na acepção de prova indireta (arts. 382 do CPPM e 239 do CPP). A doutrina, a seu turno, nos indica que, “em sentido amplo, provar significa demonstrar a veracidade de um enunciado sobre um fato tido por ocorrido no mundo real. Em sentido estrito, a

palavra prova tem vários significados” (Lima, 2020, p. 657-358). Para fins deste trabalho, utiliza-se a expressão prova como sinônimo dos “instrumentos idôneos à formação da convicção do julgador”, ou, simplesmente, meios de prova⁶.

Com efeito, a **prova** é o que possibilita ao julgador atingir um **conhecimento fundado, empírica e racionalmente**, sobre os fatos, evitando-se a mera compilação de histórias relatadas pelas partes. A verdade no processo, portanto, tal qual nas ciências exatas, é atingida através da prova (Tavares; Casara, 2020, p. 19). Ou seja, “as provas possuem uma natureza metajurídica, sobre a qual recai um número significativo de regras procedimentais e a partir das quais é levado o conhecimento ao magistrado, para a confirmação ou refutação das hipóteses” (Amaral; Rodrigues; Bruni, 2021).

Assim como o processo penal, a prova é tema que se insere igualmente na garantia de direitos individuais, tanto da vítima quanto dos acusados. Se, por um lado, é possível dizer que a produção da prova interessa ao Ministério Público, órgão

⁶ Além da prova como meio, ainda se tem a prova como **atividade**, que consiste nas atividades de verificação e demonstração das asserções feitas em juízo, e a prova como **resultado**, caracterizada pela formação da convicção do julgador quanto à existência ou não do fato descrito na denúncia. *Ibidem*, p. 657-658.

de acusação, para a formulação da culpa do imputado, por outro, também é verdade que a prova, notadamente a pericial, contrária às asserções fáticas contidas na denúncia, tem um elevado grau de convencimento. Embora não esteja o juiz obrigado a acolhê-la, refutá-la exigirá uma sofisticada tecitura argumentativa amparada em outros elementos de prova, que necessariamente passarão pelo controle interno (via recursal) e externo. Dessa forma, no processo penal, “entre as atividades necessárias à tutela dos direitos postulados pelas partes, sobressai a probatória” (Badaró, 2019, p. 19). Segundo Badaró, a própria transformação de um regime processual autoritário para um regime democrático é sentida no reconhecimento do direito à prova das partes. Ele menciona que, no direito italiano, o modelo marcadamente inquisitório, com atividade probatória centrada no juiz, passou a um modelo acusatório, especialmente ao reconhecer o direito à prova e a atividade probatória às partes (Badaró, 2019, p. 40-41).

Dentro do processo penal, a produção e valoração da **prova** se destaca como sendo, talvez, a atividade mais importante. Juarez Tavares e Rubens Casara ensinam que, no campo jurídico, dentre os diversos sentidos conferidos à palavra prova, há o de “‘atividade’ destinada a demonstrar a ocorrência

de um fato, o de ‘meio’ à demonstração do acerto de uma hipótese e o de ‘resultado’ produzido na convicção do julgador”. Nada obstante, ressaltam que “todas as acepções [...] ligam-se, em maior ou menor escala, ao valor ‘verdade’” (Tavares; Casara, 2020, p. 19). Veja-se que é através da prova que se reconstrói ou se reelabora os fatos “onde o juiz é mais soberano; mais dificilmente controlável, e onde, portanto, pode ser – como foi e em não poucas ocasiões segue sendo – mais arbitrário” (Ibáñez, 2006, p. 67)⁷.

Nessa quadra, importa ressaltar que a verdade é condição necessária, embora insuficiente, para o atingimento de uma decisão justa (Badaró, 2019, p. 14). Diz-se insuficiente porque a instrução processual também deve respeitar aos comandos normativos de limitações à busca da verdade. De relevo destacar que a possibilidade de **erro** não retira o caráter persuasivo e relativo da prova, seja nas ciências “duras”, como a matemática, seja no Direito: “a falibilidade ou a falseabilidade não retiram a natureza científica da teoria, do procedimento, do meio ou do resultado”, na realidade, a essência, hoje, da “busca do conhecimento objetivo se caracteriza pela possibilidade do erro

⁷ No mesmo sentido: Abellán, 2014, p. 374, *apud* Badaró, 2019, p. 13.

que deve ser reconhecida tanto pelo investigador quanto pelo juiz” (Tavares; Casara, 2020, p. 19).

Na realidade, **toda prova é persuasiva e relativa**, seja ela científica ou não. Por isso, “POPPER afirma que a possibilidade de uma teoria (ou de uma prova) ser refutada constitui um dado essencial à própria natureza científica dessa teoria ou atividade.” Assim, “não há, nesse particular, uma diferença significativa entre a ‘prova’ no direito e a ‘prova’ nas ciências duras, como a matemática”. Tanto o juiz quanto o cientista, mesmo que respeitem rigorosamente os procedimentos e os limites epistemológicos, não são capazes de refutar por completo o erro, sendo a falibilidade e a falseabilidade da própria essência da busca do conhecimento objetivo (Tavares; Casara, 2020, p. 19).

No âmbito do Direito, é interessante observar, como faz Taruffo, que, por longo tempo, tanto os filósofos do direito quanto os juristas partiram da equivocada premissa de que os **aspectos jus-filosóficos** da prova poderiam ser tratados de forma apartada e independente da **realidade jurídico-processual**. Argumentavam, ideológica e aprioristicamente, que por serem os fatos determinados em juízo, as questões sobre prova deveriam ser enfrentadas exclusivamente pelo direito

processual. Porém, posteriormente, ao se depararem com o problema concreto, sobrevalorizam os aspectos teóricos do fenômeno, sem enfrentá-lo efetivamente. Assim, sem que se apercebessem, dedicavam-se **exclusivamente ao desvendamento dos aspectos jurídicos** da prova, como exemplo nulidades e valoração. O resultado: a ausência de estudos aprofundados sobre a “determinação judicial dos fatos” (Taruffo, 1999, *in* Badaró, 2019, Prefácio, p. 11).

Percebe-se, mais uma vez, a necessidade de mecanismos epistêmicos de controle da decisão judicial, tal qual se observa nas pesquisas científicas. Isso porque a verdade é forjada sob o crivo da refutabilidade e, enquanto validada, permanece; mas sua essência não mais se encontra na perenidade e na dogmaticidade, e sim na refutabilidade e confirmação. Nesse sentido:

O tema da verdade e a própria **possibilidade epistêmica de se atingir um conhecimento verdadeiramente amplo**, fazem parte de um campo de pesquisa milenar e inesgotável na filosofia. No mundo jurídico, contudo, até pouco tempo, o chamado “juízo de fato” era pouco explorado, havendo uma relativa indiferença dos aplicadores do direito em relação à prova dos fatos debatidos no processo. Na formação do profissional do direito, enquanto conhecedor das

leis, a atividade hermenêutica parece ter um status mais elevado do que as questões sobre o juízo de fato. As faculdades de Direito são, em última análise, escolas de lei. [...] Essa equivocada concepção de que “os julgamentos sobre fatos constituem simples constatações da realidade”, muitas vezes, leva a uma acrítica recepção e aceitação dos juízos de fatos realizados pelos magistrados no processo. Se os juízes têm feito um mau uso do seu “livre convencimento”, o remédio não será eliminar esse princípio de valoração livre, mas estabelecer e aplicar **mecanismos racionais e procedimentais que possam assegurar um bom uso da discricionariedade nas escolhas feitas na valoração da prova**. A valoração da prova pode ser realizada intuitivamente, mas também é possível fazê-la de modo racional, seguindo cânones lógicos, com mecanismos de controle intersubjetivos, que permitam verificar o erro ou o acerto do juízo de fato realizado no processo. É na epistemologia que poderão ser obtidas as ferramentas para um aprimoramento da atividade cognitiva do juiz na valoração da prova. (Badaró, 2019, p. 83-84) (Grifou-se).

Por isso, Gustavo Badaró adverte sobre a importância do estudo conjunto, inclusive com os critérios jurídico-processuais interligados à única verdade possível, tanto no processo quanto fora dele (Badaró, 2021, p. 431). Esmiuçando melhor o tema, Badaró ensina, a partir das luzes lançadas por **Ferrajoli**, que, comparado aos outros modelos de direito penal concebíveis e que historicamente já existiram, o sistema garantista é o que

melhor possibilita o acesso racional, equilibrado e confiável à verdade. Isso porque “os diversos princípios garantistas se configuram [...] como um esquema epistemológico de identificação do desvio penal com o objetivo de assegurar [...] o máximo grau de racionalidade e de confiabilidade do julgamento” (Badaró, 2021, p. 431). Assim, as garantias individuais, além de resguardarem seu escopo principal, que é o de obstar abusos do poder punitivo, resvalam qualificação da busca racional da verdade. Dessa forma, essas garantias processuais podem ser classificadas a depender de seu **efeito epistemológico na instrução criminal**:

- (a) **Positivas**, aquelas que, além do escopo principal, facilitam a descoberta da verdade, como, por exemplo, o **contraditório** e a exigência de **prova pericial** nos crimes que deixam vestígios.
- (b) **Neutras**, cuja aplicação não favorece nem obstaculiza a descoberta da verdade. Exemplo: a **publicidade** processual.
- (c) **Negativas**, são aquelas consideradas contraproducentes para fins de descoberta da verdade, a exemplo da ausência de motivação no tribunal do **júri**. (Badaró, 2021, p. 431)

Especificamente quanto ao **contraditório**, Renato Brasileiro aduz que “essa estrutura dialética da produção da prova, que se caracteriza pela possibilidade de indagar e de verificar os contrários, funciona como eficiente mecanismo para a busca da verdade”. Ou seja, “as opiniões contrapostas das partes adversas ampliam os limites da cognição do magistrado sobre os fatos relevantes para a decisão da demanda e diminuem a possibilidade de erros” (Lima, 2020, p. 57). Para Badaró, o contraditório, além de seu papel fundamental no processo de elemento integrador – efetivando a paridade de armas –, também tem **relevante função heurística, ampliando o espectro cognitivo** do magistrado (Badaró, 2019, p. 23-24). Nessa senda, pretende-se abordar algumas garantias epistemológicas positivas, além do contraditório já acima trabalhado, que reforçam o encontro da verdade.

