

© ***Direito e Linguagem*** nº 4, vol. 2. Extraordinário (2025), pp. 09-48
·ISSN – 3020-898X ·DOI - 10.5281/zenodo.15272035

Cadeia de custódia: requisitos e consequências do seu descumprimento

Chain of custody: requirements and consequences of non-compliance

Gustavo Eloí Razera¹

Ministério Público do Estado do Paraná

Rodrigo Leite Ferreira Cabral²

Universidade Estadual de Ponta Grossa

Sumário: 1. A cadeia de custódia e seus requisitos. 2. A atividade probatória – regras de admissibilidade e exclusão. 2.1. Filtros epistêmicos. 2.1.1. Relevância. 2.1.2. Fiabilidade. 2.2 filtros políticos. 2.2.1. Prova ilícita. 2.2.2. Prova protelatória. 3. A questão da quebra da cadeia de custódia e suas consequências. 3.1. Exclusão por razões políticas: prova ilícita. 3.2. Exclusão

¹ Mestre em Processo Penal e Garantismo pela Universidade de Girona (Espanha) e pela Universidade de Gênova (Itália). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná (Brasil).

²Doutor em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad Pablo de Olavide. Mestre em Criminologia e Ciências Forenses pela mesma universidade. Foi pesquisador visitante no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Professor do Programa de Mestrado da Universidade Estadual de Ponta Grossa, professor substituto da Universidade Federal do Paraná e professor do Programa de Doutorado em Ciências Criminais da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade de San Carlos da Guatemala. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná (Brasil).

por razões epistêmicas: irrelevância / baixa fiabilidade. 3.3. A prova da cadeia de custódia - uma proposta inclusiva. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

Resumo: Este artigo investiga a relação entre a cadeia de custódia das provas e sua admissibilidade, concentrando-se no contexto brasileiro, abordando tanto as propostas de controle político quanto epistêmico. Adotada uma classificação para as diferentes fases do processo segundo a atividade probatória, é examinada a fase de admissibilidade, com ênfase nas regras de exclusão probatória. Propostas que antecedem este artigo, como a exclusão da fonte de prova por ilicitude e por irrelevância são examinadas, concluindo-se que a primeira carece de fundamento em qualquer cenário, e a segunda padece de equívoco conceitual, por acreditar definir um controle de relevância quando na realidade está tratando da fiabilidade probatória. Situado o debate no campo da fiabilidade, é apresentada como solução pro-epistêmica a inclusão da prova, ainda que presentes problemas de autenticação, e, finalmente, para a eventualidade de uma futura proposta legislativa de exclusão da fonte de prova de baixa fiabilidade, são feitas sugestões como a adoção de um *standard* de fiabilidade, além da criação de um momento processual adequado ao debate em contraditório e valoração da fiabilidade não apenas individual, mas em conjunto com os demais elementos de prova.

Palavras-chave: cadeia de custódia; admissibilidade probatória; prova ilícita; fiabilidade.

Abstract: This article investigates the relationship between the chain of custody of evidence and its admissibility, focusing on the Brazilian context, addressing both political and epistemic control proposals. Having adopted a classification for the different phases of the process of evidentiary activity, the admissibility phase is examined, with emphasis on the rules of exclusion. Proposals that precede this article, such as the exclusion of the source of evidence due to illegality and irrelevance, are examined, concluding that the first lacks foundation in any scenario, and the second suffers from a conceptual error, for believing that it

defines a control of relevance when in reality it is dealing with evidentiary reliability. The debate is situated in the field of reliability, and the inclusion of evidence is presented as a pro-epistemic solution, even if authentication problems are present. Finally, in the event of a future legislative proposal to exclude the source of evidence with low reliability, suggestions are made such as the adoption of a reliability standard, in addition to the creation of a procedural moment suitable for the debate in contradiction and the assessment of reliability not only individually, but in conjunction with other elements of evidence.

Keywords: chain of custody; admissibility; exclusionary rules; reliability

1. A CADEIA DE CUSTÓDIA E SEUS REQUISITOS

A Lei 13.960/19 introduziu no Código de Processo Penal os artigos 158-A a 158-F, que disciplinam o tema da cadeia de custódia na persecução penal brasileira. A cadeia de custódia – tradução da expressão inglesa *chain of custody* – em origem no sistema dos Estados Unidos e é utilizada não apenas no processo penal, mas também, no âmbito empresarial, para assegurar a origem de produtos comercializados³.

O art. 158-A, *caput*, CPP, conceitua cadeia de custódia como “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”.

Desde logo, não se deve confundir os conceitos de “cadeia de custódia”, com o de “prova da cadeia de custódia”. A “cadeia de custódia” refere-se à sequência real de eventos (a coleta de evidências e seu acautelamento até a subsequente análise e apresentação em juízo), em contraste, a “prova da cadeia de custódia” alude ao registro desses eventos consecutivos (como a

³ NIEVA FENOLL, Jordi. Derecho procesal III Proceso Penal 2ª ed. Tirant lo Blanch: Valencia, 2023, p. 252.

formalização da coleta de evidência, os registros do seu transporte, a confirmação de seu recebimento pelo laboratório, etc.)⁴.

O nosso Código de Processo Penal estabelece o objeto material da cadeia de custódia, o período de intervenção da cadeia de custódia (da preservação até o descarte), a sua procedimentalização e comprovação burocrática (prova da cadeia de custódia).

O objeto da cadeia de custódia é o vestígio, que é conceituado pelo § 3º do art. 158-A do Código de Processo Penal, como *“todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal”*.

Assim, a procedimentalização da cadeia de custódia deve ser aplicada a todos objetos relacionados à infração delitiva. Objeto visível é toda coisa individual, que ocupa lugar no tempo e no espaço (continuidade espaço-temporal), que pode ter cor, forma, tamanho, peso (como artefatos, instrumentos, objetos, produto do crime)⁵. Objeto latente é todo elemento material relacionado ao fato delituoso que, apesar de ser encontrado no local ou em coisa móvel, não se revela de imediato aos sentidos e só pode ser detectado ou caracterizado mediante emprego de métodos, técnicas ou equipamentos periciais especializados.

Ademais, o material bruto pode ser compreendido como parte (porções menores de um todo do qual faziam parte) de seres animados (v.g. sangue, esperma, pelos, cabelos, ossos, dentes, unhas, partes do corpo etc.) ou objetos inanimados (vidro, tecido, frações de objetos físicos, etc.).

Não se deve confundir o conceito de vestígio com o de resultado do delito. Os crimes de resultado (aqueles em que há uma distinção espaço-temporal entre a ação e o resultado⁶) geralmente deixam vestígios. No entanto, há delitos de mera conduta que também podem deixar vestígios, como é o caso, por exemplo, do crime de estupro, cujo recolhimento de rastros materiais é

⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (orgs.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 524.

⁵ Sobre o debate filosófico, aqui utilizado, a respeito do conceito de coisa e substância, cf.: HACKER, P.M.S. *Human Nature: The Categorical Framework*, Wiley-Blackwell, Sussex, 2010, pp. 29-51.

⁶ ROXIN, Claus; GRECO, Luis. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Ed, vol. 1. Berlim: De Gruyter, 2020, p. 330.

extremamente importante (v.g. esperma ou outros traços que permitam identificar o DNA do autor).

Um ponto fundamental que justifica a necessidade da cadeia de custódia reside na natureza inerentemente vulnerável dos vestígios criminais. Esses elementos, muitas vezes manipuláveis, frágeis ou microscópicos, são altamente suscetíveis à modificação – seja por contaminação, degradação natural ou alteração –, bem como ao risco de perda, troca ou substituição se não houver controle rigoroso sobre seu manuseio e armazenamento. Frequentemente, carecem de características distintivas que sejam imediatamente aparentes ou facilmente identificáveis por observação direta, demandando análise especializada para revelar seu pleno significado probatório⁷.

A cadeia de custódia também envolve o controle documental e logístico de um objeto único, cujo valor probatório decorre desse rigor, não de uma suposta indistinguibilidade intrínseca.

Diante dessas características dos vestígios, é possível afirmar que o papel central da cadeia de custódia é o de conservá-los, assegurando a fiabilidade da fonte de prova: (i) garantindo que o vestígio examinado pelos peritos seja precisamente o mesmo que foi recolhido na cena do crime (evitando-se troca, subtração ou destruição) e (ii) preservando a incolumidade do vestígio (mesmidade), evitando-se que ele seja contaminado com a alteração ou inclusão de novos vestígios antes inexistentes, por terceiros após o cometimento do crime, seja por pessoas privadas, que intervieram no local, seja por agentes

⁷Há autores que defendem que é a fungibilidade a característica marcante que exige a cadeia de custódia (cf.: SÁNCHEZ RUBIO, Ana. *La Prueba Científica en la Justicia Penal*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2019, p. 160). Sem embargo, o termo “fungível” (inerentemente intercambiável) não descreve adequadamente a natureza da maioria das provas forenses. O objetivo da perícia é, muitas vezes, demonstrar a unicidade ou a ligação específica do vestígio (tornando-o infungível no contexto do crime). A cadeia de custódia protege a identidade e integridade desse item específico, justamente para que sua conexão única com o fato possa ser estabelecida confiavelmente. O risco não é que todos os fios de cabelo sejam iguais, mas que aquele fio de cabelo específico encontrado na cena seja perdido, alterado ou trocado. Em vez de “fungibilidade”, o ponto central é a fragilidade do material probatório e a necessidade de rastrear cada etapa (coleta, transporte, armazenamento, exame), preservando suas características originais e seu vínculo espaço-temporal.

públicos, que atuaram no caso entre a coleta e a destruição do vestígio (cuidados que devem ser observados inclusive na sua conservação)⁸.

Desse modo, verifica-se que a prova da cadeia de custódia e a norma que estabelece esse procedimento têm finalidade pró-epistêmica, buscam otimizar os processos de investigação de modo a auxiliar na maior aproximação possível entre o fato histórico ocorrido no mundo e a sua reconstrução em juízo⁹.

Além disso, a cadeia de custódia também tem a finalidade secundária de identificar a prova e todas as etapas seguidas pelo vestígio, possibilitar o rastreamento desse *íter*, individualizar os agentes públicos que nele intervieram, assim como possibilitar a sua eventual responsabilidade no caso da quebra da cadeia.

Pretendendo assegurar mencionado potencial epistêmico, a Lei nº 13.964/2019 introduziu um conjunto de medidas que materializam o aprimoramento técnico-jurídico na gestão da cadeia de custódia da prova penal. De maneira resumida, o artigo 158-B do Código de Processo Penal (CPP) especifica as várias fases de rastreio de evidências, incluindo identificação, isolamento, registro, coleta, embalagem, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e eliminação. Por outro lado, o artigo 158-C define o perito oficial como a figura central na coleta de evidências e indica o local adequado para seu envio (central de custódia). O artigo 158-D, por sua vez, regula a embalagem dos vestígios, exigindo que todos os recipientes sejam

⁸ A “Lei da mesmidade”, segundo Geraldo Prado, é: “o princípio pelo qual ‘o mesmo’ que se encontrou na cena (do crime) é o ‘mesmo’ que será utilizado na decisão judicial” (PRADO, Geraldo. A quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal. In: GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro; PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu José; DAMAS DA SILVEIRA, Edson. Prova Penal: Estado Democrático de Direito. Lisboa, Rei dos Livros, 2015, p. 30-31). Badaró explica que o termo “mesmidade” foi cunhado pela doutrina espanhola e consagrado com a adoção pelo Tribunal Supremo espanhol na sentença de 10 de fevereiro de 2010: “es a través de la cadena de custodia como se satisface la garantía de la mismidad de la prueba” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In SIDI, Ricardo; LOPES, Anderso Bezerra (orgs.) Temas atuais da investigação preliminar no processo penal. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 525).

