

DEVIDO PROCESSO LEGAL E O USO DA MEMÓRIA SOB A ÓTICA DA CADEIA DE CUSTÓDIA

Matheus Henrique de Freitas Urgniani¹

RESUMO: O presente artigo busca analisar a relação entre o devido processo legal e a utilização da memória como prova no processo penal, sob o contexto da cadeia de custódia das provas, com destaque as implicações jurídicas e epistemológicas que permeiam a validade da reconstrução do fato. A prova, enquanto elemento essencial ao processo penal, deve ser examinada sob um viés solipsista, mas de maneira científica, assegurando-se a sua legitimidade dentro do Estado Democrático de Direito. A pesquisa tem como problema compreender em que medida a cadeia de custódia, especialmente quando vinculada à confiabilidade da memória, influencia a legalidade da decisão judicial e a concretização das garantias fundamentais. Para tanto, o método adotado foi o dedutivo, com base em revisão bibliográfica, por meio de artigos científicos, teses e doutrina da psicologia do testemunho, a fim de estabelecer um diálogo crítico entre a dogmática jurídica e as exigências ao devido processo legal. Ao final, conclui-se que a preservação da integridade probatória e o respeito ao devido processo legal constituem condição necessária para a legitimidade do exercício do poder punitivo estatal.

Palavras-chave: Legitimidade; Método; Complexidade.

ABSTRACT: This article seeks to analyze the relationship between due process and the use of memory as evidence in criminal proceedings, within the context of the chain of custody of evidence, highlighting the legal and epistemological implications that permeate the validity of fact reconstruction. Evidence, as an essential element in criminal proceedings, must be examined from a solipsistic perspective, yet scientifically, ensuring its legitimacy within the democratic rule of law. The research aims to understand to what extent the chain of custody, especially when linked to the reliability of memory, influences the legality of judicial decisions and the implementation of fundamental guarantees. To this end, the method adopted was deductive, based on a literature review of scientific articles, theses, and the doctrine of the psychology of testimony, in order to establish a critical dialogue between legal dogma and the requirements of due process. Ultimately, it is concluded that preserving evidentiary integrity and respect for due process are necessary conditions for the legitimacy of the exercise of state punitive power.

Keywords: Legitimacy; Method; Complexity.

1. INTRODUÇÃO

O processo penal brasileiro enfrenta um dos grandes desafios da dogmática jurídica, que é assegurar a legitimidade da atividade jurisdicional diante da fragilidade da prova testemunhal, especialmente quando está se apoia na memória humana, sob a ótica da complexidade que é a reconstrução fática.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988, consagrou o princípio do devido processo legal, a qual, estabeleceu um marco de contenção do poder punitivo estatal, em razão de

exigir que a legitimidade do procedimento penal deveria seguir ritos e, a partir disso, às provas deveria ser idônea, ou seja, obtidas e preservadas de acordo com critérios técnicos e científicos.

O problema que se apresenta, consiste em indagar em que medida a utilização da memória como elemento probatório, aliada à observância da cadeia de custódia, é capaz de respeitar o devido processo legal sem a utilização de um método científico, em outros termos, sem uma cadeia de custódia, sendo que a relevância dessa discussão resta no fato de que

¹ Mestrado em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense, Brasil. Procurador Jurídico do Câmara Municipal de Xambrê, Brasil. henrique_dfreitas@hotmail.com

a memória, ainda que fundamental para a reconstrução dos fatos, é passível de falhas cognitivas, distorções e até manipulações, o que exige cautela metodológica e rigor epistemológico por parte do Judiciário.

Para investigar essa temática, se adotou o método dedutivo, com base em revisão bibliográfica que abrange estudos da psicologia do testemunho, artigos científicos, teses e doutrinas jurídicas. O objetivo foi estabelecer um diálogo crítico entre a teoria do devido processo legal e as implicações práticas da cadeia de custódia, permitindo compreender os limites e as possibilidades do uso da memória como prova no processo penal brasileiro.

Dessa forma, pretende-se propor uma reflexão crítica sobre a necessidade da busca em melhorar a prova penal, a fim de que, a verdade buscada seja a que mais se aproxima do dia dos fatos, por meio de um procedimento científico claro, efetivando o comando principiológico do devido processo legal.

2. ESTADO DE DIREITO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

O Autor Danilo Zolo, 2006, aborda que o termo Estado de Direito precisa passar por uma epistemologia, ou seja, tomar cuidado qual será o fundamento para o seu significado, pois pode ser utilizado em vários sentidos, o que pode causar até esteio para Estados totalitários, uma vez que, pode ocorrer de haver “legalidade sem Estado de direito [...] a legalidade como uma

forma, a qual pode albergar tanto uma concepção normativa de direito, quanto qualquer outra regra, para a qual não estamos dispostos a atribuir o valor da justiça.” (Dutra, 2004, p.2).