2.5 A prova técnica

Até o fim do século XVIII, não se tinha um conhecimento científico organizado e sistematizado para o emprego da prova pericial na justiça criminal. Foi Hans Gross, precursor das ciências forenses, que iniciou a sistematização dos

estudos existentes sobre a matéria⁸. Em livro coordenado por Saad Netto, aduz-se que, “desde os primórdios da humanidade, o conhecimento humano vem experimentando um contínuo processo evolutivo”. Sem prejuízo de “sua relevância para o desenvolvimento tecnológico da humanidade, o conhecimento científico também passou a ser utilizado em benefício da justiça penal [...], mediante a análise técnico-científica dos vestígios relacionados ao fato criminoso” (Saad Netto, 2023, p. 34-35). No referido livro, defende-se a natureza de **direito fundamental da prova pericial**: “tendo aptidão para alcançar diversos *players* e permear as várias instâncias persecutórias [...], a atividade de perícia criminal realizada pelo Estado eleva o direito à prova pericial ao *status* de direito fundamental”. Por isso, a prova pericial é um dever de todo indivíduo comprometido com a busca da verdade (Saad Netto, 2023, p. 34-35).

⁸ Hans Gross, juiz de instrução austríaco, percebeu, no final do século XVIII, que pouco havia aprendido em sua formação jurídica em relação a como julgar se alguém é culpado ou inocente, bem como que o conhecimento científico não era empregado de forma estruturada na justiça criminal. Por isso, dedicou-se ao estudo de diversos tratados de física, medicina, psicologia, microscopia, fotografia e ciência em geral, dando início ao processo de sistematização da “criminalística”.

Com efeito, em virtude de seu conteúdo técnico, científico e objetivo, a perícia criminal oficial revela-se fundamental para a garantia de direitos das pessoas envolvidas na suposta conduta delitiva. “O resultado do exame pericial é apto para reduzir diversas incertezas que eventualmente possam pairar sobre os fatos questionados”, além de conferir balizas objetivas para que o investigado possa refutar eventual tese acusatória.

No ponto, é interessante observar que a criminalística, tal qual a medicina legal⁹, surge como amparo ao Judiciário na empreitada de **racionalização e viabilização de controle epistemológico** do ato de decidir. Em outros termos, pode-se dizer que essas ciências foram desenvolvidas para amparar o processo penal no reconhecimento e na interpretação dos indícios materiais relativos ao crime e à identificação do criminoso (Amaral; Rodrigues; Bruni, 2021).

Veja-se que a importância do valor liberdade por trás das normas penais e processuais penais torna imperiosa “a comunicação entre a disciplina jurídica e as disciplinas de índole técnico-científica, não obstante suas regras próprias”. Assim, as

⁹ A medicina legal se ocupa dos vestígios intrínsecos ao ser humano.

ciências naturais, ao ingressarem no âmbito jurídico, devem observância a certos protocolos e liturgias, dentre as quais a submissão da busca da verdade ao respeito dos direitos fundamentais. De outro lado, o Direito, embora não submetido às conclusões da técnica-científica auxiliar, a elas deve respeito e deferência no sentido de, mesmo quando as rejeita, deve pormenorizar as suas razões, jamais as ignorar ou considerá-las supérfluas. Ou seja, deve haver uma coexistência processual em que se estabeleça uma efetiva relação dialógica interdisciplinar (Saad Netto, 2023, p. 36).

A doutrina aponta que a posição sobrelevada do **bem jurídico** tutelado pela norma processual penal justifica os axiomas do garantismo propostos por Ferrajoli, ainda que eventualmente eles possam, como visto, prejudicar a busca da verdade. Assim, destaca haver “identidade entre a concepção garantista e o direito à prova pericial, modalidade de prova penal cujos fundamentos científicos realçam a importância da prova rigidamente produzida, sobretudo para conferir segurança e previsibilidade às decisões judiciais” (Saad Netto, 2023, p. 46). Salienta, nesse sentido, que a prova pericial reduz riscos de processos temerários e injustos (Saad Netto, 2023, p. 46).

Inclusive, a preocupação do Legislador processual penal com a **descoberta da verdade** não é recente. Como destaca Saad Netto, desde **1832**, no âmbito criminal brasileiro, mais especificamente no então recém-promulgado Código do Processo Criminal de Primeira Instância, havia a previsão de peritos para o auxílio do juízo penal (Saad Netto, 2023, p. 39). Nesse sentido:

DA FORMAÇÃO DA CULPA

Art. 134. Formar-se-ha auto de corpo de delicto, quando este deixa vestigios que podem ser ocularmente examinados; não existindo porém vestigios, formar-se-ha o dito auto por duas testemunhas, que deponham da existencia do facto, e suas circumstancias.

Art. 135. Este exame será feito por peritos, que tenham conhecimento do objecto, e na sua falta por pessoas de bom senso, nomeadas pelo Juiz de Paz, e por elle juramentadas, para examinarem e descreverem com verdade quanto observarem; e avaliarem o damno resultante do delicto; salvo qualquer juizo definitivo a este respeito. (Brasil, 1832)

No CPP de 1941 e no CPPM de 1969 também é possível observar a preocupação com a adequada correspondência entre fatos e fundamentos judiciais. Nada obstante refutarem a prova

tarifada, sempre impuseram a prova pericial nos crimes transeuntes – aqueles que deixam vestígios¹⁰. Confira-se:

Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. (Brasil, 1941)

Art. 328. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. (Brasil, 1969)

Antes de se prosseguir, é interessante notar que, tal qual o processo judicial, o procedimento de exame realizado pelo perito oficial também deve passar por um trâmite. Assim, ele se torna suscetível de aferição e controle.

2.6 A cadeia de custódia

A cadeia de custódia é o meio procedimental concebido para dar **confiabilidade e autenticidade** à prova. Através do

¹⁰ “Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal”. BRASIL. Presidência da República. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 4 jun. 2024.

registro histórico-cronológico do acesso humano aos vestígios, possibilita-se a auditabilidade¹¹ da coleta, da avaliação e do descarte dos elementos materiais de prova, o que permite concluir que cada detalhe do arcabouço fático sobre o qual se debruça o juiz é efetivamente o mesmo que ele diz ser. Nas palavras de Aury Lopes Jr., trata-se de “um sistema de controle epistêmico da atividade probatória que assegura (e exige) a autenticidade de determinados elementos probatórios.” (Lopes Junior, 2023, p. 649).

Nessa senda, é possível dizer que, para além do controle epistemológico da atividade decisória (Juiz), é preciso também ter, e antes mesmo desta, o controle epistemológico da produção da prova pericial (Autoridade de Polícia Judiciária, como regra). Assim, “a autenticação de uma prova é um dos métodos que assegura ser o item apresentado aquilo que se afirma ele ser, denominado pela doutrina de princípio da mesmidade.” (Brasil, 2022). Sobre o assunto:

¹¹ Auditabilidade é um neologismo criado para designar procedimentos capazes de promover confiança na informação. “É a qualidade de algo que se pode analisar de maneira metódica e a capacidade de aferir práticas com características explicativas e informações rastreáveis, de modo a ensejar uma análise crítica das informações fornecidas”. Disponível em: <https://portal.sollicita.com.br/Noticia/15323/tcu-responde:-afinal,-o-que-%C3%A9-auditabilidade%3F>. Acesso em: 15 out. 2024.

Todo esse cuidado é necessário e justificado: quer-se impedir a manipulação indevida da prova com o propósito de incriminar (ou isentar) alguém de responsabilidade, com vistas a obter a melhor qualidade da decisão judicial e impedir uma decisão injusta. Mas o fundamento vai além: não se limita a perquirir a boa ou má-fé dos agentes policiais/estatais que manusearam a prova. Não se trata nem de presumir a boa-fé, nem a má-fé, mas sim de objetivamente definir um procedimento que garanta e acredite a prova independente da problemática em torno do elemento subjetivo do agente. A discussão acerca da subjetividade deve dar lugar a critérios objetivos, empiricamente comprováveis, que independam da prova de má-fé ou “bondade e lisura” do agente estatal. Do contrário, ficaremos sempre na circularidade ingênua de quem, acreditando na “bondade dos bons” (AGOSTINHO RAMALHO MARQUES NETO), presume a legitimidade de todo e qualquer ato de poder, exigindo que se demonstre (cabalmente, é claro) uma conduta criminosa e os “motivos” pelos quais uma “autoridade” manipularia uma prova... Eis a postura a ser superada. (Lopes Junior, 2023, p. 653)

Renato Brasileiro explica que a cadeia de custódia é a “documentação formal de um procedimento destinado a manter e documentar a história cronológica de uma evidência”. Por meio dela, evitam-se “eventuais interferências internas e externas capazes de colocar em dúvida o resultado da atividade

probatória, assegurando, assim, o rastreamento da evidência desde o local do crime até o Tribunal”. Ele assim conclui: “fundamenta-se no chamado princípio da autenticidade da prova” (Lima, 2020, p. 718). No Código de Processo Penal, com a Lei 13.964/19, o instituto ganhou a seguinte definição:

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. (Brasil, 1941)

Portanto, conclui-se que, ao impor um agir protocolar, baseado em lei, permite-se, ao fim do processo, afirmar que as premissas fáticas do magistrado, assim como as jurídicas, baseiam-se em dados pertinentes à conduta imputada ao acusado.