⁹ Reconhecendo este caráter instrumental de acreditação da prova, Prado sustenta que a “cadeia de custódia da prova nada mais é que um dispositivo dirigido a assegurar a fiabilidade do elemento probatório”. In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 86.

selados com lacres numerados individualmente, para assegurar a sua inviolabilidade.

Todo esse processo de preservação da cadeia de custódia e sua complexidade variam conforme as características da evidência. Isso requer a documentação minuciosa de cada ação, incluindo data, hora, pessoas envolvidas, detalhes dos procedimentos adotados, estado da amostra, embalagem e lacre antes e depois do manuseio, bem como quaisquer intercorrências que afetem o estado original da evidência, embalagem ou lacre¹⁰.

O rigor nos registros é essencial para autenticar as evidências apresentadas em um processo, especialmente quando estas não foram obtidas na presença das partes e do julgador.

A propósito, é importante distinguir "autenticação" de "autenticidade", pois uma evidência pode ser autenticada (ou seja, é o que se alega ser) e ainda assim não ser genuína. A "autenticação" diz respeito ao processo de verificação de que uma evidência é exatamente aquilo que se alega ser, enquanto "autenticidade" refere-se à genuinidade e veracidade da própria evidência. Como bem salientam Dallagnol e Câmara, esses conceitos não se confundem, visto que uma prova pode passar pelo teste de autenticação, sendo reconhecida como o que se alega ser, mas ainda assim falhar no teste de autenticidade por ser, de fato, uma falsificação¹¹. Um exemplo elucidativo disso ocorre quando a acusação apresenta um documento falso, apreendido com o réu, que acaba sendo autenticado por ser exatamente o que a acusação afirma ser, mas que, na realidade, não passa no teste de autenticidade por ser uma falsificação¹².

Sem embargo da disciplina detalhada, o Código de Processo Penal não prevê as consequências processuais para o descumprimento da disciplina sobre

¹⁰ OLIVEIRA, Rafael Serra. Cadeia de custódia: admissibilidade e valoração da prova pericial de DNA. 2020. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-29032021-134630/en.php>>. Acesso em 01 dez. 2023.

¹¹ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A Cadeia de Custódia da Prova. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (org). A prova no enfrentamento à Macrocriminalidade. São Paulo: JusPodivm, 2019. p. 532.

¹² DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A Cadeia de Custódia da Prova. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (org). A prova no enfrentamento à Macrocriminalidade. São Paulo: JusPodivm, 2019. p. 532.

a cadeia de custódia, de modo que surgiram diversas posições acerca da (in)admissibilidade da fonte de prova: há quem defenda a exclusão por ilicitude¹³, outros que sustentam a exclusão por razões epistemológicas¹⁴, e ainda aqueles que argumentam que a fase de admissibilidade deve ser sempre superada, resolvendo-se a questão no momento da valoração¹⁵.

2. A ATIVIDADE PROBATÓRIA – REGRAS DE ADMISSIBILIDADE E EXCLUSÃO

Seguindo proposta de Ferrer Beltrán¹⁶, adota-se uma classificação dos momentos processuais sobre a prova em função do tipo de atividade realizada em cada um desses momentos.

De acordo com o autor, as etapas, ou momentos da atividade probatória, podem ser divididos em três: (i) o primeiro corresponde à formação do conjunto de elementos de julgamento ou provas que posteriormente serão considerados para decidir. Esse momento inclui desde a proposição da prova e sua admissão até a prática das provas em juízo; (ii) o segundo é o momento da valoração da prova, que inclui a valoração individual da fiabilidade de cada uma das provas admitidas no processo e a valoração conjunta das provas para determinar o grau de corroboração que conferem a cada hipótese fática; (iii) por fim, há o momento da decisão sobre os fatos, no qual o julgador deve decidir e fundamentar quais hipóteses podem ser consideradas provadas e quais hipóteses, por outro lado, não alcançam essa consideração, com base nas regras processuais que regulamentam a decisão — presunções, ônus e standards de prova — e nas conclusões sobre o grau de corroboração probatória alcançado.

¹³ PRADO, Geraldo. Prova penal e sistema de controles epistêmicos: A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A cadeia de custódia da prova digital. Direito probatório. Londrina: Thoth, 2023. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=4852301>>. Acesso em: 01 dez. 2023.

¹⁵ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A Cadeia de Custódia da Prova. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (org). A prova no enfrentamento à Macrocriminalidade. São Paulo: JusPodivm, 2019. p. 529-566.

¹⁶ FERRER-BELTRÁN, Jordi. Valoração Racional da Prova. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. pp. 61-67.

A fase de admissibilidade (ou exclusão) probatória tem fundamental importância para examinar as consequências da quebra da cadeia de custódia.

Em um processo racional, que objetiva o acerto da verdade, o momento da formação do conjunto de elementos de juízo deve ter por objetivo alcançar um acervo probatório o mais rico e fiável possível, pois vigora o princípio epistemológico de que quanto mais completa e confiável for a informação sobre os fatos de que dispomos, maior será a probabilidade de acerto na decisão¹⁷.

Não obstante, a verdade não é um valor absoluto no processo. Por mais que seja uma condição necessária para a justiça das decisões¹⁸, os sistemas legais podem estabelecer limitações à admissibilidade de provas e regras de exclusão, com o objetivo de resguardar outros valores, como os direitos fundamentais. Essas provas não admitidas ou excluídas não podem ser levadas em consideração no julgamento do caso penal¹⁹.

Nesse cenário, torna-se de grande importância o estudo dos filtros para a admissão de provas no processo e as regras de exclusão. Cada país, poderá configurar o filtro de admissibilidade das provas em seus respectivos sistemas, que podem se fundamentar em razões (i) epistêmicas, como a não admissão de provas irrelevantes ou consideradas de baixa fiabilidade, ou (ii) não epistêmicas

¹⁷ FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Manual de Razonamiento Probatorio*. 1. ed. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2023, p. 53.

¹⁸ Quando Taruffo fala em justo processo, adota uma interpretação segundo a qual não basta a correção do procedimento, mas sim da subsistência de três elementos: (i) que a decisão seja o resultado de um processo justo, sem violação de garantias fundamentais; (ii) que tenha sido corretamente interpretada e aplicada a norma utilizada como critério de decisão, em homenagem ao princípio da legalidade; (iii) que a decisão esteja fundada em uma apuração verdadeira dos fatos da causa, visto que nenhuma decisão é justa caso se funde em fatos equivocados. *In*: TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 142.

¹⁹ O juiz não pode levar em conta informações ou elementos de julgamento que possui "privadamente" ou aqueles que, tendo sido apresentados no processo, foram excluídos, por exemplo, por serem ilícitos. Essa é, conforme lição de Ferrer Beltrán "a chave para a especificidade da prova jurídica". Ainda segundo o autor, "pode-se dizer sem excessivo risco de erro que em todos os demais âmbitos do conhecimento o conjunto de elementos de julgamento que pode e deve ser analisado para a tomada de uma decisão racional é igual ao total das informações disponíveis e relevantes para o caso. No caso da prova jurídica, por outro lado, o conjunto de elementos a valorar é um subconjunto do conjunto formado pela totalidade dos elementos disponíveis: aqueles que foram incorporados aos autos judiciais". *In*: FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração Racional da Prova*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 62.

(políticas), a exemplo da exclusão probatória para a proteção de direitos fundamentais²⁰.

2.1. FILTROS EPISTÊMICOS

Os filtros epistêmicos são aqueles que determinado sistema jurídico pode adotar para impedir – na fase da admissibilidade da prova – a produção de prova que não tem potencial para contribuir cognitivamente para a tomada de decisão a respeito do caso penal.

2.1.1. RELEVÂNCIA

Em qualquer esfera da vida, se quisermos tomar decisões racionais sobre os fatos, o primeiro passo é reunir todas as informações relevantes disponíveis sobre eles. Trata-se de formar um conjunto de elementos de julgamento ou provas que forneçam o maior número de informações relevantes possível sobre os fatos do caso, para posteriormente tomar a decisão²¹.

No Brasil, o Código de Processo Penal, com a reforma de 2008, passou a prever uma regra geral sobre limites epistêmicos à admissibilidade no § 1º do artigo 400: “*As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias*”.

Dizer que determinada informação é relevante para provar certos enunciados fáticos significa considerar que ela nos dá razões epistêmicas para

²⁰ A propósito, esclarece BADARÓ: “Nos países de *common law*, é comum a distinção entre *exclusionary rules* fundadas em *extrinsic policies* ou em *intrinsic policies*. As *exclusionary rules of extrinsic policy* são regras que afastam elementos dotados de valor probatório, para salvaguardar outros valores não conexos com a busca da verdade; as *exclusionary rules of intrinsic policy* são entendidas como “as regras de exclusão de provas ditadas pelo interesse de uma correta apuração da verdade. De forma semelhante, na doutrina nacional, Antonio Magalhães Gomes Filho afirma que os limites à admissibilidade da prova podem ter fundamentos extraprocessuais (políticos) ou processuais (lógicos e epistemológicos)”. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia judiciária e prova penal [livro eletrônico]. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

²¹FERRER-BELTRÁN, Jordi. Valoração Racional da Prova. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 62. No mesmo sentido, considerando a regra de que toda prova relevante deve ser admitida consiste em um filtro epistemológico: GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los hechos en el derecho. 3º edición Madrid/Barcelona/Bs. Aires: Marcial Pons, 2010, p. 115.

aceitar determinado fato como verdadeiro ou falso. Conforme esclarece Taruffo, um elemento de prova pode ser considerado relevante se nos permite basear nele – isoladamente ou em conjunto com outros elementos – uma conclusão sobre a veracidade da hipótese fática a ser testada²². Em complemento, Dei Vecchi²³ explica que uma prova é relevante se, levada em consideração, altera o *status* de justificação epistêmica da proposição em questão.

Nos Estados Unidos, a *rule* 401 do *Federal Rules of Evidence*, estabelece que uma prova é relevante se: “(a) *tem alguma tendência a tornar um fato mais ou menos provável do que seria sem a evidência; e (b) o fato é importante na determinação da ação*”²⁴.

Acrescente-se que, embora a relevância normalmente seja considerada em relação ao objeto do processo, isto é, a questão de direito material debatida (*thema probandum*), é possível também uma relevância processual da prova. Isto é, quando a prova se destina a demonstrar a fiabilidade de outro meio de prova, reforçando ou debilitando a sua força inferencial (prova de segundo grau ou metaprova)²⁵.

Também cabe ressaltar que a relevância não exige que essa evidência atinja determinado *standard* de fiabilidade. O julgamento de relevância é de “tudo ou nada”, porque uma prova é relevante ou irrelevante. Não faz sentido perguntar até que ponto é relevante, porque quando dizemos “muito relevante” ou “pouco relevante” estamos na verdade a referir-nos ao valor probatório do elemento de juízo²⁶.

²²TARUFFO, Michele. A prova. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 38.

²³DEI VECCHI, Diego. Admisión y exclusión de pruebas: índice para una discusión. In: ROVATTI, Pablo; LIMARDO Alan (dirs.). Pensar la prueba, nº. 1, 2020, pp. 27-54.

²⁴*Rule 401. Test for Relevant Evidence Evidence is relevant if: (a) it has any tendency to make a fact more or less probable than it would be without the evidence; and (b) the fact is of consequence in determining the action.* Disponível em: <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_evidence_-_dec_1_2019_0.pdf>. Acesso em 01 dez. 2023.

²⁵SALGADO, Daniel de Resende. Fundamento à admissibilidade da metaprova no processo penal. Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio, Girona, v. 5, p. 95-123, junho de 2023. Também nesse sentido: FERRER-BELTRÁN, Jordi. Valoração Racional da Prova. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 130.

²⁶ROBERTS, Paul; ZUCKERMAN, Adrian. Criminal Evidence, Oxford University Press, 2ª edição. 2010, p. 101.

Pode-se considerar esse filtro, na verdade, um princípio geral de inclusão²⁷. Funcionaria, portanto, prescrevendo a admissão de todas as provas relevantes que não devam ser excluídas pela aplicação de algum dos filtros adicionais impostos pelas regras jurídicas²⁸.