Na concepção do autor, ele associa esse termo com os acontecimentos históricos do liberalismo para dar essa concepção substancial de Estado de Direito sem associar estritamente a lei, como a *Rechtsstaat* Alemã, que buscou em sua concepção uma limitação de poderes do executivo e judiciário, não levando em conta o arbítrio do legislativo na sua função legiferante.

Após, trouxe concepção do *O RULE OF LAW*, na Inglaterra, onde expõe que, detinha como filosofia a submissão igualitária as leis para todos os cidadãos ingleses, além de buscar uma sinergia entre o parlamento e as cortes judiciais, abarcando como terceiro princípio aos direitos subjetivos.

Trabalha também outras duas concepções históricas, *O RULE OF LAW* (EUA), o qual se diferenciava dos ingleses, pois atribuiu aos juízes uma elevação dos seus poderes, por último, traz a concepção do *État de droit*, na França, onde diferenciou dos demais, pois havia uma sobreposição ou melhor, um elevado poder do legislativo comparado aos demais poderes, atribuindo ao poder judiciário, com poder negativo, diferente dos EUA.

Nessa concepção, o intérprete deveria entender o Estado de Direito a partir da sua concepção histórica, não apenas pela existência de lei, uma vez que, ao entender pela simples

existência de lei, poderia haver uma inclinação para o totalitarismo, invadindo o que a história buscou, que seria às liberdades individuais comparada ao Estado Soberano, ou seja, limitação de poder do Estado.

Não apenas essa concepção, mas Estado de Direito haveria substrato de valor, o que o simples fato da existiria, sendo que esse “valor” seria às liberdades individuais, conforme se nota do contexto de ambos os períodos mencionados por Zolo, que era dos direitos individuais de primeira dimensão. Então, o Estado de Direito tem valor e, o seu valor vem da construção histórica do “ser humano”. Portanto, “o Estado de Direito é, assim, a forma política que confere aos direitos fundamentais primazia axiológica: não norma há jurídica mais importante que aquelas que, ao consagrarem direitos, tomam-se nucleares a todo o ordenamento jurídico.” (Horta, 2002, p. 27).

Seguindo essa linha, o Estado de Direito “tem raízes que avançam pela Antigüidade. É a tese de que existe um direito que não é criado mas apenas descoberto pelos homens, direito este que é superior aos governantes, que não o podem validamente alterar.” (Filho, 1987, p. 1), que “não somente estabelece um fim ético, como constrói um método para atingi-lo. O Direito, bem como toda a técnica jurídica, constitui o caminho mais adequado para a consecução do ideal ético consubstanciado no Estado de Direito” (Horta, 2002, p. 27).

A reboque da afirmação histórica do que seria Estado de Direito, pode ser inferir que é uma racionalização do “rule of law” criado na Inglaterra, pois comparado ao “segundo tratado do governo civil, de John Locke, no qual está a idéia de que o direito preexiste ao Estado (e o limita), como a de que a liberdade natural do indivíduo somente pode ser restringida pela lei (declarada, não criada, pelo legislador)” (Filho, 1987, p. 5), onde essa deveria ser igual para todos, além de ter sua aplicação por juízes independentes. (Filho, 1987).

Continua o autor que, em que pese há essas balizas no contexto histórico inglês, os princípios norteadores viriam da França, onde os cidadãos com a liberdade plena de escolha, em vontade “geral”, iriam restringir sua liberdade por meio da lei, com o objetivo real de que, na restrição, todos os homens possam haver igual liberdade de gozo do Estado de Direito (Filho, 1987), “assim, toda uma nova perspectiva de vida política, fundada, por um lado, em elementos materiais de grande nobreza - os direitos fundamentais —, e por outro, em sofisticadas técnicas de estruturação e controle do poder— o constitucionalismo.” (Horta, 2002, p. 28).

Nessa concepção, resta claro que, a obediência a “lei” só irá garantir o “status” de Estado de Direito, se houver respeito ao “valor liberal”, por isso,

há necessidade da existência de determinadas outras características absolutamente essenciais, tais sejam, a

separação de poderes para a existência dos "freios e contrapesos", do "juiz natural", ou, em outras palavras, de juiz não de exceção ou post facto, e, além disso e certamente, de juiz imparcial, dotado de prerrogativas para o exercício da magistratura independente. (Figueiredo, 1997, p.1).

Nesta esteira de materialização que nasce o “devido processo legal”, com início “meramente formal, em 1215, na Magna Carta, escrita em latim (exatamente para que poucos tivessem acesso a seu conteúdo), época em que o Estado era a lei” (Figueiredo, 1997, p.3). É válido mencionar que, essa nomenclatura surgiu porque “Os barões, descontentes com progressivas restrições aos seus poderes e privilégios, entregaram a João Sem Terra, filho e sucessor de Henrique II, uma carta em que reivindicavam o reconhecimento de alguns direitos em face do estado” (Calixto, 2016, p.7).

