

GERALDO PRADO

A CADEIA DE CUSTÓDIA
DA PROVA NO
PROCESSO PENAL

 Marcial
Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

SUMÁRIO

1. Apresentação – A cadeia de custódia da prova no processo penal	9
2. Da verdade à prova: os caminhos cruzados do direito e da epistemologia jurídica na política do processo penal	21
2.1 A verdade como colonizadora do discurso e das práticas penais: realidade <i>vs.</i> fato no contexto jurídico	21
2.2 A verdade recolocada no âmbito das práticas penais: caminhando na direção do conhecimento e pelo fim da obsessão.....	26
2.3 A verdade como indicador epistêmico e o processo como dispositivo	31
3. O processo penal como dispositivo sob a ótica do Estado de Direito e a legitimidade da persecução penal.....	41
3.1 Estado de Direito e Processo Penal.....	41
3.2 A legitimidade da Persecução Penal e a oposição dicotômica acusatório-inquisitório relativamente à busca da verdade	47
3.3 O dispositivo processual em sua vertente probatória como articulador entre os vetores verdade processual e estado de direito.....	60
3.4 A reforma de 2008 e o procedimento trifásico: nas pegadas das transformações em outros Estados Democráticos	62
3.5 O dispositivo processual probatório e o exercício efetivo do direito de defesa em âmbito criminal	65

4. O dispositivo processual probatório e o sistema de controles epistêmicos	67
4.1 O direito da defesa de rastrear as fontes de prova: consideração preliminar	67
4.2 A etapa intermediária de admissibilidade da denúncia como filtro contra acusações infundadas ou com lastro em prova ilícita como atividade própria do sistema de controles epistêmicos	69
4.3 A <i>Discovery</i> e o sistema de controles epistêmicos.....	72
5. Fiabilidade probatória e a cadeia de custódia das provas.....	87
5.1. Fiabilidade probatória e valoração da prova: distinção necessária e seu enfoque no contexto da investigação criminal.....	87
5.2. A autenticidade da prova como premissa da fiabilidade: a mesmidade e o princípio da desconfiança.....	94
5.3. A cadeia de custódia das provas como consectário lógico do princípio da legalidade	97
5.4. A cadeia de custódia das provas relativamente aos métodos ocultos, as técnicas especiais de investigação (TIES) e as provas digitais..	106
5.5. Os riscos que derivam da quebra da cadeia de custódia das provas relativamente aos métodos ocultos, as técnicas especiais de investigação (TIES) e as provas digitais	120
5.6. Sobre a inadmissibilidade da prova obtida por meio da violação da sua cadeia de custódia: tratamento de prova ilícita	124
6. Poucas palavras a título de conclusão	133
Bibliografia	137

APRESENTAÇÃO

A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Em 2014 publiquei o livro *Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*, que foi satisfatoriamente recebido não apenas por leitores de língua portuguesa. A acolhida da obra me estimulou a voltar ao tema, agora apresentando o resultado do aprofundamento das investigações na interface epistemologia jurídica e prova penal, limitada, porém, ao caso do controle epistêmico específico da cadeia de custódia das provas em âmbito criminal, uma das facetas da temática da fiabilidade probatória.

Na decisão de ampliar o enfoque teórico-prático, no tocantes às premissas, preservando a limitação do objeto (controle epistêmico específico da cadeia de custódia das provas em âmbito criminal), pesaram alguns fatores, a saber: vivemos em tempos de globalização jurídica, com frequentes transplantes de institutos entre tradições jurídicas que há séculos se distanciaram umas das outras.¹ No mesmo contexto, o especial diálogo transnacional entre jurisdições criminais, particularmente entre tribunais constitucionais e tribunais internacionais de direitos humanos,² recorrentemente demonstra como o assunto *prova penal* está na ordem do dia.

1. Sobre *transplante* de institutos jurídicos: LANGER, Máximo. *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*. Disponível em <<http://www.ibccrim.org.br/DPE2014/docs/flavio/langer.pdf>>. Consultado em 08 de agosto de 2017.