2.1.2. FIABILIDADE

Existem sistemas processuais que, em alguns específicos casos, deslocam o tema da fiabilidade da prova para o momento da admissibilidade da prova. A prova pouco fiável sequer ingressa ou permanece no processo.

Um elemento é considerado fiável quando há razões para crer que seu conteúdo é verdadeiro ou, ao menos, plausível²⁹. Para Susan Haack a aceção fiável remete àquilo que confere resultados verdadeiros com maior frequência do que o contrário³⁰.

O Código de Processo Penal Brasileiro não trata, em momento algum, de um controle de fiabilidade como juízo de admissibilidade da prova. Em uma única passagem, no art. 203, prevê circunstâncias para a aferição da credibilidade de uma testemunha, segundo características do sujeito e seu potencial interesse no julgamento. Esse depoimento, porém, não leva à inadmissão da prova, devendo o depoimento da testemunha, ainda que potencialmente não credível/fiável, ser valorado pelo julgador, conforme preconiza o art. 214.

Também no sistema Norte-Americano, como regra, a análise da fiabilidade da prova deve ser relegada aos jurados, cabendo ao magistrado realizar um juízo de admissão em termos hipotéticos, isto é, deve perguntar-se:

²⁷LAUDAN, Larry. Verdad, error y proceso penal. Trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo: Marcial Pons, 2013.

²⁸Nesse sentido: “Rule 402. General Admissibility of Relevant Evidence Relevant evidence is admissible unless any of the following provides otherwise: • the United States Constitution; • federal statute; • these rules; or • other rules prescribed by the Supreme Court. Irrelevant evidence is not admissible”. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_evidence_-_dec_1_2019_0.pdf>. Acesso em 01 dez. 2023.

²⁹ LAUDAN, Larry. Verdad, error y proceso penal. Trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo: Marcial Pons, 2013.

³⁰ HAACK, Susan. Evidencia e Investigación: Hacia la reconstrucción en epistemología. Madrid: Tecnos, 1997, pp. 191-215.

“se esta prova fosse fiável, é de alguma pertinência para o caso?” Ou seja, faz-se um controle de relevância, e para esse efeito a fiabilidade se presume³¹. Não obstante, em muitos casos, essa regra dá lugar a exceções como no juízo de admissão da prova pericial.

O tema da admissão da prova pericial, nos últimos anos, trouxe grande interesse acadêmico, em virtude do impacto da decisão Suprema Corte dos EUA no famoso caso Daubert (1993³²). Em Daubert, a SCOTUS estabeleceu quatro critérios de qualidade da prova pericial a serem valorados como condição para a sua admissão (“Critérios Daubert”): a) é indispensável que a técnica seja testável, de acordo com os padrões científicos vigentes; b) que já tenha sido publicada em revistas científicas, com submissão à revisão por pares; c) o conhecimento das taxas de erro e a existência de *standards* que controlam a investigação sobre a qual se baseia a teoria; d) a aceitação pela comunidade científica.

Para além desses critérios, chama a atenção o próprio fato de serem estabelecidos critérios de fiabilidade mínima da prova ainda na etapa de admissão, e uma das razões para tanto, afirma Vázquez, é o argumento de proteção do jurado leigo de suas más decisões a respeito do conhecimento científico, em outros termos, pressupõe-se que os jurados são incapazes de valorar adequadamente o conhecimento experto, por isso deve-se evitar que seja contaminado com informação de baixa ou nula qualidade³³.

Antes mesmo de Daubert, já havia um critério de cientificidade para admissão da prova pericial, estabelecido pelo caso Frye (1923³⁴), consistente na aceitação geral, pela comunidade científica, da técnica empregada pelo perito (“teste de aceitação geral”), no entanto, a partir de Daubert e sua repercussão

³¹ LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal*. Trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 45.

³² Daubert vs. Merrel Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579, 113 S. Ct. 2786.

³³ (...) *esta línea argumental, como se ha dicho, supone que efectivamente hay alguien a quien proteger de sus malas decisiones y, por ello, se le ha llamado “paternalismo epistémico”, en analogía al paternalismo tradicional*. In: VÁZQUEZ, Carmen; LÓPEZ, Mercedes Fernández. *La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas*. In: FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Manual de Razonamiento Probatorio*. 1. ed. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2023, pp. 139-212.

³⁴ Caso Frye v. United States, 1923.

intensificaram-se movimentos pela aplicação de filtros de fiabilidade mínima também em países de cultura *civil law* e, inclusive, com o transporte dos fundamentos da tese para outras espécies de prova³⁵.

Outra hipótese sempre lembrada como limite epistemológico à admissibilidade é a *hearsay rule*³⁶, que veda a utilização do testemunho indireto ou testemunho de ouvir dizer, pois seu valor probatório pode ser incerto e não é passível de verificação por meio do exame cruzado da fonte de prova originária³⁷. Pode-se dizer que a função primordial da *hearsay rule* é evitar que o jurado cometa erro ao avaliar a veracidade dessas informações, de modo que se pretende com a não admissão permitir ou propiciar que se alcance a verdade³⁸.

Ainda, depois de definir o chamado teste de relevância (rule 401) e prever a regra geral de admissão das provas relevantes (rule 402), o *Federal Rules Of Evidence* estabelece importantes exceções às provas que podem gerar julgamentos equivocados (rule 403³⁹). Nos termos da rule 403, o tribunal pode

³⁵ A esse respeito, ver: VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián. Exclusión de la prueba pericial científica (de baja calidad epistémica) en fase de admisibilidad en procesos penales de tradición románica-continental: Diálogo entre dos culturas jurídicas. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 7, n. 1, p. 375-408, jan./abr. 2021.

³⁶ Segundo a Rule 801 (c) das *Federal Rules of Evidence*, um testemunho indireto é “uma declaração, diversa daquela prestada pelo depoente no curso do processo, que se oferece como elemento de prova para demonstrar a verdade daquilo que se afirmou”. In: TARUFFO, Michele. A prova. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 41.

³⁷ A *hearsay rule* já chegou a ser apontada como a regra mais característica do direito probatório anglo-americano. Todavia, atualmente, a regra de exclusão de *hearsay* admite muitas exceções, nas quais se considera que o testemunho indireto é confiável o bastante para ser admitido. O *Federal Rules of Evidence* apresenta um complexo regramento, com quase três dezenas de exceções à regra geral de exclusão do testemunho de ouvir dizer. As exceções justificam-se, em linhas gerais, por dois motivos. Um primeiro grupo de exceções, admite a *hearsay witness* mesmo estando disponível a fonte originária, que poderia comparecer pessoalmente ao julgamento (regra 803 do *Federal Rules of Evidence*). No segundo grupo, são previstas exceções em casos nos quais a testemunha direta ou originária não está disponível (regra 804 do referido diploma legal). O mesmo fenômeno de flexibilização da *hearsay rule* ocorre no direito inglês. O Criminal Justice Act, de 2003, ampliou a margem de discricionariedade judicial para admitir depoimentos de ouvir dizer, por exemplo, quando o tribunal considerar que tal depoimento indireto “atende aos interesses da justiça” (artigo 114(1)(d)). In: BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia judiciária e prova penal [livro eletrônico]. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

³⁸ TARUFFO, Michele. A prova. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 41.

³⁹ Rule 403. *Excluding Relevant Evidence for Prejudice, Confusion, Waste of Time, or Other Reasons: The court may exclude relevant evidence if its probative value is substantially outweighed by a danger of one or more of the following: unfair prejudice, confusing the issues, misleading the jury, undue delay, wasting time, or needlessly presenting cumulative evidence.* Disponível em:

<https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_evidence_-_dec_1_2019_0.pdf>. Acesso em 01 dez. 2023.

excluir provas relevantes se o seu valor probatório for substancialmente superado pelo perigo de gerar preconceito injusto, confusão sobre os fatos em litígio, indução do júri em erro, atraso indevido, perda de tempo ou apresentação desnecessária de provas redundantes. O dispositivo, que recebe críticas por se tratar de norma geral e imprecisa, atribuindo enorme discricionariedade ao decisor⁴⁰, tem por objetivo prevenir erros e mal-entendidos que podem ocorrer quando o jurado estabelece o valor probatório da evidência.

Diversas regras de exclusão anglo-americanas explicam-se por essa mesma razão: evitar que o julgador dos fatos atribua ao elemento probatório maior ou menor valor do que efetivamente merece. O grande problema, já denunciava Taruffo⁴¹, é resolver o paradoxo de normas que parecem endereçadas a realizar uma finalidade epistêmica, mas, em realidade, são contra-epistêmicas, pois impedem que elementos probatórios relevantes sejam admitidos ao processo.

Damaška defende a tese de que a ausência de necessária motivação no julgamento sobre os fatos nos sistemas de *common law* explica a proliferação, nesse âmbito, de regras jurídicas que excluem provas consideradas como fornecedoras de informações pouco fiáveis⁴². Em certo sentido, essas regras buscam garantir, *ex ante*, uma maior racionalidade geral nas decisões sobre os fatos, mesmo que isso signifique excluir elementos de julgamento que, apesar de terem valor relativamente baixo, poderiam fornecer informações relevantes⁴³.

Acrescenta Ferrer Beltrán que essa não é a única razão que explica a proliferação tradicional de regras de exclusão de provas nos sistemas de *common law*, mas também a presença da instituição do júri composto exclusivamente por leigos como órgão responsável pela decisão sobre os

⁴⁰ LAUDAN, Larry. Verdad, error y proceso penal. Trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 47-55.

⁴¹ TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, pp. 169-180.

⁴² DAMAŠKA, Mirjan R. Evidence Law Adrift. New Haven: Yale University Press, 2013. p. 41-46.

⁴³ FERRER-BELTRÁN, Jordi. Valoração Racional da Prova. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023, pp. 65-66.

fatos⁴⁴. Logo, além de não ser controlável, a decisão dos jurados tem a sua racionalidade questionada e por isso ele deve ser protegido de informações de baixa fiabilidade, que podem gerar crenças equivocadas⁴⁵. Com isso, transfere-se ao juiz a função de *gatekeeper* da qualidade epistêmica da prova, a partir da qual deve impedir que elementos pouco fiáveis sejam aportados ao processo⁴⁶.

Nos ordenamentos de cultura *civil law* ou de tradição europeu-continental, diferentemente, os fundamentos para a aplicação de um filtro de fiabilidade não se replicam, pois, salvo raras exceções, as decisões são tomadas

⁴⁴ FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoración Racional da Prova*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023, pp. 65-66.

⁴⁵ LAUDAN critica veementemente a ideia segundo a qual restringir o acesso a informação relevante ao jurado pode trazer maior racionalidade ao sistema, dado não existirem estudos empíricos que denotem se tratar de uma prática efetiva do ponto de vista da epistemologia ou redutora de erros, e também acusa essas regras de inadmissão de evidenciar uma certa contradição até mesmo em termos ideológicos: “*A essas alturas o leitor já debería haver notado a ironía de un sistema que enaltece las virtudes de los juicios ante jurado así como la <garantía de integridad> de nuestro sistema de justicia, mientras a su vez argumenta que los jurados son demasiado estúpidos, ingenuos o ignorantes como para confiar en que son capaces de valorar argumentos complejos, pruebas subversivas o prejuiciosas, confesiones de procedencia incierta, etc. (...) Esta ironía se ve agravada por el hecho de que, a pesar de tratar a los jurados como si fuesen unos tontos que se impresionan fácilmente, luego se ignora esto y se trata a sus veredictos como si hubiesen sido escritos en piedra. Los jurados no tienen la obligación de fundamentar sus veredictos. Los tribunales de apelación raramente anularan la decisión fáctica de un jurado, sin importar lo inválidas que sus inferencias parezcan ser. Más rotundamente, la absolución de un jurado es literalmente la última palabra, aun cuando haya resultado de la incompetencia del jurado o de su manipulación o si (lo que sucede más comúnmente) se deriva de reglas que restringen drásticamente el acceso a pruebas relevantes. Todo esto, a su manera, es tan objetable como el hecho de que el jurado antes de dictar su veredicto sea tratado con tanta condescendencia*”. In: LAUDAN, L., *Truth, Error and Criminal Law*, Cambridge University Press, 2006. Citado por la traducción al castellano de Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, “Verdad, error y proceso penal”, Marcial Pons, 2013.