Com essa luta e entrega, se inseriu na carta enviada ao Rei o art. 39, onde deixou claro que,

Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou despojado de seus direitos ou posses, ou banido ou exilado, ou privado de sua posição de qualquer forma, nem procederemos com força contra ele, ou enviaremos outros para fazê-lo, exceto pelo julgamento legítimo de seus iguais ou pela lei do país. (Brasil, 1.215, p. 8).

Ao garantir a igualdade formal, ocorreu grandes avanços para época, mesmo que não garantisse de maneira substancial, sendo que começa ganhar outros contornos na V e XIX, emenda da Constituição Americana, sendo que a primeira estabeleceu que os direitos à liberdade e à propriedade só poderiam ser restringidos mediante a observância do devido processo

legal, embora houvesse contornos meramente formais ainda, foi um avanço. (Figueiredo, 1997)

Já a “XIV há grande transformação, isso porque já não mais se fala, apenas, do devido processo legal, mas na igual proteção da lei: equal protection 01 law.” (Figueiredo, 1997, p.3). Nesta esteira, que começou ocorrer uma viragem na interpretação da Suprema Corte americana, em razão do devido processo legal passar a adquirir uma dimensão material, não apenas formal, consubstanciando essa evidência no tratamento igualitário na aplicação do direito dentro da lei, não apenas em face dela (Figueiredo, 1997).

Seu marco não ficou estático apenas nos EUA, mas “após a previsão do devido processo legal na Constituição Americana, ele se expandiu para iversas constituições da Europa e da América” (Calixto, 2016, p.10). Nesta aspiração de igualdade material, mostra o valor perquirido pelo devido processo legal, que seria garantir aos administrados não apenas a “liberdade” buscada pelo Estado de Direito, pois apenas essa não traria segurança ao cidadão de limitação de poder. Pelo contrário, apenas poderia garantir a liberdade do mais forte.

Ante a isso, se buscou, nas primeiras acepções históricas do devido processo legal, o “valor” da “igualdade” de condições frente ao procedimento judicial, onde estariam o cidadão e o Estado e ambos, dentro da própria norma, teriam igualdade de tratamento, não apenas

garantindo um procedimento, mas materialmente, o que relembra a importância dos princípios da Revolução Francesa, como supracitado da sua importância, onde se buscou, em princípio, a liberdade, após a igualdade. Por isso afirma-se que, “princípio da igualdade é a mola propulsora do Estado de Direito; sem seu cumprimento o exercício da função administrativa seria realmente sem sentido.” (Figueiredo, 1997, p.4).

Por isso, se afirmar que “ele é a verdadeira e própria essência do processo, em todas as suas manifestações. O processo legítimo, justo, equilibrado, é o devido processo legal” (Ramos, 2007, p.1), por isso “que todas as irregularidades do processo que conspurcam esse equilíbrio, essa justeza intrínseca, violam o princípio do devido processo legal” (Ramos, 2007, p.1).

No Brasil, o devido processo legal foi sedimentado de maneira substancial, não meramente formal apenas na Constituição de 1988 (Calixto, 2016), no art. 5, LIV, onde deixa claro que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (Brasil, 1988, p. 5), essa viragem se deu, uma vez que, colocou no rol de garantias fundamentais, deixando notório a necessidade “buscar a meta da igualdade na própria lei, no ordenamento jurídico e em seus princípios” (Figueiredo, 1997, p.5), sobretudo porque sua função clara “é servir como ponto de apoio à afirmação dos direitos fundamentais, em geral,

nos casos em que o reconhecimento desses direitos dependa de profunda atividade interpretativa dos órgãos administrativos e jurisdicionais. (Calixto, 2016, p. 13).

Nesta esteira, há uma clara conexão do Estado de Direito com o Devido Processo Legal, uma vez que, o primeiro detém valor liberal, já o segundo é a materialização desses valores no processo judicial e administrativo, onde o Estado terá que velar para não haja abuso contragarantias liberais valoradas no devido processo, não só de maneira formal, mas material.

3. MEMÓRIA HUMANA E O TESTEMUNHO NO PROCESSO

A prova testemunhal é de grande relevância para os processos judiciais no Brasil, em especial no estudo do processo penal, uma vez que “encontramos o testemunho como testis, atestação da “verdade” via visualidade” (Silva, 2005, p.1), sendo esse “visual e corresponde ao modelo do saber representacionista do positivismo, com sua concepção instrumental da linguagem e que crê na possibilidade de se transitar entre o tempo da cena histórica (ou a “cena do crime”) (Silva, 2005, p.11).

Nessa concepção, se aborda que, a Testemunha seria um terceiro que teria visto o acontecimento histórico, no caso do processo penal, teria visualizado o fato típico, antijurídico e culpável ocorrendo e, partir dessa visão da cena do crime, ele poderá reproduzir por meio

da fala aquilo que ele julgou que aconteceu (Silva, 2005), sendo que, Silva, 2005 trabalha outra espécie de prova que seria testemunhal “*superstes*”, que seria aquele que vivenciou o evento, não o terceiro que visualizou, mas o próprio agente vítima.