Convém observar que, por sua notável importância, embora consagrada em lei somente no final de 2019, a cadeia de custódia já se encontrava prevista, com detalhamento, na **Portaria n. 82 da Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça (SENASP), de 2014** (Brasil, 2014). Com efeito, é de se observar que o legislador

infraconstitucional, por meio da Lei n. 13.964/19, trouxe um detalhamento, em dez etapas, do acautelamento da prova. Começa pelo reconhecimento dos vestígios, atividade geralmente desenvolvida pelo delegado de polícia, até o descarte do material.

Veja-se que, por trás de todo o protocolo da cadeia de custódia, está a finalidade de conferir autenticidade à prova produzida, ao passo em que possibilita o **controle epistemológico dos vestígios** e de seus gestores. Em outros termos, a cadeia de custódia consiste na documentação formal do procedimento de produção da prova, desde o reconhecimento dos vestígios *in natura* e o isolamento da área de interesse de extração, passando pela coleta e processamento dos elementos materiais, que, após perícia e laudo técnico, são transmutados em elementos de prova (em geral, provas irrepetíveis, submetidas ao contraditório postergado¹²), utilizáveis no convencimento do juiz, durante o processo, até o seu derradeiro descarte.

¹² Embora preservados os vestígios até o descarte final, é importante observar que a prova produzida deve ser considerada desde a coleta inicial do vestígio. Por isso, diz-se que a prova é irrepetível. Não significa que não se possa reproduzir o exame pericial com aquele vestígio eventualmente restante. Porém, não é possível iniciar uma prova nova.

Aury Lopes Jr. ensina que a cadeia de custódia é como uma corrente em que cada procedimento ou fase é um dos elos que se conectam entre si, formando o todo. É a integridade dessa corrente que permite aferir a credibilidade da prova (Lopes Junior, 2023, p. 649). Em geral, a colheita das fontes de prova inicia-se na fase pré-processual e, além disso, cuidando-se normalmente de provas irrepetíveis, produzidas a partir de vestígios de crimes não transeuntes preservados, imediatamente, pela autoridade policial, na forma dos arts. 6º e 169 do CPP¹³, bem como dos arts. 12 e 339 do CPPM¹⁴.

¹³ “Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994) II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; [...] VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias [...] Art. 169. Para o efeito de exame do local onde houver sido praticada a infração, a autoridade providenciará imediatamente para que não se altere o estado das coisas até a chegada dos peritos, que poderão instruir seus laudos com fotografias, desenhos ou esquemas elucidativos”. BRASIL. Presidência da República. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**, *op. cit.*

¹⁴ “Art. 12º Logo que tiver conhecimento da prática de infração penal militar, verificável na ocasião, a autoridade a que se refere o § 2º do art. 10 deverá, se possível: a) dirigir-se ao local, providenciando para que se não alterem o estado e a situação das coisas, enquanto necessário; (Vide Lei nº 6.174, de 1974) b) apreender os instrumentos e todos os objetos que tenham relação com o fato; c) efetuar a prisão do infrator, observado o disposto no art. 244; d) colhêr tôdas as provas que sirvam para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias.[...] Art. 339. Para o efeito de exame do local onde houver sido

Nesse contexto, necessário assinalar que, embora válida a clássica lição de que a prova processual penal é produzida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, ela merece um adendo. Por isso, estudar-se-á alguns aspectos das **provas irrepetíveis**, produzidas, normalmente, antes do processo judicial e submetidas ao contraditório postergado. Anote-se que não se tecerá comentários sobre as provas cautelares e antecipadas, também submetidas à ritualística diferenciada, por fugirem do escopo do presente texto.

A prova irrepetível é aquela cuja produção consome (no sentido civilista, de fazer desaparecer) a fonte de prova, tornando, assim, impossível a sua repetição, como exemplo se pode citar o exame pericial: uma vez coletada a amostra, realizado o exame, produzido e juntado aos autos o laudo, não é mais possível reproduzir essa prova¹⁵. Essa prova pode ser produzida tanto na fase pré-processual quanto na fase judicial.

praticado o crime, a autoridade providenciará imediatamente para que não se altere o estado das coisas, até a chegada dos peritos”. BRASIL. Presidência da República. **Decreto-lei n. 1.002, de 21 de outubro de 1969**, *op. cit.*

¹⁵ Note-se, é possível eventualmente repetir “o exame”, caso ainda se tenha a amostra para tanto. Todavia, frise-se, isso não significa que a prova será repetida. O que será repetido é apenas o exame – parcela da produção da prova –, não sendo mais possível retornar ao local do crime, colher novamente os vestígios, realizar o exame e elaborar o laudo pericial a partir dessa nova colheita, por isso, a prova é irrepetível.

Um exemplo possível de prova irrepetível produzida na fase judicial é a juntada de documento original comprobatório de algum crime. Note-se que, uma vez autuado, o documento não pode mais ser reproduzido – aquele mesmo documento. Está nos autos do processo. Porém, dada a natureza passageira da sua fonte e o acesso mais imediato aos vestígios pela autoridade policial, normalmente a prova irrepetível é produzida na fase do inquérito. Por essa razão, deter-se-á nesse momento da persecução penal.

Com efeito, não é despidendo dizer que a observância da cadeia de custódia na fase indiciária terá fundamental importância na futura decisão judicial. A observância rigorosa dela fornecerá ao juiz elementos com um significativo grau de convencimento, seja quanto à existência ou inexistência do crime. Por outro lado, o rompimento dessa cadeia, caso grave e sem outras provas coligadas, pode obrigar o juiz a absolver o réu por falta de provas.

É por isso que a doutrina atesta que, apesar de “posicionada”, em regra, na fase pré-processual, a pericial criminal tem por destinatário final o juiz, responsável pela apreciação definitiva da prova. Ao apreciar o feito, esse ator processual é diretamente influenciado em sua convicção pelas

provas produzidas, inclusive aquelas colhidas no inquérito e submetidas ao contraditório posteriormente (Saad Netto, 2023, p. 69).

A cadeia de custódia, como se pode vislumbrar, é inserida nesse contexto de racionalização do procedimento decisório e de controle epistemológico da decisão judicial. Ora, de nada adiantaria toda a atenção devida à confecção do laudo pericial e, por fim, à valoração judicial, se não houvesse a adequada coleta e processamento dos vestígios. A mácula dos vestígios extrai sobremaneira o poder de convencimento da prova técnica. Portanto, percebe-se a importância singular da prova técnica no processo, notadamente quando observada a cadeia de custódia. Isso porque, embora consciente dos seus limites cognitivos (relatividade do conhecimento) e das barreiras da epistemologia jurídica, o juiz deve sempre ter como alvo a verdade, de modo a propiciar uma decisão justa.

3 APLICABILIDADE DA CADEIA DE CUSTÓDIA AO PROCESSO PENAL MILITAR

A Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) acrescentou a cadeia de custódia ao Código de Processo Penal. Embora já debatido

pela doutrina e positivado em Portaria do Ministério da Justiça (Brasil, 2014), como já visto, a codificação do instituto, sem dúvida, elevou o seu *status* e importância. Vale lembrar, porém, que a norma nada falou sobre a aplicabilidade do registro formal histórico-cronológico da prova ao Processo Penal Militar. Por isso, passa-se a estudar a possibilidade de aplicação da cadeia de custódia no âmbito da Justiça Militar.

3.1 A aplicação analógica: fonte secundária (viés positivista)

Miguel Reale destaca que, “Havendo lacuna na lei, cabe recurso aos casos análogos, aos costumes ou aos princípios gerais do Direito” (Reale, 1999, p. 141). Especificamente sobre o recurso integrativo da analogia, Bobbio explica que “a capacidade de expansão lógica do ordenamento jurídico [...] encontra seu fator propulsivo exatamente na *ratio legis*”. Em outros termos, ao recorrer ao recurso integrativo da analogia, ou melhor, “ao estender pelo caminho analógico certa norma a um caso não por ela previsto, o intérprete [...] ainda aplica a vontade do legislador, porque se pressupõe que, se o tivesse previsto, o teria regulado de tal modo” (Bobbio, 2022, p. 284). No ponto, é

importante lembrar que o doutrinador italiano é positivista e, por isso, recusa o caráter criativo no ato judicial, o que, porém, não prejudica a sua análise acerca da aplicação analógica no contexto pós-positivista.

Com foco no ordenamento jurídico brasileiro, Coimbra Neves leciona que, assim como o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942), o art. 3º do CPPM elenca a analogia como um dos critérios de integração do direito processual penal militar (Neves, 2023, p. 262). Confira-se:

Art. 3º Os casos omissos neste Código serão supridos:

- a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar;
- b) pela jurisprudência;
- c) pelos usos e costumes militares;
- d) pelos princípios gerais de Direito;
- e) pela analogia. (Brasil, 1969)

Veja-se que, de modo particularizado, o art. 3º assevera ser aplicável aos casos omissos no Código de Processo Penal Militar a legislação de processo penal comum. O dispositivo adverte, contudo, que, nessa hipótese, deve-se estar atento à índole do processo penal militar¹⁶.

¹⁶ Indaga-se: (a) a hipótese da alínea *a* – aplicação da legislação processual comum a casos omissos na legislação processual penal militar – não seria

Jorge César de Assis ensina que a índole do processo penal militar diz respeito aos valores, prerrogativas, deveres e obrigações inerentes aos membros das Forças Armadas, cuja observância deve persistir inclusive no decorrer do processo, enquanto o acusado mantiver o posto ou graduação correspondente. A propósito:

Fazem parte da índole do processo penal militar as prerrogativas dos militares, constituídas pelas honras, dignidades e distinções devidas aos graus militares e cargos (Estatuto dos Militares, art. 73), e que se retratam já na definição do juízo natural do acusado militar (Conselho Especial ou Permanente); na obrigação do acusado militar prestar os sinais de respeito aos membros do Conselho de Justiça; a conservação, pelo militar da reserva ou reformado, das prerrogativas do posto ou graduação, quando pratica ou contra ele é praticado crime militar (CPM, art. 13) [...] a prestação do compromisso legal pelos juízes militares (CPPM, art. 400). (Assis, 2009)

Nesse sentido, é possível notar que a cadeia de custódia em nada afeta a índole do processo penal militar. Ao contrário, apenas busca fornecer elementos confiáveis ao juízo criminal de

idêntica à da alínea *e* – aplicação da analogia? (b) que índole do processo penal militar seria essa? (c) nas hipóteses de analogia a partir de outra norma, que não o CPP, não seria necessário observar a índole do processo penal militar? Referente às interessantes ponderações, confira-se: NEVES. **Manual de direito processual penal militar**, *op. cit.* p. 262.

modo que este realize a justiça, fim último não só do Direito Penal e Processual Penal Militar, mas de todo o sistema normativo.