⁴⁶ Analisando o caso Daubert, Vera Sanches conclui: “*Sin afirmarlo expresamente, el fallo Daubert asume que un jurado compuesto por legos o laicos presenta menores competencias cognitivas que un solo juez letrado para reconocer una prueba pericial científica de mala calidad, que pueda estar amparada por el sesgo de la ‘cientificidad’ o ‘mito de la infalibilidad antes señalado. Por ello se haría necesario adoptar un cierto paternalismo epistémico para proteger al jurado de creencias equivocadas. Con ello el fallo Daubert transfiere la problemática de la prueba científica desde la valoración que hace el jurado hacia la admisibilidad de la prueba*.”. In: VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián. Exclusión de la prueba pericial científica (de baja calidad epistémica) en fase de admisibilidad en procesos penales de tradición románica-continental: Diálogo entre dos culturas jurídicas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 7, n. 1, p. 375-408, jan./abr. 2021.

por juízes profissionais⁴⁷ e motivadas, portanto, o controle de racionalidade se realiza *ex post*, por meio do controle da motivação⁴⁸.

2.2. FILTROS POLÍTICOS

Um outro conjunto de filtros de admissibilidade da prova que tem extrema importância no processo penal não tem natureza epistêmica, não buscam obter a verdade. Esses filtros decorrem de uma decisão de política legislativa de não se admitir uma prova – apesar de epistemicamente relevante e útil para o acerto dos fatos - com vista a preservar interesses (outros valores) de especial importância, como o respeito aos direitos fundamentais do acusado ou a necessidade de assegurar o princípio da celeridade processual.

2.2.1. PROVA ILÍCITA

O mais importante filtro político de inadmissibilidade de provas é a decisão legislativa de excluir as provas ilícitas, pois, como afirma GÖSSEL, “o

⁴⁷ “En nuestros sistemas, donde tenemos jueces profesionales, esta línea argumentativa sería muy complicada, pues si dudamos de la capacidad del tribunal de enjuiciamiento para decidir racionalmente con conocimiento experto, ¿por qué podríamos confiar en que el juez de garantías lo haría bien, considerando que ambos tienen el mismo tipo de formación? Aún más, en nuestros sistemas no se han hecho estudios empíricos para analizar cuán bien deciden los jueces cuando hay conocimiento experto de por medio, solo tenemos datos anecdóticos o experiencias personales. En todo caso, dudar sistemáticamente de la capacidad de todos los jueces para esta labor debería conllevar a un giro copernicano en el diseño de nuestros sistemas jurídicos; por lo que antes de ello, quizá lo más adecuado sería mejorar la formación de los jueces en materia de razonamiento probatorio y la prueba pericial”. In: VÁZQUEZ, Carmen; LÓPEZ, Mercedes Fernández. La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas. In: FERRER-BELTRÁN, Jordi. Manual de Razonamiento Probatorio. 1. ed. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2023, pp. 139-212.

⁴⁸ Assim, por exemplo, diante de uma prova ou de um tipo de prova de fiabilidade muito baixa, o controle de racionalidade pode funcionar a posteriori sempre que se exigir daquele que decide sobre os fatos provados que justifique o porquê de ter declarado provados esses fatos e o apoio empírico em que baseou sua decisão. Poder-se-á comprovar, então, se quem decide outorgou um peso excessivo a uma prova cuja confiabilidade é questionada. In: FERRER-BELTRÁN, Jordi. Valoração Racional da Prova. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 66.

legítimo interesse de um processo penal plenamente eficaz encontra seu limite no interesse e nas garantias individuais do cidadão”⁴⁹.

O tema das provas ilícitas é extremamente complexo e dinâmico e as razões para se reconhecer uma prova como lícita ou ilícita não são unívocas⁵⁰. Existem várias propostas de conceituação de prova ilícita, que vão desde um conceito ampliado até um conceito mais categorizado⁵¹.

O nosso Código de Processo Penal, após a reforma de 2008, estabeleceu um conceito de prova ilícita bastante amplo, ao dizer que é toda aquela que for obtida *“em violação a normas constitucionais ou legais”* (CPP, art. 157). Esse conceito, como explica BADARÓ, contraria *“os parâmetros doutrinários e jurisprudenciais que vinham sendo tranquilamente aceitos, a partir da distinção entre provas ilícitas (violação de regras de direito material) e provas ilegítimas (violação de regras processuais)”⁵².*

A distinção entre prova ilícita e prova ilegítima (ou irregular) sempre foi amplamente aceita na doutrina nacional e tem importância na compreensão das consequências jurídicas aplicáveis, visto que a regra de exclusão e seu efeito reflexo são predicados exclusivos da prova ilícita. A prova irregular (ou ilegítima) é submetida exclusivamente ao regime da nulidade dos atos processuais, admitindo-se, em determinados casos, o saneamento ou convalidação⁵³.

O presente trabalho, porém, não tem como objeto debater com maior profundidade o conceito de prova ilícita. O que importa aqui é assentar a premissa de que a ilicitude da prova é um dos fundamentos políticos para a não admissão ou exclusão da prova. Vários países adotam essa solução. O próprio Código de Processo Penal brasileiro assenta a inadmissibilidade das provas ilícitas (CPP, art. 157).

⁴⁹ GÖSSEL, Karl-Heinz. Las prohibiciones de prueba como límites de la búsqueda de la verdad en el proceso penal: Aspectos jurídico-constitucionales y político criminales, *in* El proceso penal antes el Estado de Derecho. Grijley: Lima, 2004, p. 67.

⁵⁰ ARMENTA DEU, Teresa. A prova ilícita: Um estudo comparado. Marcial Pons: São Paulo, 2011, pp. 37 e ss.

⁵¹ EUSAMIO MAZAGATOS, Ester; SÁNCHEZ RUBIO, ANA. La Prueba Ilícita en la Doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos. Tirant lo Blanch: Valencia, 2016, pp. 57 e ss.

⁵² BADARÓ, Gustavo. Processo Penal, 8. ed.. São Paulo: RT, 2020, pp. 453-454.

⁵³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. ¿Libertad de prueba? Defensa de la regla de exclusión de prueba ilícita. 2012. Disponível em:

<https://www.researchgate.net/publication/329104652_Libertad_de_prueba_Defensa_de_la_regla_de_exclusion_de_prueba_ilicita>.

Apesar disso, vários outros países criam a possibilidade de sua admissão em determinadas condições, como é o caso da teoria da ponderação no âmbito alemão (que leva em conta a gravidade do fato e o peso da infração processual penal)⁵⁴ e, principalmente, a atual interpretação das *exclusionary rules* no sistema dos Estados Unidos, em que, dada a elevada quantidade de exceções, pode-se dizer que *a regra de exclusão se tornou a própria exceção*⁵⁵.

2.2.2. PROVA PROTELATÓRIA

Outra decisão de natureza política, que resulta na inadmissão da produção probatória é a tomada pelo nosso Código de Processo Penal de considerar expressamente inadmissíveis as provas protelatórias (CPP, art. 400, § 1º). Isso com o objetivo de preservar o princípio constitucional da celeridade processual.

A prova protelatória é aquela substanciada por pedidos de produção de provas que passam no filtro da relevância (pois se trata de prova pertinente e relevante), mas que materializam uma finalidade oculta, que é a pretensão de atrasar ilicitamente a tramitação processual. Esse propósito constitui um abuso do direito de petição de prova, materializado pelo emprego de expedientes que busquem apenas o retardo da tramitação processual⁵⁶.

Alguns exemplos de pedido de provas protelatórios são aqueles em que se arrolam testemunhas de difícil acesso (v.g. que residente no exterior), mas cujo conteúdo da declaração pode ser prestado por outra testemunha facilmente acessível.

⁵⁴ ARMENTA DEU, Teresa. A prova ilícita: Um estudo comparado. Marcial Pons: São Paulo, 2011, p. 57.

⁵⁵ EUSAMIO MAZAGATOS, Ester; SÁNCHEZ RUBIO, ANA. La Prueba Ilícita en la Doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos. Tirant lo Blanch: Valencia, 2016, p. 126.

⁵⁶ GÖSSEL, Karl-Heinz. *El Proceso Penal ante el Estado de Derecho*: Estudios sobre el Ministerio Público y la prueba penal. Lima: Grijley, 2004, p. 154. Sobre os requisitos para considerar um pedido de prova protelatório, cf.: VOLK, Klaus. Grundkurs StPO. 7a ed. München: Beck, 2010, pp. 234-2235.

Mais uma vez, o relevante aqui é assentar a premissa de que a prova protelatória também é uma decisão política de inadmissão ou exclusão de provas, mesmo que epistemologicamente relevantes.

3. A QUESTÃO DA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Uma vez delimitados os filtros de admissibilidade e as regras de exclusão dos elementos de juízo, restam estabelecidas as premissas para enfrentar o problema das consequências jurídicas do desrespeito aos protocolos da cadeia de custódia.

Antes de propor uma solução para o problema, serão examinadas as propostas da doutrina brasileira para consequências do que se convencionou chamar “quebra da cadeia de custódia da prova”⁵⁷.

3.1. EXCLUSÃO POR RAZÕES POLÍTICAS: PROVA ILÍCITA

Uma primeira posição doutrinária que merece ser mencionada é aquela que advoga a ilicitude probatória das evidências que não tiveram a cadeia de custódia comprovada. O principal expoente desta doutrina em solo brasileiro é

⁵⁷ Importante a ressalva que faz Gustavo Badaró no sentido de que o termo “quebra da cadeia de custódia”, embora de emprego corrente na doutrina e jurisprudência, apresenta impropriedade técnica: “No que toca as consequências da chamada “violação da cadeia de custódia”, é importante ressaltar que, do ponto de vista terminológico, não é possível violar a cadeia de custódia em si. Uma pessoa ou tem ou não tem contato com a fonte de prova. Por sua vez, essa fonte de prova – ou vestígio, como se refere o § 3º do art. 158-A do CPP – pode se manter íntegra ou ser adulterada. Falsificar a fonte de prova real não é violar a cadeia de custódia (isto é, a documentação da cadeia de custódia), é fraudar ou adulterar a própria fonte de prova. Não se viola a sucessão de pessoas que teve contato com a coisa, mas a documentação que atesta essa realidade. Se não há nenhum registro das pessoas que tiveram contato, p. ex., com uma mostra sanguínea coletada na cena do crime, inexistente “cadeia de custódia”, entendida como “documentação da cadeia de custódia”, por ausência do procedimento de integral registro das pessoas que tiveram contato com tal fonte de prova. Mas é evidente que houve uma cadeia de custódia, isto é, um conjunto maior ou menor de pessoas que tiveram contato com a prova. Por outro lado, se houve o registro somente de algumas das pessoas que tiveram contato com a fonte de prova, há uma documentação parcial da cadeia de custódia. Nesse caso, pode-se dizer que a cadeia de custódia, no sentido de documentação da cadeia de custódia, foi violada, porque essa não foi registrada em sua integralidade”. In: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A cadeia de custódia da prova digital. Direito probatório. Londrina: Thoth, 2023. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=4852301>>. Acesso em: 01 dez. 2023.

Geraldo Prado, ele sustenta, em resumo, que da quebra da cadeia de custódia resulta a *“impossibilidade do exercício efetivo do contraditório pela parte que não tem acesso à prova íntegra”*⁵⁸. E conclui: *“Enquanto o direito brasileiro não dispõe de regra específica sobre a cadeia de custódia das provas a consequência de sua violação há de ser retirada da constatação de que o contraditório, como condição de validade constitucional do ato processual, igualmente foi violado, tornando ilícita a prova remanescente”*⁵⁹. Também defende o autor que a ilicitude contamina as provas derivadas⁶⁰.