Com esse raciocínio, reafirma-se a relevância da prova oral atribuída pelo Código de Processo Penal brasileiro, seja por meio do interrogatório do acusado, seja pelas declarações da vítima ou dos depoimentos das testemunhas. Sendo que a referida importância é evidenciada pelos artigos 185 a 230, onde totalizam 45 dispositivos que fazem referência memória humana. Esse conjunto de artigo referidos reconhecem o papel central da prova testemunhal na reconstrução dos fatos e na formação do convencimento judicial no âmbito penal.

Não só isso, mas a sua importância ao processo penal também se verifica ante essa “prova penal dependente da memória humana é considerada repetível, o que significa que pode ser coletada múltiplas vezes sem que, em tese, houvesse algum prejuízo.” (Ceconello; Avila; Stein, 2018, p.8), ou seja, diferente da prova pericial que é coletada uma única vez ou documento que é apenas juntado ao processo e mostrado às partes, a prova testemunha poderá ser fornecida várias vezes.

Como exemplo claro dessa possibilidade, é no rito do Tribunal do Júri, onde a testemunha, vítima e acusado poderão ser

ouvidos na fase de inquérito, judicial e em plenário, ou seja, três vezes e, isso “É esperado que a repetibilidade auxilie o processo de coleta de prova mais fidedigna dependente da memória, pois uma testemunha que diz a verdade estará segura e não haverá contradição em relação aos relatos desta. (Ceconello; Avila; Stein, 2018, p.8).

Por isso, que se menciona que o legislador impôs especial atenção à dinâmica da comunicação humana no processo penal, admitindo que a palavra “revela a linguagem e a lei como constructos dinâmicos, que carregam a marca de uma passagem constante, necessária e impossível, entre o “real” e o simbólico, entre o “passado” e o “presente”” (Silva, 2005, p. 12).

Nesse ponto de importância da prova oral, seja via testemunho propriamente dito, ou pela vítima ou ainda pelo acusado é que a psicologia forense faz a crítica, sobretudo sobre a capacidade que envolve a percepção de como ocorreu determinado evento, como a memória foi capaz de armazenar e como será a restituição ou resgate daquele evento na memória o interlocutor (Silva, 2005), ainda a psicanálise expõe a complexidade na “informação, saber, verdade, ficção e experiência” (Costa, 2018, p.144).

Ambos restam evidente, ante “o vértice entre a história e a memória, entre os “fatos” e as narrativas, entre, em suma, o simbólico e o indivíduo, esta necessidade de um pensamento

aberto para a linguagem da poesia no contexto testemunhal fica mais clara” (Silva, 2010, p.5).

Nessa esteira, retoma-se a configuração existente no processo penal brasileiro, que seria a repetibilidade, ou seja, essa complexidade da memória ante a repetições da palavra “não é uma garantia de que as informações recordadas são verdadeiras, ou que a testemunha reconheceu, corretamente, o responsável pelo crime.” (Ceconello; Avila; Stein, 2018, p.8), ainda mais ante a complexidade que o fato é processado na parte intelectual da pessoa.

Pelo qual, diferente do que o senso comum pode imaginar ou até mesmo técnicos que estudam estritamente a dogmática do direito e, esquecem a interdisciplinariedade que vida em sociedade requer, não conseguem compreender que

“a memória humana difere de um registro feito por uma filmadora ou câmera fotográfica pois humanos não codificam tudo o que observam. Informações armazenadas na memória podem ser esquecidas e informações recuperadas estão sujeitas a ser modificadas. (Ceconello; Stein; 2021, p.2).

Sendo que, aquilo que foi armazenado “sofre diversas influências, anteriores e exteriores ao sujeito, que dificultam a reconstrução do evento presenciado por uma determinada testemunha e não permitem falar em uma recuperação completa” (Massena, 2019, p.13), sobretudo porque ao longo do processo que o evento fica armazenado na memória da pessoa, sofrerá das influências internas e externas, como o próprio valor de percepção

daquele determinado fato, se internalizando uma interpretação pessoal, mesmo que de boa-fé (Massena, 2019).

Essa complexidade, se mostra pelas fases existentes da memória, sendo a primeira a seria da codificação, “se refiere a la estrategia cognoscitiva que usamos con la información que llega a nuestro cérebro” (López, 2003, p.21), sendo essa “el proceso que media entre la experiencia de un evento y el almacenamiento de la misma. La codificación explica en parte, porque unos eventos se recuerdan y otros no”. (López, 2003, p.21), essa fase é o momento em que será selecionado, interpretado e integrará novo conhecimento na vida da pessoa (Messa, 2019). Nessa perspectiva, a forma como o evento é acessado pela memória irá importar para a segunda etapa, que seria do armazenamento da informação.