Percebe-se que os arts. 158-B, II, e 158-C, ambos do CPP, vieram **perfectibilizar**, com maiores detalhes, o modo de agir da autoridade policial ao chegar no local do crime, de acordo com os comandos pré-existentes dos arts. 6º, I e II, e 169, do CPP, e **art. 12, a, e 339, do CPPM**, cujo comando se restringia a determinar à autoridade policial providências para que não se alterassem estado e conservação das coisas onde ocorreu o crime. Agora há um nível de detalhe quase litúrgico.

Com efeito, certo é que o instituto da cadeia de custódia, por se tratar de medida instrumental apta a racionalizar o processo de busca da verdade, reforça-se, nada afeta a “índole” aqui em exame. Ademais, deve-se reconhecer que, mesmo que de forma incipiente, o CPPM já tentava dar algum contorno à atitude inicial da polícia judiciária frente aos vestígios (Brasil, 1969). Portanto, é lícito concluir que a aplicação analógica da cadeia de custódia (art. **158-A** do CPP) não representa nenhum risco à índole do processo penal militar. Ao contrário, fortalece e prestigia o fim último do processo penal: encontrar a verdade sem descuidar da importância de observar, para tanto, todas as

limitações legais e constitucionais. Em resumo, o instituto vem complementar o que já consta dos arts. 12, 328 e 339 do CPPM.

3.2 Os princípios e o dever epistêmico: fonte primária (abordagem pós-positivista)

É importante esclarecer que a teoria geral do direito passou por uma reformulação no pós-positivismo. A compreensão da unidade do ordenamento jurídico, já consagrada pelo movimento positivista¹⁷, passa por um aprimoramento. Assim, começa-se a reconhecer nos princípios, outrora relegados à categoria de elemento integrador ou fonte secundária, a força

¹⁷ É interessante a explanação de Bobbio: “A ordem [...] é o resultado da conformidade de um conjunto de acontecimentos a um sistema normativo: ela pressupõe necessariamente um sistema normativo e consiste na sua realização, na conformidade dos comportamentos às suas prescrições. Em outras palavras: a ordem é o resultado da efetivação de um sistema normativo. [...] a ordem cósmica ou universo significa a conformidade dos eventos naturais a um sistema de leis (as leis naturais enunciadas pela ciência); a ordem internacional significa a conformidade dos atos dos Estados ao direito internacional; reivindicar a ordem social significa requerer que as relações sociais se efetivem em contexto de respeito a algumas regras fundamentais comuns às várias classes e camadas sociais. A concepção da ordem como fim próprio do direito explica a importância que o elemento da coação tem na doutrina juspositivista: ele é meio necessário para obter a conformidade da conduta humana ao direito, isto é, para obter a ordem”. BOBBIO. **O Positivismo Jurídico**, *op. cit.*, p. 301.

de norma: norma-princípio¹⁸. Nessa toada, eles são elevados à categoria de fontes primárias do direito. Porém, frise-se, como herança do positivismo, a Constituição permanece no ápice do ordenamento jurídico, sendo, inclusive, de onde provém a massa principiológica.

Dito de outro modo, o pós-positivismo, embora acolha a sobreposição da Constituição (supremacia constitucional) às demais normas jurídicas, nos termos propostos pela teoria piramidal do positivista Hans Kelsen, vai além e confere eficácia normativa aos princípios constitucionais (normas-princípio). Imbuído nisso, confere também **eficácia irradiante** aos direitos e garantias fundamentais (dimensão objetiva), que se espraiam sobre todas as outras normas, compreendendo-as e conformando-as a partir dos valores constitucionais (Rabelo Neto, 2011). Nesse sentido, não se pode ter dúvida quanto à

¹⁸ “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes”. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

importância e, frise-se, cogência e obrigatoriedade, dos princípios constitucionais sobre o Direito Processual Penal Militar, pois são eles que possibilitam, por meio da devida observância aos direitos e garantias fundamentais, um processo justo e democrático, legitimando, assim, a sanção (Carvalho; Costa, 2022, p. 36).

Destaca Jorge César de Assis que, “no contexto jurídico brasileiro surgido após a Constituição Federal de 1988 houve a expansão em extensão e complexidade da regulamentação normativa sob um novo paradigma constitucional: o Estado Democrático de Direito” (Assis, 2021). Significa dizer, acrescente-se, que a concretização dos valores e princípios constitucionais passou a ser o norte de todo o ordenamento, deixando de ser a Carta Magna um compromisso formal político. Tanto que, dentre os paradigmas apresentados por esta nova ordem a serem perseguidos, destacam-se “a busca pela efetivação dos Direitos Fundamentais e pela Justiça Social, o reconhecimento de uma Sociedade Plural e a tutela da Participação Democrática do cidadão” (Assis, 2021).

Feito esse registro, necessário lembrar ainda que a Constituição de 1988, em seu art. 5º, LIV, assegura que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o

devido processo legal”. Trata-se do princípio do devido processo legal, que consigo traz todos os direitos e garantias processuais:

O princípio do devido processo legal é a base na qual todos os outros princípios e regras se sustentam. Dele decorrem todas as consequências processuais, que visam garantir aos litigantes o direito a um processo com contraditório e ampla defesa, no qual as partes são tratadas com igualdade, aplicando-se lei prévia, mediante a autoridade imparcial e independente, de um juiz natural que elaborará uma sentença justa. (Seixas; Souza, 2014)

No texto constitucional, também é possível notar o dever de fundamentar todas as decisões judiciais, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da CRFB). Como já abordado, é por meio dessa externalização do convencimento que o ordenamento jurídico permite à sociedade controlar a legitimidade do Poder Judiciário, que, como se sabe, não se dá nas urnas como os demais poderes. Aqui, mais uma vez, percebe-se a importância da epistemologia.

A Justiça Militar possui peculiaridades que a distinguem da Justiça comum. Os valores constitucionais da hierarquia e da

disciplina (arts. 42 e 142 da CRFB)¹⁹, bem como a vida vocacionada integralmente à caserna, essenciais ao melhor preparo e pronto emprego, não poderiam deixar de produzir reflexos na punição penal a ser aplicada ao transgressor (veja-se, por exemplo, que o CPM prevê penas não encontradas no CP comum: morte em tempo de guerra, impedimento – art. 55), nem tampouco na forma de se fazer concretizar a sanção (polícia judiciária diferenciada, órgãos jurisdicionais próprios, ritos processuais diferenciados). Tudo isso sem contar o princípio da

¹⁹ “Desde a origem das estruturas de organização, preparo e emprego dos primeiros corpos militares, a disciplina militar, que era associada à ‘marcialidade’ e ‘obediência cega’ ao poder de (co)mando, tem sido reconhecida como ferramenta universal para a existência sustentável dos exércitos, imprescindível para a eficácia do emprego militar e norma-princípio para a inequívoca e completa subordinação das instituições e atividades militares aos Poderes Constituídos – pela vontade do povo – nos Estados de Direito Democráticos. No Brasil, a hierarquia e a disciplina militar – igualmente reconhecidas e valorizadas pela atual ordem política democrática, ao ponto de estarem positivadas em todas as constituições federais republicanas e reafirmadas na Constituição Federal (arts. 42 e 142) e como bens jurídicos tutelados – deixaram de ser conceitos privativos dos exércitos (reais ou nacionais), destinados apenas à manutenção da coesão e disciplina de um corpo armado e, por isso, superprotegidos como fins em si mesmos, para evoluírem e, hodiernamente, alcançaram o reconhecimento de bem jurídico instrumental, cuja finalidade é promover a eficiência na atuação das instituições militares nas múltiplas tarefas contemporâneas exigidas”. (Carvalho; Costa, 2022, p. 11-12).

extraterritorialidade incondicionada, adotado como regra no Direito castrense²⁰.

Aqui, nos interessa especificamente a produção da prova no processo penal militar. Por isso, dentro desse espectro normativo dos princípios constitucionais, notadamente os direitos e garantias individuais, confrontando-se às peculiaridades do meio militar, orientado fortemente pela hierarquia e disciplina, resta indagar: **qual espaço resta para peculiaridades ou especificidades sem que se afronte o valor máximo do ordenamento, que é a Constituição?**

²⁰ No art. 7º do CPM, há a previsão, em pé de igualdade, do princípio da territorialidade e da extraterritorialidade. As razões parecem óbvias. Primeiro, a razão jurídico-normativa. Assim como os crimes comuns que atentem contra bens, serviços e interesses da União, cuja regra é a extraterritorialidade incondicionada (art. 7º, §1º, I, do CP), os crimes militares sempre atentarão contra tais valores jurídicos. Segundo, a razão teleológica. Ainda que fora do território nacional, os crimes no âmbito das Forças Armadas brasileiras afetarão diretamente interesses nacionais, podendo, a depender do contexto e dos motivos do deslocamento armado ao território estrangeiro, até mesmo agradar ou favorecer o Estado-nação onde ocorreu, a exemplo de um crime de traição (art. 355 do CPM), o que implicaria a ausência de persecução penal, logo, a impunidade. Nesse sentido: “Essa irrestrita extraterritorialidade – aduz Romeiro, aproveitando o magistério de Silvio Martins Teixeira – ‘justifica-se com o fato de os crimes militares, que se destinam à defesa do País (CF, art. 142), e poderem ser, por inteiro, cometidos em outros países e até mesmo em benefício destes, que não teriam, assim, qualquer interesse na punição de seus autores. Daí não ser entregue à justiça estrangeira o processo e o julgamento dos crimes militares’”. NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Manual de direito penal militar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 139.