Os escritos de Geraldo Prado foram precursores e influenciaram doutrina⁶¹ e, em alguma medida também a jurisprudência⁶², que se assenta, com pequenas alterações, nos mesmos fundamentos.

⁵⁸ PRADO, Geraldo. A cadeia de custódia da prova no processo penal. 2. ed. Marcial Pons. São Paulo, 2021, p. 209.

⁵⁹ PRADO, Geraldo. A cadeia de custódia da prova no processo penal. 2. ed. Marcial Pons. São Paulo, 2021, p. 209.

⁶⁰ PRADO, Geraldo. A cadeia de custódia da prova no processo penal. 2. ed. Marcial Pons. São Paulo, 2021, p. 210-212.

⁶¹ Nesse sentido: Aury Lopes Jr.: “A preservação das fontes de prova, através da manutenção da cadeia de custódia, situa a discussão no campo da “conexão de antijuridicidade da prova ilícita”, consagrada no art. 5º, LVI, da Constituição, acarretando a inadmissibilidade da prova ilícita. Existe, explica GERALDO PRADO, um sistema de controle epistêmico da atividade probatória que assegura (e exige) a autenticidade de determinados elementos probatórios.” E acrescenta: “Tema diretamente vinculado, ensina GERALDO PRADO, é o da “conexão de antijuridicidade”, onde a contaminação deve ser ponderada através da causalidade naturalística ou da causalidade normativa. A primeira (naturalística) faz com que toda prova derivada (nexo causal físico, naturalístico) seja necessariamente declarada ilícita e excluída do processo. Já a causalidade normativa interdita o emprego do conhecimento obtido pela prova ilícita para interpretar provas aparentemente produzidas sem uma filiação direta e imediata com a prova declarada ilícita. É por isso que uma vez reconhecida a ilicitude de uma prova, não se pode, por exemplo, fazer posteriormente perguntas para testemunhas sobre o mesmo objeto, buscando validar por via transversa. Ainda que a prova testemunhal seja válida e não derive da ilícita (não há causalidade naturalística), existe um impedimento decorrente da causalidade normativa, que veda o emprego do conhecimento ilicitamente obtido. É um mecanismo com ambição de evitamento da “lavagem da prova ilícita” (LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019). Carlos Edinger: “A prova cuja cadeia de custódia for quebrada será considerada ilícita ou ilegítima (distinção que, para mim, cientificamente, a partir da supremacia da Constituição ou da sua dimensão objetiva, pouco sentido faz). Assim, uma vez reconhecida sua ilicitude, de forma definitiva, haverá o desentranhamento e sua inutilização” (EDINGER, Carlos. Cadeia De Custódia, Rastreabilidade Probatória. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 120, p. 237-257, mai.-jun./2016. p. 251).

⁶² “o instituto da quebra da cadeia de custódia diz respeito à idoneidade do caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade. Tem como objetivo garantir a todos os acusados o devido processo legal e os recursos a ele inerentes, como a ampla defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita”. In: STJ, AgRg no HC 615.321/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 03/11/2020, DJe 12/11/2020.

Na jurisprudência brasileira, a temática acerca da cadeia de custódia da prova teve seu precedente mais famoso no julgamento do HC n. 160.662/RJ (Rel. Ministra Assusete Magalhães, 6ª T., DJe 17/3/2014) pelo Superior Tribunal de Justiça. O caso tratava de uma medida de interceptação telefônica autorizada pela justiça, em que parte dos áudios captados não foram apresentados em juízo, porque extraviados ainda na fase investigativa, havendo, assim, descontinuidade nas conversas e na sua ordem. Ao julgar o *habeas corpus*, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ilícitas as provas produzidas, determinando o desentranhamento integral do material colhido, bem como o exame da existência de prova ilícita por derivação, sob o fundamento de que a prova obtida "em razão da perda de sua unidade" ou a "perda da cadeia de custódia da prova" gerava cerceamento do direito de defesa⁶³⁻⁶⁴.

3.2. *EXCLUSÃO POR RAZÕES EPISTÊMICAS: IRRELEVÂNCIA / BAIXA FIABILIDADE*

A defesa de um filtro epistêmico para o juízo de admissibilidade da evidência que não teve a cadeia de custódia preservada tem como referência no âmbito nacional Gustavo Badaró. O autor defende que a quebra da cadeia de custódia da prova não é questão de ilicitude, porém, ainda assim, em casos específicos, deve haver a exclusão do elemento probatório, porque vícios graves na cadeia de custódia podem eliminar o seu potencial epistêmico.

O doutrinador, é bem verdade, chegou a sustentar em seus primeiros escritos que da quebra da cadeia de custódia não resultaria inadmissão ou

⁶³ Parecer emitido por Geraldo Prado instruiu o julgamento. O parecer, posteriormente, foi adaptado e publicado como livro, com o nome "A cadeia de custódia da prova no processo penal".

⁶⁴ O *leading case* no Brasil não trata de prova da cadeia de custódia, mas do extravio da fonte de prova em si. Como consequência, a não ser que cadeia de custódia seja entendida como a elipse de *documentação da cadeia de custódia*, trata-se de imprecisão terminológica falar em violação ou quebra da cadeia de custódia, pois, a fonte de prova foi ou não foi coletada e o perito teve ou não teve contato com a fonte de prova para análise laboratorial. O que pode faltar, contudo, são os registros desses contatos, impedindo a posterior verificação da sucessão desses fatos que, independentemente da documentação, aconteceram. In: OLIVEIRA, Rafael Serra. Cadeia de custódia: admissibilidade e valoração da prova pericial de DNA. 2020. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-29032021-134630/en.php>>. Acesso em 01 dez. 2023.

exclusão, devendo o elemento probatório ser valorado, independentemente do grau de violação ao método de autenticação⁶⁵, contudo, em trabalho seguinte, dedicado à “prova digital”, sugeriu matizes à admissibilidade que se assentam em premissas aplicáveis não apenas ao vestígio eletrônico, mas generalizáveis⁶⁶. Segundo Badaró, quando “*não há qualquer documentação da cadeia de custódia*” ou “*quando não seja possível, minimamente, assegurar que o vestígio tenha potencial para o acerto do fato*”, a prova não deve ser admitida, porquanto irrelevante.

De maneira semelhante, Rafael Serra Oliveira, em sua tese de doutorado, sustenta que violações significativas da cadeia de custódia, a tal ponto que comprometem a garantia da identidade da fonte de prova, exigem a exclusão probatória com base no critério de relevância⁶⁷.

⁶⁵ “(...) defende-se que as irregularidades da cadeia de custódia não são aptas a causar a ilicitude da prova, devendo o problema ser resolvido, com redobrado cuidado e muito maior esforço justificativo, no momento da valoração. (...) Ainda que com cuidados redobrados, é possível que mesmo em casos nos quais haja irregularidade na cadeia de custódia, a prova seja aceita e admitida sua produção e valoração. Por outro lado, no caso de vícios mais graves, em que se tenha dúvidas sobre a autenticidade ou integridade da fonte de prova, em que haja uma probabilidade de que a mesma tenha sido adulterada, substituída] ou modificada, isso enfraquecerá seu valor, cabendo ao julgador, motivadamente, fazer tal análise.” Em seguida, conclui: “se houver elementos concretos que permitam dúvidas da autenticidade ou integridade da fonte de prova, ante a probabilidade de que a mesma tenha sido adulterada, substituída ou modificada, a sua valoração exigirá um esforço justificativo demonstrando o porque ser possível confiar na autenticidade e integridade de tal fonte, para valorar seu conteúdo”. In: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. Temas atuais da investigação preliminar no processo penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 561.

⁶⁶ “Temos defendido que, a constatação de vícios na cadeia de custódia, não leva, necessariamente, à ilicitude ou ilegitimidade da prova, que seria inadmissível no processo. Isso porque, é possível que haja apenas omissões ou irregularidade leves, sem que haja indicativos concretos de que a fonte de prova possa ter sido modificada, adulterada ou substituída. Em tais casos, a questão deve ser resolvida no momento da valoração. (...) A solução, contudo, é diversa em dois casos: o primeiro, *quando não há qualquer documentação da cadeia de custódia*; o segundo, *quando não seja possível, minimamente, assegurar que o vestígio tenha potencial para o acerto do fato*. Não havendo documentação da cadeia de custódia, e não sendo possível sequer ligar o dado probatório à ocorrência do delito, o mesmo não deverá ser admitido no processo. A parte que pretende a produção de uma prova digital tem o ônus de demonstrar previamente a sua integridade e autenticidade, por meio da documentação da cadeia de custódia. Sem isso, sequer é possível constatar sua *relevância probatória*”. In: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A cadeia de custódia da prova digital. Direito probatório. Londrina: Thoth, 2023. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=4852301>>. Acesso em: 01 dez. 2023.

⁶⁷ (...) a falta de manutenção da cadeia de custódia pode retirar da prova a sua capacidade de ser útil ao processo; principalmente nos casos em que, em razão da impossibilidade de rastrear, de maneira sequencial, a sua origem, ela perde a *credibilidade* para servir de elemento apto à reconstrução histórica dos fatos. (...) sob essa perspectiva do filtro do critério lógico de admissão

Serra Oliveira acrescenta que a avaliação da admissibilidade da fonte de prova que não teve sua cadeia de custódia devidamente demonstrada deve passar pela adoção de um *standard*, sugerindo para tanto a “preponderância da prova”, em outros termos, quando houver maior probabilidade de a evidência apresentada em juízo ser aquilo que a parte diz ser (identidade) admite-se, do contrário, deverá ser inadmitida/excluída, porquanto irrelevante⁶⁸.

3.3. A PROVA DA CADEIA DE CUSTÓDIA - UMA PROPOSTA INCLUSIVA

da prova é que se deve analisar, inicialmente, as repercussões da quebra da cadeia de custódia para um elemento ou fonte de prova, principalmente nas situações em que a quebra afetar o requisito da identidade.(...) A inadmissibilidade pela impertinência do pedido da parte em realizar perícia em amostra de entorpecente que, sem qualquer demonstração de sua origem, foi apresentada em juízo, não seria objeto de grandes discussões jurídicas. Tampouco demandaria acalorado debate a negativa do pedido de realização de exame de sangue para constatar a embriaguez sem a indicação de que a amostra é proveniente de alguém específico. Enfim, os exemplos são muitos e têm em comum o fato de que, pelo desconhecimento da origem da fonte de prova - a droga poderia estar em qualquer lugar ou com qualquer pessoa, o sangue pode ser de qualquer um e ter sido colhido em qualquer lugar -, ela não tem potencial de provar a hipótese acusatória, isto é, que determinada pessoa portava drogas ou conduzia o veículo automotor sob efeito de álcool. Por sua vez, em determinadas situações, a quebra da cadeia de custódia conduz à mesma situação de inadmissibilidade pelos critérios lógicos de pertinência e relevância, especialmente quando a violação resultar na desconexão entre o elemento ou a fonte de prova, que se pretende utilizar ou produzir em juízo, com o fato que se pretende provar, retirando-lhe por completo a potencialidade de influenciar no julgamento. In: OLIVEIRA, Rafael Serra. Cadeia de custódia: admissibilidade e valoração da prova pericial de DNA. 2020. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-29032021-134630/en.php>>. Acesso em 01 dez. 2023.