No armazenamento, há uma estratificação de “la temporalidad o duración del almacenamiento se ha descrito a la memoria a corto plazo y memoria a largo plazo (López, 2003, p.21), sendo “las características propias de la información almacenada encontramos a la memoria visual, auditiva, kinestésica. espacial, emocional y semántica. (López, 2003, p.22), sendo que nessa fase, a memória resta guardada, compreendendo essa a fase do armazenamento à recuperação dos fatos (Massena, 2019). Já a última fase seria o da recuperação da memória, que “Se refiere a los mecanismos y estrategias de recuperación de la información que se

encuentran en los sistemas de almacenamiento del cerebro” (López, 2003, p.22), sendo que o “êxito [...] depende da forma como se efetuaram as etapas de codificação e retenção [...] equívocos e erros ocorridos nessas etapas repercutem na fase de recuperação” (Massena, 2019, p.16).

Por isso que, no processo de recuperação da memória, se faz necessário tomar todos cuidados possíveis, uma vez que, a forma da percepção interpretativa da pessoa receptora das informações ocorridas no dia, a temporalidade entre o tempo armazenado e recuperação, bem como a maneira dessa regeneração influencia na percepção da realidade dos fatos e, como supracitado, em razão de no Brasil se dar grande importância a prova oral, qualquer erro pode custar ou levar uma condenação de um inocente, em razão da confiança na memória externada pela palavra.

A memória humana que será recuperada em horas ou minutos em uma sala de audiência ou até mesmo no conforto do “Lar” quando a audiência é virtual, ela passa por esses três estágios, recebendo clara influência do tempo e da característica da memória armazenada e, ainda, além da memória na fase do armazenamento se distinguir em curta, média e longa, nessa última se diferencia entre semântica, Episódica e procedimental, o que demonstra a complexidade da memória, não sendo simples a sua reprodução em algumas horas ou minutos, como é uma audiência de

instrução e julgamento no âmbito criminal (Massena, 2019).

“A memória episódica [...] refere às recordações de eventos, tanto em seus aspectos centrais como de seus elementos contextuais que o acompanham [...] possuem na memória uma etiqueta temporal e espacial” (Massena, 2019, p.14). Já a “semântica, [...] conserva apenas o significado das informações e dos acontecimentos, deixando de lado completamente a informação sobre as coordenadas temporais e espaciais do ocorrido [...] possui um caráter não contextual e não autobiográfico” (Massena, 2019, p.15)., por último é a procedimental, que “compreende os conhecimentos referentes ao como se conhece/fazem as coisas [...] possibilita uma série de atividades perceptivas e motoras, como pensar, recordar, realizar gestos” (Massena, 2019, p.15).

Nessa esteira, se percebe que na esfera da audiência a memória mais utilizada seria a episódica, uma vez que trará recordações de espaço e tempo, porém, isso não elide de haver influência da memória semântica e, por sua vez causar falsas memórias na lembrança e percepção do fato que se busca rememorar, sobretudo quando há essa inter-relação entre as duas memórias, onde o fato em si será guardado e etiquetado na caixa da memória episódica e semântica (Massena, 2019).

Sendo que, essa influência pode ser determinante para um erro “justo”, pois

memória semântica é a “información acerca de las cosas que aprendemos a través de lo que otros nos dicen directamente o a través del lenguaje escrito, pero que, a diferencia de la memoria episódica, no aprendemos a través de la experiencia propia.” (López, 2003, p.30). Pelo qual, a confiança no depoimento da vítima, testemunha, acusado e informante, é justamente porque se acredita que, aquilo que ele presenciou será reproduzido em audiência e, quando essa resta prejudicada, a credibilidade de se aproximar ao evento diminuirá.

O prejuízo epistêmico resta manifestando, quando no contexto jurídico atual do procedimento penal brasileiro o operador do direito desconhece os referidos estudos prejudiciais à memória ou, mesmo conhecendo, escolhe deixar de lado os possíveis problemas que à natureza falível da memória humana e seu impacto na formação da prova.

A omissão do profissional em entender a interdisciplinariedade do direito atualmente, resta não só prejudicial à epistemologia da prova, mas ao próprio valor de Estado Democrático de Direito, uma vez que, conforme supracitado, esse detém a clara axiologia de conferir à limitação do poder estatal frente ao indivíduo, sendo que esse, por sua própria posição, se encontra em manifesta desvantagem diante do poderio do poder estatal, sobretudo no âmbito do processo penal.

Nesta esteira que, quando se trata de vida humana, julgamento com base na memória, há

que se haver um compromisso técnico do julgador com o conhecimento científico disponível sobre a fragilidade da memória, ainda mais quando essa é a única prova capaz de condenar determinado cidadão e, portanto, retirar dele o bem jurídico fundamental que é sua liberdade.