Coimbra Neves empresta parâmetros mínimos a essa questão. Valendo-se das primorosas lições de Celso Antônio Bandeira de Melo quanto ao princípio da igualdade, destaca que o tratamento diferenciado no processo penal militar não prescinde de um *discrímen* fático e, por isso, assevera: “não havendo pressuposto lógico, as normas processuais penais comum e militar devem ser coincidentes” (Neves, 2023, p. 75-76). Jorge César de Assis, nesse mesmo sentido, alerta que a busca pela efetivação dos Direitos Fundamentais e pela Justiça Social, o reconhecimento de uma Sociedade Plural e a tutela da Participação Democrática do cidadão, inclui o militar, inclusive quando ele ostenta a condição de réu em processo criminal (Assis, 2021). Coimbra Neves, assim, defende que, salvo hipótese de evidente e substancial afronta às peculiaridades próprias do processo penal militar, as garantias processuais conferidas ao jurisdicionado comum devem ser estendidas ao militar – ou vice-versa (Neves, 2023, p. 75-76).

Na prática, porém, observa-se que, enquanto o processo penal comum evolui progressivamente no tempo em proteção e garantia ao cidadão, tanto jurisprudencial quanto legalmente, o processo penal militar apega-se a padrões ultrapassados, muitas vezes de maneira acrítica, valendo-se de jargões ou conceitos

jurídicos indeterminados: “índole do processo penal militar” ou “silêncio eloquente”. Cite-se como exemplo de apego a modelo de justiça penal ultrapassada a Súmula 18/STM, que veda o Acordo de Não Persecução Penal, em descompasso com a justiça restaurativa e autocompositiva, cujas vantagens sociais sobre a sanção penal, estéril e estigmatizante, vêm sendo demonstradas ao longo dos anos (Brasil, 2019).

Sobre a dificuldade de o Direito Militar se desenvolver, Rodrigo Foureaux traz um dado importante: enquanto o CPP, de 1941, sofreu 57 alterações, o CPPM, de 1969, com 28 anos de diferença para aquele, foi modificado apenas 6 vezes (Foureaux, 2020). Isso equivaleria, levando-se para o plano estatístico e analisando-se apenas os dados quantitativos, a 0,7 alteração por ano no CPP contra apenas 0,1 alteração no CPPM (significando que a cada alteração do CPPM, sete outras foram feitas no CPP). Essa diferença no plano matemático já chama a atenção, mas quando se passa a considerar o fator axiológico-normativo e a importância de cada uma das reformas verificadas, tal comparação se torna impactante. Destaque-se que diversas das modificações no CPP foram substanciais, como a que instituiu legalmente a cadeia de custódia e o juiz das garantias (Lei n. 13.964/19), a que criou as cautelares diversas da prisão (Lei n.

12.403/11) e a que modificou o rito do procedimento comum (Lei n. 11.719/08) e do Júri (Lei n. 11.689/08).

Note-se que o problema é tamanho que, embora com alguns percalços (Assis, 2021), tem sido superado pela doutrina e pela jurisprudência por meio da interpretação progressiva ou pelo recurso ao art. 3º, a, do CPPM. Pode-se exemplificar com as seguintes adaptações interpretativas, a despeito da previsão normativa: (a) a **igualdade do número de testemunhas** para acusação e defesa, em homenagem ao princípio da paridade de armas (arts. 77, h, e 417, §2º, do CPPM x arts. 401, 406, §§ 2º e 3º, e 422, do CPP); (b) o **interrogatório como último ato** da instrução criminal (art. 302 do CPPM x art. 400 do CPP, STF, HC 127.900/AM, 2016); (c) o direito de **resposta à acusação** (ausência de previsão no CPPM x arts. 396 e 396-A do CPP; STF, RHC 142.608).

É a partir dessa comparação entre o direito processual penal comum e o direito processual penal militar, em alinhamento com o manto constitucional, que se busca, a partir de agora, investigar, para além dos pontos até aqui já abordados, a adaptação da polícia judiciária militar e dos juízes militares aos seguintes deveres constitucionais: (a) epistemológico-

normativo da busca da verdade; e (b) adequada fundamentação das decisões.

A corroborar essa percepção, de que a observância da cadeia de custódia é um dever, o Superior Tribunal Militar tem reconhecido a sua incidência no âmbito da Justiça Militar. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

Existindo indícios de que o material encaminhado para exame pericial seja distinto do entorpecente apreendido no momento do flagrante, configura-se a quebra da cadeia de custódia, estando, pois, a materialidade delitiva comprometida. A autoria de um delito deve ser determinada, não se admitindo a presunção de autoria para o decreto condenatório²¹.

No crime de posse de entorpecente, a válida demonstração da origem dos vestígios, sequenciada pelo escoreito envio do material para a perícia forense atribui solidez à **cadeia de custódia**, eliminando qualquer fator eventualmente indutor de dúvida.²².

²¹ BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Apelação Criminal: 70000689520247000000**. Relator: Artur Vidigal de Oliveira, julgado em 20/06/2024, DJe de 03/07/2024.

²² BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Apelação Criminal 7000595-81.2023.7.00.0000**. Relator: Marco Antônio de Farias, julgado em 09/05/2024, DJe de 20/05/2024.

Note-se que a Corte, ao contrário do Acordo de Não Persecução Penal²³ ou do Juiz das Garantias²⁴, sequer explica ou questiona a fonte normativa ou as condições de possibilidade de aplicação na Justiça castrense.

3.3 Os desafios

A implementação e a observância efetivas à cadeia de custódia não é algo simples. A caminhada entre um modelo calcado principalmente na prova testemunhal e um sistema que privilegia a perícia técnica qualificada pelo rigor certamente apresentará obstáculos. Na Justiça Militar, dois óbvios são: a polícia judiciária e o colegiado julgador. Vejam-se.

²³ SÚMULA Nº 18 - (DJe Nº 140, de 22.08.2022). O artigo 28-A do Código de Processo Penal comum, que dispõe sobre o Acordo de Não Persecução Penal, não se aplica à Justiça Militar da União".

²⁴ A aplicação do juiz das garantias na Justiça Militar da União (JMU) ainda está em debate. Confira-se: ENAJUM, 2024. Disponível em: [179](https://www.enajum.jus.br/noticias-exibir/forum-discute-implementacao-do-juiz-das-garantias-na-justica-militar-da-uniao#:~:text=No%20dia%2010%20de%20outubro%20de%202024%2C,para%20magistrados%20que%20n%C3%A3o%20puderem%20comparecer%20presencialmente. Acesso em: 15 out. 2024.</p></div><div data-bbox=)

3.3.1 A polícia judiciária

A preocupação com a verdade não deve ficar restrita à atividade judicial porque grande parte da coleta e produção das provas materiais tem existência na fase pré-processual, logo após a ocorrência do crime. Por isso, Gustavo Badaró inclui a fase investigatória em sua proposta para uma epistemologia judiciária e prova penal:

[...] chega-se [...] à proposta de um modelo de epistemologia judiciária. Trata-se de uma concepção racionalista da epistemológica judiciária, fundada em quatro premissas: é cognitivista ao invés de cética; é correspondentista e não coerentista; adota o modelo indutivo para o raciocínio judicial; e tem na **busca da verdade** uma condição necessária, mas não suficiente para a decisão justa. A partir da distinção bastante comum na filosofia da ciência, entre **o contexto da descoberta e o contexto da justificação**, mas adaptando tais noções para a realidade do processo penal, propõe-se uma sequência probatória subdividida em cinco contextos: (i) **investigação**; (ii) instrução; (iii) valoração; (iv) decisão; e (v) justificação. O contexto da investigação focará na atividade do investigador, sob o prisma do raciocínio abduutivo. (Badaró, 2019, p. 14) (Grifou-se).

Nada obstante, verifica-se um óbice prático no âmbito das Forças Armadas. Como se sabe, a polícia judiciária militar não é composta por um corpo técnico profissional responsável pelas investigações gerais. Ao contrário, o comandante das organizações militares, em cada inquérito policial militar (IPM) instaurado, atendidas algumas especificidades, tem a prerrogativa de delegar o poder investigativo para um encarregado (algum oficial que esteja disponível), independentemente de qual seja a sua formação, o que, não raro, prejudica a apuração de crimes importantes.

Como se observa na *práxis*, a condução do IPM, por vezes atabalhoada, pelo encarregado, gera, como não poderia deixar de ser, resultados desastrosos. Um dado importante a ser ressaltado é que a designação de um militar para o exercício de funções no inquérito representa, na maioria das vezes, uma sobrecarga, uma vez que, em regra, não é afastado das suas atividades rotineiras. Isso, conseqüentemente, pode resultar em investigações açodadas e inconsistentes. Não se pode olvidar, ainda, que os encarregados de IPM desconhecem legislações e procedimentos básicos para a condução do inquérito; e também a ausência de técnicas de investigação representa obstáculos a serem superados na apuração de infrações penais militares. De

forma complementar, cite-se pesquisa realizada com membros do Ministério Público Militar lotados nas Procuradorias da Justiça Militar no Rio de Janeiro, a qual constatou que mais de 50% dos inquéritos policiais militares conduzidos pelo Exército Brasileiro não fornecem elementos suficientes para imediata manifestação da *opinio delict* do *Parquet* Militar (Gorrihas; Miguel; Barbosa, 2016, p. 201-226).

Para Saraiva (2023, p. 237-238), no âmbito investigativo militar, é perceptível uma estagnação quase que absoluta, desde o Código de Organização Judiciária e Processo Penal Militar, de 30 de outubro de 1920 (Decreto n. 14.450). Após traçar as pequenas e pouco significativas alterações do poder de polícia judiciária militar (PPJM) no decorrer do tempo, o autor aponta que, hoje, o CPPM regula o PPJM quase que com os mesmos parâmetros dos anos 20. Explica que o Código atribui, de forma originária, referido poder aos comandantes militares de maior posição hierárquica, possibilitando a delegação a oficiais subordinados, para fins específicos e por tempo determinado, desde que observados alguns requisitos.