⁶⁸ Para além da exigência de fundamentação, há também que se buscar maximizar o resultado da conflitante relação existente entre, de um lado, a garantia do direito à prova e a entrada de conhecimentos úteis para a apuração verídica dos fatos e, de outro, a exigência da superação da presunção de inocência do acusado para a condenação. O caminho para tanto é diferenciar o *standard* necessário para a admissão da prova, na análise da sua pertinência e relevância, daquele exigido para a condenação. Portanto, no que se refere ao critério lógico de admissibilidade, a prova deve ser admitida quando “atende a um requisito muito menos exigente, de mera preponderância de evidência (normalmente traduzido como uma exigência de probabilidade de 50%)”. (...) Dessa forma, não obstante a quebra da cadeia de custódia do elemento ou fonte de prova possa resultar na sua inadmissão por conta da irrelevância e impertinência, a avaliação deverá ser feita sob a perspectiva de um regime de inclusão da prova, de modo que deverão ser aceitas aquelas que tenham maior probabilidade de serem o que a parte diz que são. In: OLIVEIRA, Rafael Serra. Cadeia de custódia: admissibilidade e valoração da prova pericial de DNA. 2020. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-29032021-134630/en.php>>. Acesso em 01 dez. 2023.

O presente artigo propõe que a quebra da cadeia de custódia não traz consequências para a admissibilidade da prova e, para tanto, pretende-se superar as propostas de exclusão da fonte de prova por razões políticas e epistêmicas.

De largada, é preciso esclarecer os aparentes equívocos da doutrina que advoga a ilicitude da fonte de prova por desrespeito às normas da cadeia de custódia. Como se viu acima, os defensores desta afirmam que violações à cadeia de custódia da prova causam prejuízo ao exercício do contraditório, direito fundamental, o que justificaria a conclusão pela ilicitude.

A cadeia de custódia é um mecanismo cuja finalidade é autenticar a fonte de prova. Ela é concebida como um conjunto de medidas que buscam preservar a identidade e integridade dos elementos de juízo, assegurando a sua fiabilidade. Dessa maneira, o procedimento por meio do qual se registra a cadeia de custódia não é um fim em si mesmo, mas um instrumento para autenticação da fonte de prova, não sendo possível descartar que esta autenticação se dê por outros meios⁶⁹.

A cadeia de custódia se refere, então, à acreditação da evidência, à sua fiabilidade, razão pela qual o que se questiona quando os procedimentos de registro da cadeia de custódia são descumpridos não é a licitude da fonte de prova, mas o seu valor probatório⁷⁰.

Esse entendimento tem prevalecido em países em que discussões a respeito da cadeia de custódia já estão mais maduras comparadas ao Brasil, como é o caso da Colômbia, onde o meio de autenticação recebeu previsão constitucional ainda no ano de 2003⁷¹. Do mesmo modo, o *Código de*

⁶⁹ OLIVEIRA, Rafael Serra. Cadeia de custódia: admissibilidade e valoração da prova pericial de DNA. 2020. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-29032021-134630/en.php>>. Acesso em 01 dez. 2023.

⁷⁰ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A Cadeia de Custódia da Prova. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (org). A prova no enfrentamento à Macrocriminalidade. São Paulo: JusPodivm, 2019. p. 529-566.

⁷¹ Por meio do *Acto Legislativo 3 de 2002* o Congresso colombiano estabeleceu o dever do órgão de acusação de garantir a cadeia de custódia: "*En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá (...) 3. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas*

Procedimiento Penal colombiano, de 2004, destina um capítulo próprio à cadeia de custódia, e prevê que os elementos probatórios e a evidência física são considerados autênticos quando seguem os procedimentos técnicos para detecção, fixação, recolhimento e embalagem e acrescenta que a autenticação da fonte de prova não submetida à cadeia de custódia cabe à parte que a apresenta (artigo 277⁷²).

Mencionada previsão normativa, especificamente a parte final do artigo 277 - *“La demostración de la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia, estará a cargo de la parte que los presente.”* - teve sua constitucionalidade questionada justamente pelo fato de permitir que a fonte de prova que sofreu violação em sua cadeia de custódia seja autenticada por outros meios. Alegava o autor da ação, entre outros argumentos, que tal previsão ofenderia o direito fundamental ao devido processo, fundamento que foi refutado pela Suprema Corte Colombiana, nesses termos⁷³:

“En este sentido, la autenticidad implica el acatamiento de los procedimientos normativos concernientes a la protección y conservación de la prueba y su incumplimiento afecta su aptitud demostrativa pero no implica su ilegalidad. Por lo anterior, cuando no se aplica la cadena de custodia no se está afectando el debido proceso, sino que se reduce el mérito probatorio específico del elemento material probatorio, el cual podrá acreditarse a través de otros mecanismos, aunque en ese evento su eficacia probatoria deberá evaluarse por el juez en cada caso concreto.”

Ao decidir pela constitucionalidade da norma, a Suprema Corte colombiana assinalou que a finalidade da previsão normativa da cadeia de

adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.” Disponível em: <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6679>>. Acesso em 29 nov. 2023>.

⁷² “Ley 906 de 2004 Congreso de la República de Colombia: Artículo 277. Autenticidad. Los elementos materiales probatorios y la evidencia física son auténticos cuando han sido detectados, fijados, recogidos y embalados técnicamente, y sometidos a las reglas de cadena de custodia. La demostración de la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia, estará a cargo de la parte que los presente”. Disponível em: <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14787>> - Acesso em 29 nov. 2023.

⁷³ Sentencia C-496/15 da Corte Constitucional de Colômbia.

custódia não é impedir que haja outros meios de autenticação de prova, mas evitar que o elemento de prova perca seu valor probatório⁷⁴ em razão de más práticas dos órgãos de persecução, acrescentando que o descumprimento do dever de preservar a cadeia de custódia não desonera os agentes públicos, que podem vir a sofrer, inclusive, consequências penais e disciplinares⁷⁵.

⁷⁴ Desde 2007 a *Sala de Casación Penal* da *Corte Suprema de Justicia* da Colômbia vem decidindo que a falha no registro da cadeia de custódia não é critério de ilicitude, mas de valor probatório: *“La cadena de custodia, la acreditación y la autenticación de una evidencia, objeto, elemento material probatorio, documento, etc., no condicionan –como si se tratase de un requisito de legalidad- la admisión de la prueba que con base en ellos se practicará en el juicio oral; ni interfiere necesariamente con su admisibilidad decreto o práctica como pruebas autónomas. Tampoco se trata de un problema de pertinencia. De ahí que, en principio, no resulta apropiado discutir, ni siquiera en sede casacional, que un medio de prueba es ilegal y reclamar la regla de exclusión, sobre la base de cuestionar su cadena de custodia, acreditación o autenticidad. Por el contrario, si llegare a admitirse una prueba respecto de la cual, posteriormente, en el debate oral se demuestran defectos en la cadena de custodia, indebida acreditación o se pone en tela de juicio su autenticidad, la verificación de estos aspectos no torna la prueba en ilegal ni la solución consiste en retirarla del acopio probatorio. En cambio, los comprobados defectos de la cadena de custodia, acreditación o autenticidad de la evidencia o elemento probatorio, podrían conspirar contra la eficacia, credibilidad o asignación de su mérito probatorio, aspectos éstos a los que tendrá que enfilar la crítica la parte contra la cual se aduce. (...) Con todo, se insiste, si se demuestran defectos en la cadena de custodia, acreditación o autenticidad y, pese a ello, la prueba se practica, dicha prueba no deviene ilegal y no será viable su exclusión; sino que, debe ser cuestionada en su mérito o fuerza de convicción por la parte contra la cual se aduce.”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 21 de febrero de 2007, radicación N. 25920). Essa mesma decisão foi reiterada pela Corte Suprema em outras oportunidades, mencionam-se os julgados 28195, 30598 e 31898. Disponível em: <[https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/AUDIENCIA%20PREPARATORIA/EVIDENCIA%20FISICA%20PERTINENCIA%20Y%20AUTENTICACION/25920\(21-02-07\).doc](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/AUDIENCIA%20PREPARATORIA/EVIDENCIA%20FISICA%20PERTINENCIA%20Y%20AUTENTICACION/25920(21-02-07).doc)> Acesso em: 01 dez. 2023.

⁷⁵ *“En desarrollo de este deber, la Fiscalía General de la Nación está obligada a aplicar una serie de medidas que tienen por objeto preservar la identidad o integridad de los elementos materiales probatorios o evidencia física para establecer la verdad de los hechos y determinar la responsabilidad del procesado. Por lo anterior, la finalidad de esta norma no es impedir que existan otros medios de autenticación de las pruebas, sino evitar que se afecte el poder demostrativo de aquellas que sean recaudadas por la Fiscalía que pueden acreditar la inocencia o culpabilidad de una persona. (...) De esta manera, la posibilidad de que existan otros medios de autenticación de las pruebas en ningún momento afecta el numeral 3º del artículo 250 de la Constitución, sino que permite que en casos en los cuales no se haya podido garantizar la cadena de custodia se empleen otros medios de autenticación distintos aunque con un menor valor probatorio debe ser acreditado en cada caso concreto. En este sentido, el análisis de si se aplicó la cadena de custodia u otro medio idóneo para la verificación de la autenticidad de los elementos materiales probatorios o la evidencia física hace parte del derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso, en virtud del cual, el juez luego de un completo y exhaustivo análisis, deberá decidir en cada caso en concreto el mérito probatorio que le asigna a las mismas. En consecuencia, el inciso 2º del artículo 277 de la Ley 906 de 2004 en ningún momento elimina ni limita el deber de la Fiscalía de asegurar la cadena de custodia de los elementos materiales probatorios que recaude consagrado en el artículo 250 de la Constitución, el cual sigue existiendo y su incumplimiento puede tener consecuencias penales y disciplinarias.”* In: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 21 de febrero de 2007, radicación N. 25920.

No mesmo rumo se percebe a jurisprudência mexicana que, ao interpretar os artigos 227 e 228 do Código Nacional de Procedimientos Penales⁷⁶, deixa clara a necessidade de se escrutinar as violações ao procedimento da cadeia de custódia pelo seu aspecto epistêmico e não legal, ressaltando que a licitude diz respeito aos meios de obtenção de prova e a cadeia de custódia diz respeito a como se preserva a fonte de prova⁷⁷.

Nessa linha, com razão a parcela da doutrina brasileira que afirma não ser a prova da cadeia de custódia um direito da defesa, mas um ônus da acusação⁷⁸, um ônus que, uma vez descumprido, trará inegável prejuízo epistêmico à fonte de prova.

⁷⁶ Artículo 227. La cadena de custodia es el sistema de control y registro que se aplica al indicio, evidencia, objeto, instrumento o producto del hecho delictivo, desde su localización, descubrimiento o aportación, en el lugar de los hechos o del hallazgo, hasta que la autoridad competente ordene su conclusión.

Con el fin de corroborar los elementos materiales probatorios y la evidencia física, la cadena de custodia se aplicará teniendo en cuenta los siguientes factores: identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, empaque y traslado; lugares y fechas de permanencia y los cambios que en cada custodia se hayan realizado; igualmente se registrará el nombre y la identificación de todas las personas que hayan estado en contacto con esos elementos.

Artículo 228. Responsables de cadena de custodia.- La aplicación de la cadena de custodia es responsabilidad de quienes en cumplimiento de las funciones propias de su encargo o actividad, en los términos de ley, tengan contacto con los indicios, vestigios, evidencias, objetos, instrumentos o productos del hecho delictivo.

Cuando durante el procedimiento de cadena de custodia los indicios, huellas o vestigios del hecho delictivo, así como los instrumentos, objetos o productos del delito se alteren, no perderán su valor probatorio, a menos que la autoridad competente verifique que han sido modificados de tal forma que hayan perdido su eficacia para acreditar el hecho o circunstancia de que se trate. Los indicios, huellas o vestigios del hecho delictivo, así como los instrumentos, objetos o productos del delito deberán concatenarse con otros medios probatorios para tal fin. Lo anterior, con independencia de la responsabilidad en que pudieran incurrir los servidores públicos por la inobservancia de este procedimiento. In: Código Nacional de Procedimientos Penales MÉXICO, disponível em: <<https://www.gob.mx/pff/documentos/codigo-nacional-de-procedimientos-penales-259843>>. Acesso em 01 dez. 2023.