Por isso que, o tópico é fundamental na interligação entre o Estado de Direito e a cadeia de custódia da prova, sobretudo quanto ao aspecto valorativo e o que se entenderá pela cadeia de custódia, conforme será exposto abaixo, a fim de trazer ao sistema probatório brasileiro nova perspectiva, para que se tenha maior confiança de que, aquele em que foi condenado, realmente foi o autor do delito.

4. CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA E SUA APLICAÇÃO NA RECUPERAÇÃO DA MEMÓRIA

A prova no processo é fundamental, pois, por meio da existência ou da falta que se poderá chegar alguma conclusão processual admitida, seja com a finalidade de absolvição ou de condenação, como é no caso do procedimento penal, podendo se afirmar que, “o processo tem natureza cognitiva, tendo esta atividade voltada para a produção da prova que corroborará ou refutará aquelas hipóteses trazidas pelas partes no processo.” (Figueiredo, Sampaio, 2020, p.32).

Neste viés, é que, em razão da persecução no âmbito criminal se referir, em

regra, o Estado versus o Cidadão, é que, se infere que o Estado impõe “standard probatório [...] significando a medida a partir da qual se considerará uma hipótese necessariamente provada, justificada e, por conseguinte, judicialmente verdadeira” (Figueiredo, Sampaio, 2020, p.32), sendo que “o grau de corroboração (comprovação) de uma hipótese sobre os fatos vai depender da prova produzida e em especial, da sua qualidade e confiabilidade. (Figueiredo, Sampaio, 2020, p.32)

Ocorre que, “Estas duas características serão obtidas, entre outros métodos, pelo devido procedimento da cadeia de custódia” (Figueiredo, Sampaio, 2020, p.32) em razão disso que às regras probatórias tendem à serem mais rígidas, a fim do Estado respeitar o devido processo de maneira impessoal em desfavor da pessoa que está assentada no banco dos réus, uma vez que, “essas garantias partem da premissa de que a prova não é só a reconstrução do passado, mas também conta com um viés legitimador do processo, o qual, por sua vez, fundamenta limites epistemológicos” (Edinger, 2016, p.2).

Por isso que, à reboque do que foi estudado no primeiro tópico, se verifica a necessidade do respeito ao Estado de Direito por meio dos atores estais, os quais, deverão não só buscar a responsabilização penal à quem é de direito, mas deverão perquirir seguindo os ritos estabelecidos pelo “povo”, por meio dos seus representantes, sob pena do desrespeito afetar

não ao cidadão que está sendo acusado, mas à própria legitimidade da atuação.

Então, não basta apenas à existência de “qualquer” prova, mas sim a “boa prova”, capaz de não só provar o que aconteceu no mundo dos fatos, mas realizar isso com aprovação legítima dos cidadãos e, essa aprovação é perquirida e conseguida, por meio do respeito ao “devido processo legal”.

Com essa visão pragmática voltada a questão probatória é que, surge “instituto da cadeia de custódia. No que diz respeito à preservação das informações coletadas, a cadeia de custódia possibilita documentar a cronologia das evidências, em especial os responsáveis pela coleta e manuseio (Neto; Santos, 2020, p.4), em outras palavras “é um procedimento contínuo e documentado para demonstrar a autenticidade das provas” (Figueiredo, Sampaio, 2020, p.33) ou seja, a prova existente no processo deve ser autêntica, com claro “compromisso epistêmico em manter o material colhido com mais força, credibilidade e qualidade probatória” (Figueiredo, Sampaio, 2020, p.33).

Há ainda quem traz a concepção de que a “cadeia de custódia é composta de elos, que dizem respeito a um vestígio que, por sua vez, eventualmente, será considerado uma prova. Um elo é qualquer pessoa que tenha manejado esse vestígio” (Edinger, 2016, p.2) e essa será denominada como “cadeia de custódia íntegra quando se fala em uma sucessão de elos provados” (Edinger, 2016, p.2) sendo que “nessa

perspectiva, a autenticidade está condicionada aos métodos empregados na produção, gestão, preservação e custódia dos documentos arquivísticos, ou seja, durante todo o ciclo de vida. (Santos; Flores, 2020, p.11).”, sendo que, “quaisquer interrupções dessa cadeia irão colocar o acervo em risco, de modo que poderá ocorrer eliminação indevida” (Santos; Flores, 2020, p.11).”

Nessa lógica, a busca dentro do estudo epistemológico, é uma melhor transmissão do conhecimento daquilo que se encontrou sobre determinado fato, sendo que, com a metodologia da cadeia de custódia, há um inevitável filtro epistêmico, pois o respeito trará legitimidade probatória, sendo que o inverso trará desconfiância (Figueiredo, Sampaio, 2020), sobretudo porque “o propósito é impedir a manipulação do vestígio para incriminar ou isentar alguém de pena, forjando ou eliminando algum elemento” (Figueiredo, Sampaio, 2020, p.34).