De maneira bastante enfática, Gorrihas, Amim Miguel e Barbosa asseveram que a Polícia Judiciária Militar foi instituída em 1895, por regulamento do Supremo Tribunal Militar (hoje

Superior Tribunal Militar) com o nome de Conselho de Investigação. Porém, passados mais de 120 anos, ainda não existe, no âmbito das Forças Armadas, um órgão destinado a profissionalizar militares para conduzir inquéritos policiais militares. Ou seja, a atuação do encarregado do IPM, oficial designado, é, na maioria das vezes, desprovida de orientação e coordenação jurídicas. A imprescindibilidade da institucionalização da polícia judiciária militar deriva, como se nota, de um desafio hercúleo:

[...] conciliar a aspiração social por decisões céleres e justas da Justiça Militar com investigações criminais que, em regra, ainda são conduzidas de forma descentralizada, por militares sem qualificação técnica para o exercício da atividade.

Essa realidade acarreta prejuízos incalculáveis para o esclarecimento de fatos que, algumas vezes, sequer criminosos eram. Entretanto, a dúvida ofuscante fica pairando no ar, trazendo questionamentos quanto à higidez moral e à eficiência da própria Justiça Militar, muito embora a Justiça Militar, vale salientar, não detenha nenhuma ingerência sobre essa realidade pré-processual (Gorrihas; Miguel; Barbosa, 2016, p. 201-226).

3.3.2 Os Conselhos de Justiça e o Superior Tribunal Militar

Um dado peculiar da Justiça Militar é que, já na primeira instância, o órgão responsável pela prestação jurisdicional penal é, como regra²⁵, **colegiado**: são os Conselhos de Justiça. A propósito do tema, Roth expõe a sedimentação desse modelo no tempo, no curso da história mundial: “Desde priscas eras, desde a Roma antiga, a Justiça Castrense sempre teve em sua composição o Juiz Militar que, ao lado do Juiz Togado, caracteriza o escabinato julgador”. Em sequência, o autor explica o instituto na tradição da Justiça Militar Brasileira:

[...] este [o escabinato] que desde que oficializada aquela Justiça Especializada no Brasil, em 1808, tem sua composição mista naquele colegiado, na primeira instância, denominado Conselho de Justiça, com um Juiz Togado e quatro Juizes Militares, tanto na esfera federal da Justiça Militar da União (JMU) como também na esfera estadual da Justiça Militar Estadual (JME). Esse colegiado, dependendo da posição hierárquica do réu na instituição militar, denomina-se Conselho Permanente de Justiça (CPJ), que processa e julga Praças, ou Conselho

²⁵ No âmbito da JMU, em que se pode ter um civil processado, o julgamento é monocrático, pelo juízo togado, desde 2018. Essa competência se dá inclusive em caso de concurso de agentes entre civil e militar, hipótese em que este se submeterá ao juízo singular.

Especial de Justiça (CEJ), que processa e julga oficiais. (Roth, 2025)

Para formar o escabinato, sorteiam-se juízes militares que, uma vez compromissados a bem prestar a jurisdição, de maneira imparcial e independente, ao lado de um juiz togado (magistrado concursado), apreciarão acusações criminais, por tempo determinado (três meses, como ocorre no Conselho Permanente) ou para processo específico (Conselho Especial, que julga acusados oficiais, exceto oficiais-generais – estes possuem foro por prerrogativa no STM). O escabinato, ou seja, órgão colegiado composto por juiz togado e leigos, traz ao processo penal militar uma identidade bem peculiar, pois é capaz de unir técnica jurídica e conhecimento das armas, “simbiose muito bem traduzida pela feliz expressão ‘sabre e togas’, cunhada pelo diplomata e jurista mineiro Hélio Lobo, título de sua obra de 1906” (Neves, 2023, p. 577). Essa simbiose jurídico-militar, provocadora de uma verdadeira catálise epistemológico-valorativa do fato, não é percebida apenas na primeira instância. No âmbito da Justiça Militar da União e dos três Estados que optaram por criar tribunais militares (RS, SP e MG), também na segunda instância, verifica-se a mistura de magistrados oriundos de carreiras jurídicas – magistratura,

Ministério Público e advocacia – ao lado de juízes outrora formadores das fileiras militares.

Com entusiasmo, o então Presidente do STM, Ministro Militar Carlos de Almeida Baptista, bem lembrado por Jorge César de Assis, presta seu testemunho pessoal quanto à relevância do conhecimento operacional militar quando do julgamento dos casos concretos submetidos ao seu crivo, agora como magistrado de Corte superior:

O meu testemunho é no sentido de que, por sua composição especial, realmente se junta o conhecimento jurídico com o sentimento e o conhecimento prático. É comum, por ocasião da leitura de um relatório, por parte do Ministro Relator, adentrarmos nos processos e vagarmos pelo local da ocorrência como se a tudo estivéssemos presenciando.

Quantas vezes voltei a ser oficial-de-dia, ou de operações, participante, “em espírito”, daquele evento meio intrincado para meus pares civis, que pouco ou nenhum contato tiveram com nosso meio? Quantas vezes pude influir para que entendessem aquilo que então se passara e que as folhas do processo não retrataram devidamente?

Os togados precisam de seus pares militares, da mesma forma como seria impossível funcionarmos sem eles. A verdadeira justiça é oferecida pelo amálgama que se faz dos seus conhecimentos e das nossas experiências.

É como registrou o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Dr. João Barbalho, em seu livro *Comentários à Constituição Brasileira*, ao

se referir à Justiça Militar, afirmando que ‘a infração do dever militar por ninguém pode ser melhor apreciada do que por militares; eles, mais que os estranhos ao serviço das Forças Armadas, sabem compreender a gravidade da situação e as circunstâncias que podem modificá-la’. (A Justiça Militar da União, pelo seu novo Presidente. Revista Direito Militar, AMAJME, 13, p. 4, set./out. 1998) (Baptista, 1998, *apud* Assis, 2021b, p. 185)

De fato, parece inquestionável o enriquecimento epistemológico que a presença do agente civil (juiz togado, formado em direito) somada aos agentes militares (indivíduo conhecedor das particularidades da caserna), no corpo do Estado-juiz, provoca na decisão judicial. Ramos e Santana aduzem que o conhecimento prático policial, pertencente aos juízes militares, permite acrescer ao conhecimento jurídico puro experiências e compreensões probabilísticas de certas ações serem ou não aceitas na rotina militar (Ramos; Santana, 2024). Fora isso, imperioso reconhecer que as atribuições judicantes dos Juízes Militares componentes do Conselho Permanente de Justiça, bem como dos Ministros Militares, estão amparadas pela Constituição Federal, em seus artigos 92, 122 e 124 (Brasil, 2011).

Com o escólio de Cretella Júnior, Moreira Alves, Carlos Velloso e Maria Elizabeth Rocha, Ronaldo Roth assevera a importância da Justiça Militar da União e dos Estados (RS, SP e MG) para a própria sobrevivência da Democracia e do Direito (Roth, 2018). Entenda-se. Ao passo em que incumbe às Forças Armadas a garantia dos Poderes Constituídos, cujo fim último é realizar os objetivos da República Federativa do Brasil, a Constituição conferiu ao ramo especializado do Judiciário o dever de, em última instância (*ultima ratio*), assegurar a preservação da hierarquia e disciplina, punindo os violadores das normas penais, tanto que o ex-Ministro do STF Carlos Velloso, ao defender a existência e preservação da Justiça castrense, assegurou que as forças militares, sem hierarquia e disciplina, transformam-se em bandos armados:

Não há falar, também, em extinção da Justiça Militar. Ela tem a sua razão de ser. As corporações militares assentam-se na hierarquia e na disciplina. Se claudicar a disciplina, aquelas corporações podem se transformar em bandos armados. A Justiça Militar deve julgar, com rapidez e com observância de peculiaridades inerentes à disciplina e à hierarquia militares. (Velloso, 1999)

Logo, admitindo-se que as particularidades da vida militar existem e são necessárias ao preparo e pronto emprego das tropas, sempre que em risco a Pátria, os poderes constitucionais ou a lei e ordem, imprescindível concluir pela essencialidade da especialização da Justiça, inclusive com suas peculiaridades, como a presença dos juízes militares.

Nada obstante, cabe indagar: os juízes militares dos conselhos de justiça, ou mesmo os ministros militares do STM, diante de um problema jurídico sobre causalidade normativa ou responsabilidade penal, possuirão conhecimento suficiente para prestar a jurisdição penal? A resposta não parece ser simples. Embora todos os argumentos lançados até aqui sejam a favor da mistura entre leigos e técnico-jurídico, há quem se oponha à submissão de um caso judicial (que definirá a Justiça, ou, no mínimo, o direito de um cidadão) a indivíduos sem formação apropriada. Nesse sentido, Henrique Azevedo diz ser “possível vislumbrar a inconstitucionalidade do Conselho Militar [*sic*] pela ausência de conhecimento jurídico dos militares julgadores” (Azevedo, 2009). Pode-se ampliar essa questão até mesmo ao âmbito da Corte superior castrense, pois os oficiais-generais alçados ao posto de ministro do STM dificilmente terão formação jurídica.

Tentando mitigar o problema, a lei conferiu aos juízes militares do Conselho de Justiça a prerrogativa de conhecer o voto técnico, voto de direito, do juiz togado, antes de proferirem seu voto. Assim, podem dele discordar ou com ele aquiescer, facilitando, de certo modo, a compreensão cognitiva fático-jurídica (Assis, 2021, p. 196). Porém, essa ordem de votação também pode ser indutiva, levando os julgadores seguintes a seguirem, acriticamente, a posição assentada pelo juiz técnico, o que também não é desejável.