⁷⁷ CADENA DE CUSTODIA. SU TRANSGRESIÓN NO TORNA ILÍCITOS LOS DATOS DE PRUEBA. La transgresión a los principios legales de cadena de custodia, no torna ilícitos los datos de prueba relacionados con la evidencia respectiva. La ilicitud es un tema que atañe a la manera en que se obtiene la prueba en tanto que la cadena de custodia es la manera en que se preserva la misma. Conforme al artículo 264 del Código Nacional de Procedimientos Penales, los datos de prueba obtenidos contra derechos fundamentales conllevan su exclusión o nulidad; en cambio, los indicios alterados por violación a la cadena de custodia repercuten en su valoración, pues el numeral 228 del mismo código, determina que aquéllos no perderán su valor probatorio a menos que la autoridad competente verifique que han sido modificados de tal forma que pierdan su eficacia. In: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 275/2019. 30 de enero de 2020. Unanimidad de votos. Ponente: Héctor Lara González. Secretaria: Laura Olivia Sánchez Aguirre. Disponível em: <<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2021845>>. Acesso em 01 dez. 2023.

⁷⁸ A comprovação da cadeia de custódia não é um direito da defesa, mas sim um ônus da acusação (...) O direito que a defesa tem, decorrente da presunção de inocência, é de não haver uma condenação criminal sem que haja prova da culpa do réu para além da dúvida razoável. A

Assim é alcançada uma conclusão parcial: a violação da cadeia de custódia, independente do grau, não torna ilícita a fonte de prova.

Não obstante, concluir que não se trata de prova ilícita não resolve o problema da admissibilidade pois, como vimos, para ser admitida e passar à fase da valoração o elemento de juízo ainda precisa passar pelos filtros epistêmicos.

Uma proposta inclusiva precisa enfrentar, portanto, os substanciosos argumentos pela inadmissibilidade da prova por razões de cariz epistemológico. A esse respeito, já se disse que parte da doutrina nacional sustenta que graves violações à cadeia de custódia comprometem o requisito da identidade, isto é, impedem afiançar uma ligação entre a fonte de prova e o *thema probandum*, o que tornaria a evidência carente de potencial epistêmico e, portanto, irrelevante (se a porção de drogas periciada e apresentada em juízo diz respeito a outro caso penal ela naturalmente não tem o condão de tornar mais ou menos provável o fato sob julgamento). Avançando nessa linha de raciocínio, essa doutrina sugere, inclusive, um *standard* para avaliação da relevância do elemento de prova.

Aqui, aparentemente, há uma confusão de conceitos, sustentada em premissas equivocadas, pois o juízo de relevância de um elemento probatório é de “tudo ou nada”, isto é, ou a evidência tem potencial para acerto do *thema probandum* e, portanto, é relevante, ou não tem e, logo, não é relevante⁷⁹. Um elemento de prova é relevante quando detém potencial epistêmico, qualquer que seja ele, a relevância não é alta, média, ou baixa, desse modo, não é adequado se falar em *standards* de relevância.

Trazendo a discussão para o tema da cadeia de custódia, pode-se dizer que se existe alguma possibilidade de a fonte de prova ser o que a parte diz que é, ela é relevante, mas não, necessariamente, fiável. É preciso concluir, desse

falta da cadeia de custódia pode enfraquecer a prova e impedir a condenação. In: DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A Cadeia de Custódia da Prova. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (org). A prova no enfrentamento à Macrocriminalidade. São Paulo: JusPodivm, 2019. p. 529-566.

⁷⁹ “(...) a relevância da prova não é uma questão de grau: uma prova é relevante ou não é”. In: TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 163.

modo, que o controle epistêmico sugerido não é de relevância, mas de fiabilidade.

O controle de fiabilidade da fonte de prova é nota característica do sistema norte-americano, inclusive quando o tema é cadeia de custódia. A cadeia de custódia, enquanto método de autenticação da prova, é regida no direito norte-americano pelas *rules* 901 e 902 do *Federal Rules of Evidence*, e falhas na autenticação da prova podem levar sim à inadmissibilidade. Como critério para admissão a parte que apresenta a evidência deve comprovar que esta é (mais provavelmente do que não) aquilo que alega ser⁸⁰, ou seja, adota-se o *standard preponderance of the evidence* para o juízo de admissibilidade.

Esse controle prévio sobre a fiabilidade dos elementos probatórios, no âmbito do direito norte-americano, conforme já pontuado, se deve a uma busca por garantir a racionalidade do julgamento “*ex ante*”, isto é, selecionam-se as provas que poderão ser praticadas perante o jurado (que é, predominantemente, o julgador dos fatos no *common law*), com a finalidade de impedir erros de julgamento.

De fato, não sendo possível conhecer o valor probatório atribuído pelo jurado ao elemento de prova, porque ele, como regra, não motiva, também não será possível saber se ele atribuiu àquele elemento o valor merecido.

Mas não é só, também existe, evidentemente, uma relação paternalista entre o juiz técnico e o jurado, entendendo-se que, por ser o jurado leigo, se justificaria protegê-lo de suas crenças equivocadas.

Para a adoção de um controle de fiabilidade, tão próprio dos sistemas do *common law*, necessita-se uma reflexão prévia: essas mesmas características que o fundamentam estão presentes no ordenamento brasileiro? A resposta, obviamente, é negativa. À exceção do julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, da CF), as decisões são tomadas por juízes profissionais e não por jurados.

⁸⁰ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A Cadeia de Custódia da Prova. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (org). A prova no enfrentamento à Macrocriminalidade. São Paulo: JusPodivm, 2019, pp. 529-566.

Desse modo, não se justifica no sistema processual brasileiro a adoção de uma atitude paternalista para proteger o julgador (paternalismo epistêmico⁸¹), afinal será ele próprio quem decide sobre a admissibilidade das provas, ou então, com a recente adoção do “juiz das garantias”, haveria um juiz técnico protegendo outro⁸².

Por outro lado, ainda que no Brasil, e nos países de *civil law* de maneira geral, não estejam presentes essas mesmas condições que fundamentam o controle de fiabilidade nos EUA, isso não resolve a questão em definitivo, pois partindo do marco de uma concepção racionalista, que estabelece uma relação teleológica entre prova e verdade, é preciso responder à indagação: a exclusão do elemento de prova que teve sua cadeia de custódia violada, favorece ou prejudica o acerto dos fatos?

Inicialmente é preciso esclarecer, quando o tema é cadeia de custódia, essa discussão, que encerra um controle de fiabilidade, somente terá lugar nas

⁸¹ *Ahora, esta línea argumental, como se ha dicho, supone que efectivamente hay alguien a quien proteger de sus malas decisiones y, por ello, se le ha llamado “paternalismo epistémico”, en analogía al paternalismo tradicional. Fue Goldman el primero en sugerir que si el jurado era incapaz de decidir adecuadamente con conocimiento experto, entonces tendríamos que apartarlo de sus malas decisiones: Si, en opinión de los legisladores, una cierta categoría de elementos de juicio suele inducir al jurado a error, ellos están facultados para exigir o permitir que tales pruebas se mantengan fuera del alcance de los jurados. Este es un ejemplo de lo que llamo paternalismo epistémico. [...] El tribunal sustituye con su propia expectativa sobre el error del jurado la expectativa del jurado mismo. In: VÁZQUEZ, Carmen; LÓPEZ, Mercedes Fernández. La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas. In: FERRER-BELTRÁN, Jordi. Manual de Razonamiento Probatorio. 1. ed. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2023, pp. 139-212.*

⁸² Em livro dedicado à prova pericial, em comentários aos critérios Daubert, Carmen Vázquez afirma serem condições para a adoção de medidas paternalistas: “(i) Ter informação empírica sólida que fundamente tais deficiências nos juízes, mostrando que produzem uma tendência ao erro, e não só a existência de erros ocasionais. Para isso, devem-se levar em consideração, ademais, as características de cada tipo de julgador, visto que poderá ter diferenças importantes entre julgadores profissionais e jurados leigos, por exemplo. (ii) Que tais deficiências sejam relevantes para a tarefa a ser realizada. Levando em conta que não se pede ao juiz que comprove ou refaça as atividades periciais que levam a um determinado resultado; (iii) Analisar quais mecanismos paternalistas são adequados. Inclusive, se se considera justificado exercer o paternalismo epistêmico dos juízes, isso não autoriza que se considere apropriado qualquer mecanismo paternalista. Nem sempre será acertado, por exemplo, excluir provas que possam aportar informação relevante; pode-se considerar, também, a imposição de programas de formação continuada que façam do juiz um melhor consumidor de informação técnica etc.”. In: VÁZQUEZ, Carmen. Prova Pericial: Da prova científica à prova pericial. São Paulo: JusPodivm, 2021, p. 486.

situações em que o elemento probatório não puder ser autenticado por outros meios, condição necessária para que a fiabilidade seja questionada.

Portanto, para hipóteses de graves violações da cadeia de custódia (e ausentes outros meios de autenticação), das quais resultem fundadas objeções à identidade do elemento de prova, é legítimo discutir se essa fonte de prova deve ser valorada.

Considerando que o parâmetro de controle (fiabilidade) é epistemológico, a resposta ao problema, igualmente, deve ser; e do ponto de vista epistêmico, é correto afirmar que quando se busca acertar a verdade de um enunciado fático, deve-se admitir o maior número possível de informações relevantes (“*total evidence principle*”⁸³).

De acordo com Laudan, existe um acordo universal, fora do direito, no sentido de que aqueles que estão encarregados de tomar decisões podem fazê-lo da melhor maneira se têm conhecimento de tanta informação relevante quanto possível⁸⁴. E conclui o epistemólogo norte-americano que excluir provas relevantes, e não redundantes, seja qual for a razão, diminui a probabilidade de que pessoas, em princípio, racionais, cheguem a conclusões corretas⁸⁵.

Pode, por vezes, parecer contraintuitivo, mas sob um parâmetro puramente epistêmico, a exclusão de provas, mesmo de baixa fiabilidade, não se justifica. Para respaldar essa assertiva é importante entender o conceito de peso probatório e diferenciá-lo de valor probatório.

Ferrer Beltrán, a partir da releitura da obra de John Maynard Keynes, esclarece que valor probatório mede o grau de confirmação que um conjunto de elementos de juízo aporta a uma hipótese, enquanto o peso probatório corresponde ao grau de completude, de riqueza de elementos de juízo disponíveis ao julgador⁸⁶. Portanto, peso probatório é a soma de elementos de juízo relevantes, favoráveis e desfavoráveis, que permitem atribuir valor

⁸³ TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, pp. 165-166.

⁸⁴ LAUDAN, Larry. Verdad, error y proceso penal. Trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 46.

⁸⁵ LAUDAN, Larry. Verdad, error y proceso penal. Trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 46.

⁸⁶ FERRER-BELTRÁN, Jordi. Prova sem convicção: Standards de prova e devido processo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023, pp. 411-415.

probatório a cada uma das hipóteses em conflito⁸⁷. Assim, enquanto o valor probatório de uma hipótese denota a probabilidade de que essa hipótese seja verdadeira em termos comparativos com suas hipóteses rivais, o peso probatório refere-se à probabilidade de acerto da decisão, em função da riqueza dos elementos de juízo considerados para decidir. É nesse sentido que se pode afirmar que, quanto maior a informação disponível, maior a probabilidade de acerto⁸⁸.

Embora todo enunciado fático seja sempre probabilístico (em razão das limitações cognitivas inerentes à atividade humana), o conjunto de provas sobre o qual se embasa esse enunciado pode ser mais ou menos completo e tais provas podem ser mais ou menos fiáveis. E do ponto de vista epistemológico, a maior completude, independente da fiabilidade ser baixa ou alta, significa, *ceteris paribus*, maior probabilidade de acerto dos fatos (segurança da decisão)⁸⁹.

Infere-se, nessa linha, que uma vez ausente justificativa epistêmica para a exclusão da fonte de prova que não conta com a devida autenticação, a adoção de um controle de fiabilidade demandaria uma escolha político-legislativa⁹⁰, que em tal caso estaria lastreada em valores alternativos à averiguação da verdade (norma contra-epistêmica), como a redistribuição de riscos de erro (falsos materiais) em favor do acusado.