Com esse arrimo, o Código de Processo Penal no ano de 2019 conceituou cadeia de custódia como conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte. (Brasil, 1941, p.25), embora já houvesse a necessidade do respeito, sobretudo ante ao princípio da

mesmidade, o conceito só adveio no ano de 2019.

Em que pese o claro avanço da legislação pátria em prever de maneira expressa a necessidade de uma metodologia na coleta da “prova”, o legislador acabou por expressar menos do que poderia, uma vez que, em trazer ao final do artigo a expressão “história cronológica do vestígio coletado em locais”, deixar à entender que, apenas nos crimes que deixam vestígios em locais físicos, como o homicídio, lesão corporal e entre outros, haveria a necessidade de metodologia para legitimar a condenação.

À reboque do deslinde do artigo, pode se verificar que o Estado é limitado, sendo amoldado por meio de procedimentos para que o devido processo legal seja alcançado, alcançando maior grau possível de legitimidade no momento de condenar ou realizar alguma análise. Neste viés que, retoma a necessidade do conceito de cadeia de custódia ser aplicado de maneira ampla, com adaptações do “tipo” da prova a ser produzida.

Esse entendimento merece ser alcançado, por meio do anseio Democrático manifestado na Constituição, que seria que, a Administração deverá observar o princípio da Publicidade, conforme art. 37, Caput, isso remete que o Estado deverá mostrar ao investigado como chegou a conclusão sobre determinada prova, por meio de ritos, que denomina cadeia de custódia.

Se assim não fosse realizado, restaria prejudicado a necessidade do respeito da cadeia de custódia na produção da prova digital, pois, ao decorrer do art. 158, CPP, se é notado que o “o legislador descreveu normas genéricas relativas à cadeia de custódia não contemplando práticas metodológicas referentes aos vestígios digitais.” (Neto; Santos, 2020, p.8), porém, o tema já havia sido debatido e regulamentado desde 2012, por meio da ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013, que já tinha a

finalidade padronizar o tratamento de evidências digitais, processos esses fundamentais em uma investigação afim de preservar a integridade da evidência digital – metodologia esta, que contribuirá para obter sua admissibilidade, força probatória e relevância em processos judiciais ou disciplinares. (Oliveira, 2018, p.2).

No mais, essa interpretação é corroborada, uma vez que, após a edição da lei, o Ministério da Justiça e da Segurança, no ano de 2024, ou seja, após a viragem legislativa, editou vários procedimentos a serem seguidos na coleta da prova, como por exemplo da prova digital, que não foi mencionada com exatidão na redação do art. 158-A, CPP, mas o próprio Estado reconhece a necessidade de seguir ritos para que a prova seja considerada “válido”.

Essa aplicação também é verificada, pois no próprio documento de POP Perícia Criminal 2024, Informática Forense, na página 32 deixa claro que utilizou o Código de Processo Penal como referência e, aplicando a teoria hermenêutica de que a norma processual pode

haver interpretação extensiva, é lícito concluir que, a cadeia de custódia não se aplica com exclusividade ao crime que deixa vestígio.

É nesta esteira que se aprofunda ao tema proposto, que é a possibilidade de criação de ritos para a colheita da prova que envolve a memória humana, sendo indicado por meio de procedimentos que garantam que a aquela prova que está nos autos, não sofreu nenhum vício interno ou externo que prejudicasse a fidedignidade e à mesmidade, uma vez que, “A reconstrução do fato criminoso passado está sujeita a influência de fatores que podem gerar as Falsas memórias, enquanto dependente das informações armazenadas pelo cérebro.” (Sá, 2017, p. 37).

Então, ante a essa perspectiva de que a memória pode ser influenciada, por fatores internos e externos, é que, com a evolução do sistema probatório, sobretudo quanto a coleta da prova, em razão da positivação da cadeia de custódia probatória, é que se faz necessário evoluir nesse ponto na seara da memória humana, haja vista, ser uma prova altamente usada no sistema penal, sobretudo nos crimes onde a investigação se resume à apreensão em flagrante de crime permanente, como o tráfico ilícito de drogas ou quando o crime ocorre às escuras.

A evolução do sistema penal na criação positiva e clara de um método para a coleta da prova oral não só trará mais fidedignidade ao procedimento penal, mas fará com que o escopo

do Estado de direito na sua concepção clássica seja cumprido, que é a limitação do poder do estado, por meio do devido processo legal, conforme supracitado em tópicos anteriores. Nessa diapasão é a conexão ente a cadeia de custódia e a memória, pois, esse veio para mostrar um método para que a prova demonstrada em juízo seja a mesma que foi encontrada e, com a memória não pode ser diferente, sobretudo ante a possibilidade de falibilidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o estudo restou demonstrado que a utilização da memória como prova no processo penal, embora inevitável e necessária em muitos casos, precisa ser vista de maneira interdisciplinar, buscando efetivar o devido processo legal, por meio de métodos científicos, a fim de aumentar a considerada legítima da prova frente ao respeito às garantias fundamentais

Pelo qual, a ausência de critérios técnicos e científicos na preservação da prova compromete não apenas a confiabilidade da decisão judicial, mas também a própria legitimidade do exercício do poder punitivo estatal e, nesta esteira, que o devido processo legal funciona como meio de contenção do poder do Estado, assegurando que a memória, enquanto instrumento de prova, não seja utilizada de forma arbitrária ou dissociada das exigências constitucionais.