Em pesquisa autoetnográfica, Paulo Ramos, promotor de justiça militar estadual, e Felipe Santana, oficial da PMMA, detectaram que, na Justiça Militar do Estado do Maranhão, “a ausência de recursos humanos adequados e sua utilização inadequada resultam em julgamentos rápidos e superficiais, muitas vezes influenciados por fatores extrajurídicos”. Assim, apontam “um considerável desinteresse pelas atribuições de julgar” por parte dos juízes militares. Nesse sentido, destacam, por exemplo, a “não elaboração dos votos”, “uso de votos de outros colegas integrantes dos Conselhos de Justiça”, “confirmação do voto anteriormente dado, sem a descrição das motivações que o levaram a chegar àquele entendimento” (Ramos; Santana, 2024). Os autores observam que, “em geral, a

persistência nestas modalidades de comportamento judicial caminha unida ao desconhecimento acerca dos trâmites da justiça militar e das atribuições incumbidas ao juiz militar”. Também constatam que, nos principais cursos de formação de oficiais da Polícia Militar do Maranhão, há “baixa ênfase na carga horária do tema Direito Penal Militar, e nenhum foco no funcionamento da Justiça Militar Estadual” (Ramos; Santana, 2024). Além disso, apontam estudo de Andolfato e Almeida para demonstrar que essa realidade não é exclusividade daquele estado (Ramos; Santana, 2024)²⁶.

Diante desse cenário, Jorge César de Assis chama a atenção para o programa adotado pelo Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais. Explica que a Corte mineira, desde 2010, tem um curso preparatório destinado aos oficiais militares sorteados para compor os Conselhos de Justiça naquele estado (Assis, 2021, p. 258). No curso, os oficiais são orientados sobre as suas prerrogativas como julgador. Nesse sentido, são orientados de que o juiz militar, nos Conselhos de Justiça, deve obediência apenas à lei e à prova dos autos, não havendo, ali,

²⁶ E ainda: ANDOLFATO, Israel Richter; ALMEIDA, Guilherme Zasevski. Análise da atuação dos juízes militares na justiça militar estadual: a importância da capacitação dos oficiais da polícia militar do Paraná. **Revista RECIMA21**, São Paulo, v. 4, n. 6, 2023.

hierarquia; todos são igualmente juízes. Veja-se que o próprio sistema de votação, visando impedir qualquer tipo de constrangimento, confere, logo após o voto técnico do juiz togado, o primeiro voto militar ao componente mais moderno, de modo a evitar qualquer tipo de constrangimento ou sentimento de sujeição ou subordinação ao voto de militar mais antigo (art. 435 do CPPM). Além disso, o curso também ensina os deveres do juiz militar. “Deve o juiz militar ser o garantidor dos direitos processuais e constitucionais do réu que lhe é submetido a processo e julgamento”. Não pode ele se contentar com a cognição sumária e descompromissada, deve perguntar, tirar dúvidas, analisar e decidir (Brasil, 2023). Constatando a potencialidade desse sistema enriquecer os julgamentos colegiados no âmbito castrense, Jorge César de Assis sugere a ampliação desse curso a todas as Justiças Militares (Assis, 2021, p. 258).

Realmente, a existência de cursos preparatórios, antecedentes à prestação jurisdicional, efetivamente podem melhorar o entendimento dos fatos e da questão jurídica por parte dos juízes militares e, assim, promover um aprimoramento qualitativo do julgado. Todavia, não nos parece suficiente. A complexidade da vida em sociedade, refletida na progressiva

organização do crime e na cada vez mais intrincada teia normativa, traz cotidianamente embaraços para o operador do Direito, quem dirá àquele que tem acesso a um caso jurídico eventualmente. Dessa forma, entende-se que a valorização do Direito nas carreiras militares é medida que se impõe. Não de forma esporádica ou eventual, mas sim sustentável e permanente, investindo no conhecimento técnico-jurídico, seja através de cursos permanentes disponíveis a toda a tropa ou de cursos voltados a um público específico. Nesse último caso, necessária seria também, em paralelo, uma adequação legislativa, de forma que: (a) as escolhas dos encarregados pelas autoridades de polícia judiciária ficassem restritas ou, no mínimo, prioritariamente recaíssem sobre os militares que tenham frequentado os cursos de formação jurídica; e (b) os habilitados a concorrer aos sorteios para os Conselhos de Justiça e a escolha para Ministro do STM fossem restritas aos possuidores da formação aqui sugerida, sem prejuízo de a formação acadêmica em Direito suprir tal exigência.

Todavia, necessário reconhecer os limites ontológicos do presente trabalho e ressaltar que aqui se espraiam apenas anotações críticas ao atual modelo, apontando possíveis soluções. O modo como isso deve ocorrer, se ocorrer, é questão

que refoge ao *extraneus*, devendo, se for o caso, ser estudado e aplicado pelos especialistas das Forças. O que não se pode admitir é que o conhecimento jurídico fique relegado a segundo plano, especialmente porque as Guerras atuais não possuem mais as características clássicas, envolvendo, em larga medida, conhecimento jurídico: *Lawfare*, ou guerra jurídica²⁷.

²⁷ “Em artigo publicado por Dourado, Leite e Nobre (2020), considerando o fato de não haver Estado capaz de afrontar o domínio dos Estados Unidos, os autores discorrem acerca das chamadas guerras assimétricas e irregulares, que se caracterizam pela desigualdade das relações de poder existentes entre os Estados contendores ou no âmbito de um Estado nacional, e cujo foco principal é obter apoio da opinião pública, interna e estrangeira. Por tal razão, consideraram necessário alargar a tipologia dos conflitos em curso na atualidade, os quais compreendem os conceitos de guerra de quarta geração, guerra irregular, guerra assimétrica e guerra composta. Segundo os autores, estas espécies de guerra interferem no conceito da chamada guerra híbrida, a qual consiste num conjunto de estratégias regulares e irregulares aplicadas simultaneamente para atingir um objetivo político comum [...] como arma de guerra. Romano (2020) conceitua lawfare ou guerra jurídica como sendo o uso indevido de ferramentas jurídicas para a perseguição política; a aplicação da lei como arma para destruir o adversário político pela via judicial, de forma a sobrepor o Poder Judiciário ao Legislativo e ao Executivo. Segundo Casara (2019), lawfare designa a instrumentalização da justiça com o fim político e ideológico. Tal fenômeno se utiliza do sistema de justiça como espaço de guerra contra pessoas tidas como ‘inimigas’, e cujas armas consistem em interpretações deturpadas de leis, institutos, procedimentos e categorias jurídicas. Pode se considerar, portanto, que lawfare é espécie do gênero guerra híbrida, no sentido de constituir se num de seus elementos ou métodos de abordagem com objetivos geopolíticos, econômicos e de perseguição política, uma vez que o arcabouço legal se presta a substituir a força bélica tradicional, com menor dispêndio de recursos financeiros”. TONETTO, Marileia; RAMINA, Larissa. Guerras do Século XXI: Considerações sobre Guerras Híbridas e Lawfare. **Revista Brasileira de**

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do estudo, explorou-se a complexa relação entre a busca pela verdade no processo penal e os mecanismos que garantem e limitam seu acesso, valoração e controle. Observou-se que, embora a verdade seja um conceito desafiador e envolto em nuances filosóficas e epistemológicas, permanece imprescindível no âmbito jurídico, especialmente quando se trata da aplicação de sanções penais. A análise dos sistemas de valoração da prova e da fundamentação das decisões judiciais permitiu concluir que a verdade, entendida como correspondência, é o norte que deve orientar tanto a produção quanto a apreciação das provas dentro do devido processo legal.

Observa-se que, no contexto do processo penal, a verdade deve ser una e absoluta – ou o enunciado acusatório corresponde com a prova produzida, ou não. Porém, salienta-se que o conhecimento sobre a verdade não segue a mesma lógica, haja vista os limites da cognição. Portanto, destaca-se que é essa consciência da falibilidade humana que impede de o Estado-juiz ter como objetivo único a busca da verdade, impondo-lhe a

Pesquisa Jurídica, Avaré, v. 2, n. 3. p. 37-55, set./dez. 2021.

construção dialética da verdade, sujeita a constantes confrontações e refutações. Nesse esteio, a fundamentação das decisões judiciais e a valoração das provas tornam-se ferramentas essenciais para reduzir as incertezas e elevar a confiabilidade das conclusões judiciais, assegurando que estas sejam construídas sobre uma base sólida e logicamente estruturada.

A cadeia de custódia, analisada como um elemento central deste trabalho, mostrou-se uma garantia de autenticidade e confiabilidade das provas e, portanto, de ratificação do objetivo do processo penal: reconstrução dos fatos. Feito esse introito, passou-se a examinar a possibilidade de aplicação da cadeia de custódia, prevista no art. 158-A do Código de Processo Penal (acrescentado pela Lei n. 13.964/2019), ao processo penal militar.

Primeiro, é exposta a possibilidade irrefutável de aplicação analógica, uma vez que, incrementando os arts. 12 e 339 do CPPM, o instituto veio apenas dar suportes mais concretos no plano normativo. É lembrado, porém, que, antes mesmo de 2019, a cadeia de custódia já era regulamentada por ato normativo do Ministério da Justiça. Nesse passo, segue-se ao exame da estruturação do ordenamento jurídico, destacando a

sobreposição da Constituição, concluindo que antes de se precisar recorrer à analogia (art. 3º, “a”, do CPPM, fonte secundária das normas), os princípios constitucionais (fontes primárias, conforme o movimento constitucional contemporâneo), notadamente aqueles assentados nos arts. 5º, LIV, e 93, IX, impõem o dever epistemológico-normativo de observância, no âmbito militar, da preservação da historicidade da prova.