⁸⁷ FERRER-BELTRÁN, Jordi. Prova sem convicção: Standards de prova e devido processo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023, pp. 411-415.

⁸⁸ FERRER-BELTRÁN, Jordi. Prova sem convicção: Standards de prova e devido processo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023, pp. 411-415.

⁸⁹ Em sentido contrário: *"Mientras la información de que disponga el decisor sobre los hechos siga siendo incompleta, la adquisición de información adicional con credenciales inciertas puede no mejorar su posición epistémica. La llegada de nueva información podría sólo sustituir el riesgo de error existente hasta el momento por un nuevo riesgo de error, vinculado a la credibilidad de la nueva información. Más aún, no hay garantía de que el nuevo riesgo de error sea menor que el anterior. (...) mi tesis simplemente refuta la intuitiva (pero falaz) idea de que el aumento de información necesariamente produce mayor exactitud en la determinación de los hechos"* (STEIN, A. (2005). Foundations of Evidence Law. USA, Oxford: Oxford University Press, p.123 *apud* FERRER-BELTRÁN, Jordi. La Prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo. Cartagena (Colombia) Vol. IX. N° 18: 150-169, julio-diciembre 2017).

⁹⁰ Nesse ponto, vale recordar, a averiguação da verdade é o fim prioritário do processo em matéria de prova, porém não é, em absoluto, o único, de modo que filtros adicionais à relevância para a fase admissibilidade podem ser legítimos, desde que decorram de uma escolha expressa do legislador;

Um controle de fiabilidade prévio à valoração da prova em sentença deve ter por critério a autenticação da fonte de prova e não a violação da norma da cadeia de custódia - pois, repise-se, o registro da cadeia de custódia é apenas um método de autenticação -, e nesse caso demandaria a fixação de um *standard* para definir quando está suficientemente demonstrada a identidade do elemento probatório.

Também é preciso notar, como afirma Susan Haack, que a fiabilidade da prova não pode ser avaliada tão somente a partir de critérios intrínsecos, uma vez que elementos probatórios, individualmente, pouco fiáveis, podem ser acreditados quando corroborados por outros elementos inseridos no mesmo conjunto probatório⁹¹, motivo pelo qual a exclusão de provas consideradas pouco fiáveis pode se revelar prematura, causando considerável prejuízo epistêmico⁹².

Por essa razão, a adoção de um controle de fiabilidade da fonte de prova para o sistema processual brasileiro, demandaria, ainda, a criação de um momento processual adequado, de maneira a permitir a prática de novas provas em contraditório (metaprovas) e a avaliação não apenas da fiabilidade intrínseca, mas do apoio epistêmico que outros elementos probatórios aportam àquela.

4. CONCLUSÃO

O presente trabalho se propôs a analisar o problema da admissibilidade da fonte de prova que não teve sua cadeia de custódia preservada, com especial

⁹¹ SALGADO, Daniel de Resende. A metaprova no processo penal: seu perfil conceitual e funcional e o controle racional da fiabilidade da prova. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 153.

⁹² Na mesma linha, SALGADO explica, com base em PARDO e NANCE, que, mesmo as provas de baixa qualidade podem ser úteis, desde que o julgador compreenda a força que lhes deve ser atribuída. Ao considerar as provas científicas, muitos dos problemas relativos à fiabilidade devem ser tratados sob pena de elevado custo epistêmico, não no estágio de admissibilidade, mas em um contexto de valoração e posterior determinação de suficiência probatória, mormente quando o julgador, se mais bem informado das limitações daquela prova, passa a lhe conferir força adequada em casos individuais. In: SALGADO, Daniel de Resende. A metaprova no processo penal: seu perfil conceitual e funcional e o controle racional da fiabilidade da prova. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 153.

foco na realidade brasileira. Não obstante tenha sido este o propósito principal, também foram enfrentadas questões epistemológicas complexas e multifacetadas - como o caráter “verdade-conducente” da admissão de provas de baixa fiabilidade, objeto de profunda discussão acadêmica - que impuseram evidentes limitações ao escopo de análise. Por esse motivo, reconhece-se que as conclusões a seguir demandam aprofundamento teórico, incorporando inclusive o conhecimento de outras disciplinas, como a filosofia e a psicologia.

Feitas estas ressalvas, passa-se, sem maiores digressões, às conclusões:

- A cadeia de custódia é um método de autenticação da prova que não exclui outros;
- Violações à cadeia de custódia, independente do grau, não tornam a fonte de prova ilícita;
- O controle de admissibilidade e exclusão da fonte de prova que não teve sua cadeia de custódia preservada deve, portanto, ser realizado à luz de critérios epistemológicos, de relevância e fiabilidade;
- A ausência de registro da cadeia de custódia ou graves violações desta, quando ausentes meios alternativos de autenticação, rebaixam o potencial epistêmico da fonte de prova;
- Mesmo a prova de baixa ou escassa fiabilidade é relevante;
- O direito processual penal brasileiro não estabelece nenhum controle de fiabilidade para a admissibilidade probatória;
- Portanto, a violação à cadeia de custódia da prova, em qualquer hipótese, não tem o condão de levar à exclusão da prova no direito brasileiro;
- Falhas de autenticação, das quais resultem fundados questionamentos a respeito da identidade e integralidade da fonte de prova, devem ser objeto de apreciação no momento da valoração judicial - individual e de conjunto;
- Mesmo a prova de baixa fiabilidade aumenta o peso probatório e, portanto, a segurança (probabilidade de acerto) da decisão;

- Não há justificativa epistêmica para a exclusão de provas relevantes, ainda que de baixa fiabilidade, quando se pressupõe um julgador dos fatos racional;
- A adoção de filtro de fiabilidade na fase de admissão pode ter fundamentos alternativos à averiguação da verdade, como a redistribuição de riscos de erro (falsos materiais) em favor do acusado, nesse caso, dependerá de uma escolha política, do legislador;
- Eventual controle de fiabilidade, caso implementado no direito brasileiro, precisa observar as especificidades que fundamentam as regras de admissibilidade em outros sistemas, como o norte-americano, onde prevalece o julgamento por jurados, leigos, que não motivam suas decisões;
- O controle de racionalidade das decisões, em sistemas de *civil law*, deve se dar por meio da motivação / justificação;
- Considerando que a fiabilidade é medida em graus, o controle do ingresso da prova por esse critério pressupõe a adoção de um *standard* a ser previamente definido;
- A adoção de controles de fiabilidade demandaria, ainda, a criação de um momento processual adequado, que permita nova produção probatória e a avaliação não apenas da fiabilidade intrínseca, mas o apoio epistêmico que outras provas aportam à fonte de prova questionada.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARMENTA DEU, Teresa. A prova ilícita: Um estudo comparado. Marcial Pons: São Paulo, 2011.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A cadeia de custódia da prova digital. Direito probatório. Londrina: Thoth, 2023. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=4852301>>. Acesso em: 01 dez. 2023.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (orgs.).

- Temas atuais da investigação preliminar no processo penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia judiciária e prova penal [livro eletrônico]. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.
- BADARÓ, Gustavo. Processo Penal, 8. ed.. São Paulo: RT, 2020.
- CORDERO, Franco. Procedura Penale. 9a ed. Milano: Giuffrè, 2012.
- DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A Cadeia de Custódia da Prova. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (org). A prova no enfrentamento à Macrocriminalidade. São Paulo: JusPodivm, 2019.
- DAMAŠKA, Mirjan R. Evidence Law Adrift. New Haven: Yale University Press, 2013.
- DEI VECCHI, Diego. Admisión y exclusión de pruebas: índice para una discusión. In: ROVATTI, Pablo; LIMARDO Alan (dirs.). Pensar la prueba, nº. 1, 2020.
- EDINGER, Carlos. Cadeia De Custódia, Rastreabilidade Probatória. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 120, p. 237-257, mai.-jun./2016.
- EUSAMIO MAZAGATOS, Ester; SÁNCHEZ RUBIO, ANA. La Prueba Ilícita en la Doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos. Tirant lo Blanch: Valencia, 2016.
- FERRER-BELTRÁN, Jordi. La Prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo. Cartagena (Colombia) Vol. IX. Nº 18: 150-169, julio-diciembre 2017.
- FERRER-BELTRÁN, Jordi. Manual de Razonamiento Probatorio. 1. ed. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2023.
- FERRER-BELTRÁN, Jordi. Prova sem convicção: Standards de prova e devido processo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023.
- FERRER-BELTRÁN, Jordi. Valoração Racional da Prova. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023.

- GASCÓN ABELLÁN, Marina. ¿Libertad de prueba? Defensa de la regla de exclusión de prueba ilícita. 2012. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/329104652_Libertad_de_prueba_Defensa_de_la_regla_de_exclusion_de_prueba_ilicita>.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- GOMEZ COLOMBER, JUAN-LUIS. El Proceso Penal alemán: introducción y normas basicas. Barcelona: Bosch, 1985.
- GÖSSEL, Karl-Heinz. Las prohibiciones de prueba como límites de la búsqueda de la verdad en el proceso penal: Aspectos jurídico-constitucionales y político criminales, in El proceso penal antes el Estado de Derecho. Grijley: Lima, 2004.
- HAACK, Susan. Evidencia e Investigación: Hacia la reconstrucción en epistemología. Madrid: Tecnos, 1997.
- HACKER, P.M.S. Human Nature: The Categorical Framework, Wiley-Blackwell, Sussex, 2010.
- HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- LAUDAN, Larry. Verdad, error y proceso penal: Un ensayo sobre epistemología jurídica. trad. Carmen Vázquez e Edgard Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- MENEZES, Isabela A.; BORRI, Luiz A.; SOARES, Rafael J. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 277-300, jan./abr. 2018.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. El concepto de la prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal: Especial referencia a la Exclusionary Rule Estadounidense. 2. ed. Ciudad de México: Ubijus Editorial. 2018.

- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones. *Revista Catalana de Seguretat Pública*. 131-151, maio de 2010.
- NIEVA FERROLL, Jordi. *Derecho procesal III Proceso Penal* 2ª ed. Tirant lo Blanch: Valencia, 2023.
- OLIVEIRA, Rafael Serra. *Cadeia de custódia: admissibilidade e valoração da prova pericial de DNA*. 2020. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-29032021-134630/en.php>>.
- PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- ROBERTS, Paul; ZUCKERMAN, Adrian. *Criminal Evidence*, Oxford University Press, 2ª edição. 2010.
- ROXIN, Claus; GRECO, Luis. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Ed, vol. 1. Berlim: De Gruyter, 2020.
- ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000
- SALGADO, Daniel de Resende. *A metaprova no processo penal: seu perfil conceitual e funcional e o controle racional da fiabilidade da prova*. São Paulo: JusPodivm, 2023.
- SALGADO, Daniel de Resende. *Fundamento à admissibilidade da metaprova no processo penal. Quaestio facti*. *Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, Girona, v. 5, p. 95-123, junho de 2023.
- SÁNCHEZ RUBIO, Ana. *La Prueba Científica en la Justicia Penal*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2019.
- TARUFFO, Michele. *A prova*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.
- VÁZQUEZ, Carmen; LÓPEZ, Mercedes Fernández. *La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas*. In: FERRER-

- BELTRÁN, Jordi. Manual de Razonamiento Probatorio. 1. ed. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2023.
- VÁZQUEZ, Carmen. Prova Pericial: Da prova científica à prova pericial. São Paulo: JusPodivm, 2021.
- VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián. Exclusión de la prueba pericial científica (de baja calidad epistémica) en fase de admisibilidad en procesos penales de tradición románica-continental: Diálogo entre dos culturas jurídicas. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 7, n. 1, p. 375-408, jan./abr. 2021.
- VOLK, Klaus. Grundkurs StPO. 7a ed. München: Beck, 2010.