Assim, a conjugação entre dogmática jurídica, epistemologia probatória e garantias constitucionais revela-se essencial para que a decisão judicial seja não apenas válida em termos formais, mas legítima à luz dos princípios que regem o Estado Democrático de Direito frente a garantia do devido processo legal.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Carta Magna, 1215**. Disponível em: <https://encurtador.com.br/IQu8x>. Acesso em: 22. Jul. 2025.

BRASIL. **Constituição da república federativa do brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22. Jul. 2025.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **As origens do estado de direito**. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/download/45514/43918>. Acesso em: 21. Jul. 2025.

CALIXTO, Rubens Alexandre Elias. **O devido processo legal**. Disponível em: <https://revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/344/290>. Acesso em: 22. Jul. 2025.

CECCONELLO, William Weber; AVILA, Gustavo Noronha de. STEIN, Lilian Milnitsky. **A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base napsicologia do testemunho**. Disponível em: <https://www.uhumanas.uniceub.br/RBPP/article/view/5312/3982>. Acesso em: 23. Jul. 2025.

CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. **Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos**. Disponível em: <https://revistas.urosario.edu.co/xml/799/799632>

66012/html/index.html. Acesso em: 23. Jul. 2025.

COSTA, Ana. **Memória e testemunho.** Disponível em: <https://encurtador.com.br/tbqhr>. Acesso em: 23. Jul. 2025.

DUTRA, Delamar José Volpato. **A legalidade como forma de Estado de direito.** Disponível em: <https://www.scielo.br/j/kr/a/kkr3gqwvm7r7ntM MYDxmMWh/?lang=pt>. Acesso em: 21. Jul. 2025.

EDINGER, Carlos. **Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória.** Disponível em: <https://encurtador.com.br/eOv12>. Acesso em: 28. Jul. 2025.

LÓPEZ, Arnoldo Télez. **La memoria humana: revisión de los hallazgos recientes y propuesta de um modelo neuropsicológico.** Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/76584381.pdf#page=21.42>. Acesso em: 25. Jul. 2025.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Estado de direito e devido processo legal.** Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/47039/46023>. Acesso em: 22. Jul. 2025.

FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras de; SAMPAIO, Denis. **A cadeia de custódia na produção probatória penal.** Disponível em: <https://encurtador.com.br/DYdp5>. Acesso em: 28. Jul. 2025.

HORTA, Jose Luiz Borges. **Horizontes Jusfilosóficos do estado de direito.: uma investigação tridimensional do estado liberal, do estado social e do estado democrático, na perspectiva dos direitos Fundamentais.** Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUBD-96KQMD>. Acesso em: 21. Jul. 2025.

MASSENA, Caio Badaró. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro: uma análise a partir da epistemologia e da**

psicologia do testemunho. Disponível em: <https://encurtador.com.br/rsPNb>. Acesso em: 25. Jul. 2025.

NETO, Mário Furlaneto; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. **Apontamentos sobre a cadeia de custódia da prova digital no brasil.** Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3130>. Acesso em: 28. Jul. 2025.

SÁ, Samary Bispo de. **O papel da prova testemunhal no processo penal: uma abordagem sobre as falsas memórias.** Disponível em: <https://sistemas2.uespi.br/bitstream/tede/895/2/Texto%20Completo.pdf#page=36.36>. Acesso em: 17. Ago. 2025.

SILVA, Márcio Seligmann. **Testemunho e a política da memória: o tempo depois das catástrofes.** Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/revph/article/view/2255/1348>. Acesso em: 23. Jul. 2025.

SANTOS, Henrique Machado dos; FLORES, Daniel. **Cadeia de custódia digital arquivística.** Disponível em: <http://lexcult.trf2.jus.br/index.php/LexCult/article/view/385/257>. Acesso em: 28. Jul. 2025.

SILVA, Márcio Seligmann. **O local do testemunho.** Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3381/338130372002.pdf>. Acesso em: 23. Jul. 2025.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Evolução histórica do princípio do devido processo legal.** Disponível em: <https://encurtador.com.br/Sli38>. Acesso em: 22. Jul. 2025.

OLIVEIRA, Vinicius Machado de. **Abnt nbr iso/iec 27037:2013.** Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/pop/pops-pericia-criminal-2024>. Acesso em: 29. Jul. 2025.