Nada obstante, reconhecem-se os percalços que essa aplicação pode encontrar, especialmente face à carência de formação jurídica na polícia judiciária militar e em integrantes do Judiciário castrense, Conselhos de Justiça e Superior Tribunal Militar. De imediato, portanto, percebe-se uma questão prática, atinente à polícia judiciária militar. Ela não possui formação técnica adequada para a coleta e conservação dos vestígios. Além disso, não tem formação jurídica para compreender quando é necessário convocar um perito para a coleta de dados e informações no local do crime.

Posteriormente, passou-se ao plano finalístico. Ainda que se suponha a adequada preservação da cadeia de custódia, o julgamento pelo Conselho de Justiça, formado por oficiais militares sem formação jurídica, pode não satisfazer os

requisitos necessários à motivação das decisões (art. 93, IX, da CRFB), enfraquecendo sobremodo o controle epistemológico. Assim, o problema não estaria mais na verdade vinda aos autos, mas na externalização do convencimento formado a partir dela.

Todavia, reforça-se que isso não pode ser empecilho para se aplicar e, com o passar do tempo, sedimentar a cadeia de custódia como primado garantidor de direitos individuais na Justiça Militar. Como sugestão ao enfrentamento das dificuldades, sugere-se uma política de incentivo a cursos no âmbito das Forças Armadas sobre Direito Penal Militar e Direito Processual Penal Militar de maneira perene, especialmente sobre a polícia judiciária e esse novo instituto. Isso sem prejuízo da universalização de cursos preparatórios, a exemplo do que se vê no TJMMG, para todos os juízes militares sorteados a comporem os Conselhos de Justiça, permanente e especial.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Maria Eduarda Azambuja; RODRIGUES, Caio Henrique Pinke; BRUNI, Aline Thaís. A cadeia de custódia da prova pericial e a importância de uma abordagem interdisciplinar. *Derecho y Cambio Social*, Logroño, n. 65, jul.-set., 2021.

ANDOFALTO, Israel Richter; ALMEIDA, Guilherme Zasevski. Análise da atuação dos juízes militares na justiça militar estadual: a importância da capacitação dos oficiais da polícia militar do Paraná. *Revista RECIMA21*, São Paulo, v. 4, n. 6, 2023.

ASSIS, Jorge César de. Análise das recentes alterações do Código de Processo Penal comum e a possibilidade de aplicação na Justiça Militar. *Revista Justiça Militar e Memória*, v. 03, p. 17-25, 2009.

Disponível em:

<https://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/cpp-cppm.pdf>.

Acesso em: 1 out. 2024.

ASSIS, Jorge César de. *Direito Militar: aspectos penais, processuais penais e administrativos*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2021.

ASSIS, Jorge César de. A teoria do silêncio eloquente: o novo canto da sereia ecoando na Justiça Militar. *Observatório da Justiça Militar*, 2 maio 2021. Disponível em:

<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/a-teoria-do-sil%C3%A2ncio-eloquente-o-novo-canto-da-sereia-ecoando-na-justi%C3%A7a-militar>. Acesso em: 3 jul. 2024.

AZEVEDO, Henrique Guimarães. A inconstitucionalidade dos julgamentos na Justiça Militar. *Revista Direito Militar*, Florianópolis, Associação das Justiças Militares Estaduais, n. 80, nov./dez. 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. Comp. Nello Morra. Trad. Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022.

BRASIL. Presidência da República. *Lei de 29 de novembro de 1832*. Promulga o Código do Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm. Acesso em: 12 nov. 2024.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 4 jun. 2024.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto-lei n.º 1.002, de 21 de outubro de 1969*. Código de Processo Penal Militar. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm. Acesso em: 08 out. 2024.

BRASIL. Secretaria Nacional de Segurança Pública. *Portaria n.º 82 de 16/07/2014/SNSP*. Estabelece as Diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios. Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/legislacao/federal/227818-cadeia->

de-custodia-de-vestugios-estabelece-as-diretrizes-sobre-os-procedimentos-a-serem-observados-no-tocante-u-cadeia-de-custodia-de-vestugios.html. Acesso em: 08 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n. 653.515/RJ*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23/11/2021, DJe de 1/2/2022.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Apelação nº 0000206-85.2011.7.05.0005*. Relator: Min. Artur Vidigal de Oliveira, julgado em 12/09/13.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Apelação Criminal 7000595-81.2023.7.00.0000*. Relator: Marco Antônio de Farias, julgado em 09/05/2024, DJe de 20/05/2024.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Apelação Criminal 70000689520247000000*. Relator: Artur Vidigal de Oliveira, julgado em 20/06/2024, DJe de 03/07/2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Justiça Restaurativa: um meio de vida para recuperarmos a nossa humanidade*. TJDF, 2019. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/entrevistas/2019/justica-restaurativa-uma-forma-de-recuperarmos-nossa-humanidade#:~:text=Quais%20os%20maiores%20benef%C3%ADcios%20desta,que%20o%20processo%20foi%20justo>. Acesso em: 6 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais. *Curso prepara 47 oficiais militares para compor os Conselhos Permanentes de Justiça*. TJMMG, 20 jan. 2023. Disponível em: <https://tjmmg.jus.br/curso-prepara-47-oficiais-militares-para-compor-os-conselhos-permanentes-de-justica/>. Acesso em: 12 ago. 2024.

CARVALHO, Alexandre Reis de; COSTA, Amauri da Fonseca. *Direito Processual Penal Militar*. Coleção Método Essencial. Coord. Renne do Ó Souza. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.

FERREIRA, Gabriel Bonesi. Fenomenologia: definição e concepções. In: FERREIRA, Gabriel B.; SANTOS, Valter Borges dos; DIONIZIO, Mayara J. et al. *Epistemologia do fenômeno religioso*. Porto Alegre: Grupo A, 2021. E-book.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2013.

FOUREAUX, Rodrigo. O acordo de não persecução penal na Justiça Militar. *Observatório da Justiça Militar Estadual*, 29 jan. 2020. Disponível em <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2020/01/29/O-acordo-de-n%C3%A3o-persecu%C3%A7%C3%A3o-penal-na-Justi%C3%A7a-Militar>. Acesso em 3 jul. 2024.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Ed., 2005.

GORRILHAS, Luciano Moreira; MIGUEL, Claudio Amin; BARBOSA, Marcio Renato Alves. A institucionalização da polícia judiciária militar: uma necessidade premente. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília, ano 41, n. 26, 2016.

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

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Juspodvim, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de direito penal militar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de direito processual penal militar*. 7. ed. São Paulo: Juspodvim, 2023.

RABELO NETO, Luiz Octaviano. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais como fundamento para vinculação dos particulares*. Egov, UFSC, 7 nov. 2011. Disponível em: [203](https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/dimens%C3%A3o-objetiva-dos-direitos-fundamentais-como-fundamento-para-vincula%C3%A7%C3%A3o-dos-particulare#:~:text=A%20efic%C3%A1cia%20irradiante%20dos%20direitos,o%20legislador%2C%20administrador%20e%20juiz. Acesso em: 6 jul. 2024.</p></div><div data-bbox=)

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. SANTANA, Felipe Sousa. Autoetnografia na Justiça Militar do Maranhão: a formação do juiz militar e seus reflexos. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 2, n. 78, p. 495-519, set. 2024.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROTH, Ronaldo João. A atuação do conselho de justiça na justiça militar e as formalidades constitucionais e legais: formação, momento de atuação, validade de votação. *A Força Policial*, São Paulo, n. 1, 2018.

ROTH, Ronaldo João. A atuação do Conselho de Justiça na Justiça Militar e as formalidades constitucionais e legais. *Observatório da Justiça Militar*, 16 nov. 2018. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/11/16/a-atua%C3%A7%C3%A3o-do-conselho-de-justi%C3%A7a-na-justi%C3%A7a-militar-e-as-formalidades-constitucionais-e-#:~:text=A%20compet%C3%Aancia%20dos%20Conselhos%20de,a p%C3%B3s%20o%20recebimento%20da%20den%C3%BAncia.> Acesso em: 4 jul. 2024.

ROTH, Ronaldo João. Justiça Castrense: as atribuições do Oficial como juiz militar e sua atuação jurisdicional. *Revista Sentido!*, Congresso Nacional, Assembleia Legislativa de São Paulo, Entidades Representativas PM. Disponível em: <https://www.revistasentido.com.br/sentido/justica-castrense-as-atribuicoes-do-oficial-como-juiz-militar-e-sua-atuacao-jurisdicional/>. Acesso em: 4 jul. 2024.

SAAD NETTO, Cláudio (coord.). *O direito à prova pericial no processo penal*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2023.

SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. Polícia Judiciária Militar: prospecção e projeção. Uma proposta: é preciso profissionalizar a polícia judiciária militar das Forças Armadas. *Revista do MPM*, Brasília, ed. 39, 2023, Tomo II, p. 237-258.

SEIXAS, Bernardo Silva de; SOUZA, Roberta Kelly Silva. A Importância do Princípio Constitucional do Devido Processo Legal para o Efetivo Acesso à Justiça no Brasil. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, 2014.

TARUFFO, Michele. Prefácio. In: FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Prova e Verdade no Direito*. 2. ed. Trad. Vitr de Paula Ramos. São Paulo: Juspodvim, 2024.

TAVARES, Juares; CASARA, Rubens. *Prova e verdade*. 1. ed. São Paulo: Tirante lo Blanch, 2020.

TONIETTO, Marileia; RAMINA, Larissa. Guerras do Século XXI: Considerações sobre Guerras Híbridas e Lawfare. *Revista Brasileira de Pesquisa Jurídica*, Avaré, v. 2, n. 3. p. 37-55, set./dez. 2021.

VELLOSO, Carlos. Guinada no STF: ministro Carlos Velloso toma posse. Leia a íntegra do discurso do novo presidente do STF, ministro Carlos Velloso. Consultor Jurídico, *Redação ConJur*, 27 maio 1999. Disponível em:

Vinícius Yscandar de Carvalho

https://www.conjur.com.br/1999-mai-27/ministro_carlos_velloso_presidente_corte/. Acesso em 12 ago. 2024.