2. Em caráter geral, sobre diálogos transjudiciais, sugiro a leitura: ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Tribunal constitucional y diálogo entre tribunales.

Nos dois casos, o desafio concreto está não somente em compreender a *metalinguagem* da prova penal, que define os termos da interação quando se trata de persecução penal transnacional,³ e assim evitar os danos causados por inadequadas *importações de modelos jurídicos*,⁴ mas situar o estágio em que se encontra a disputa sobre as denominadas *metodologias ou dimensões da prova* em cada ordenamento.

Por outro ângulo e talvez como tributário das questões referidas, a disciplina *direito probatório* ingressou quase que de maneira definitiva nos currículos de formação jurídica, tanto em nível de graduação/licenciatura, como também na esfera das pós-graduações em direito e nas escolas de formação profissional (Escolas da Magistratura, Ministério Público, Advocacia e Defensorias), no Brasil e na América Latina, justificando-se a preparação de um texto mais denso no que concerne às premissas teóricas e, igualmente, mais minucioso, no que se refere à aplicação prática.

Sem dúvida que o marco inicial do trajeto eleito para orientar as ideias que serão expostas no livro é o pragmático. Evoluímos, penso, de uma abstrata *teoria do processo penal* na direção de uma *concreta teoria do caso penal*. Muitas das dificuldades práticas constatadas pelos estudantes de direito convertidos em profissionais consistem em não identificar nas rotinas das atividades de persecução penal os parâmetros e critérios sobre prova penal ordinariamente lecionados nas salas de aula dos cursos jurídicos.

Não é, à toda evidência, um problema que aflige exclusivamente os juristas da tradição continental europeia. Ao referirem-se às habilidades, no campo epistemológico, que devem ser manejadas pelos profissionais do direito para lograrem o melhor resultado em termos de valoração da prova, nos Estados Unidos da América, Twining, Schum e Anderson atentam para uma suposta *hegemonia* da experiência do advogado ou juiz a prevalecer sobre métodos e protocolos probatórios capazes de assegurar um mínimo de confiabilidade à base empírica que motiva a decisão sobre os fatos que fundamentam o direito a ser aplicado. Afirmam, de modo literal:

Cuadernos y debates, Vol. 231. Madrid: Imprenta Roal Gamonal, 2013. TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *La misión de los tribunales supremos*. Marcial Pons: Madrid, 2016. BOBEK, Michal. *Comparative reasoning in European Supreme Courts*. New York: Oxford University Press, 2013. GROPP, Tania; PONTHEAU, Marie-Claire (ed.). *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Oregon: Hart, 2013.

3. De que é exemplo a investigação de crimes de pornografia infantil praticados no âmbito da rede mundial de computadores (Internet), valendo a leitura da obra de Stenio Santos Sousa. *Investigação criminal cibernética: por uma política criminal de proteção à criança e ao adolescente na Internet*. Coleção Investigação Criminal. Volume 6. Porto Alegre: Núria Fabris, 2015.

4. Sobre a questão da importação de modelos: GRANDE, Elisabetta. *Imitação e direito: hipóteses sobre a circulação dos modelos*. Trad. de Luiz Fernando Sgarbossa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

“Tradicionalmente, estas habilidades no han formado parte del entrenamiento profesional. Tal vez esto sucede porque son percibidas como parte del ‘mero sentido común’; porque se ha sentido que ellas solo pueden ser aprendidas por la experiencia práctica ‘en el trabajo’; por una creencia de que estos son temas de ‘intuición’ o que los grandes abogados, historiadores, detectives o diagnosticistas ‘nacen y no se hacen’.”⁵

A análise dos casos concretos revela-se extraordinário *laboratório* para estudo das teses complexas que estão presentes, conscientemente ou não, nas decisões apoiadas no reconhecimento da existência de *factos* determinados.

Daí a importância da paradigmática decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento pela Sexta Turma do HC 160.662-RJ.⁶ Cuidava-se do inédito reconhecimento explícito da relevância de se acionar um dos dispositivos do sistema de controles epistêmicos, na hipótese a *cadeia de custódia de determinadas provas digitais*. Os dispositivos que conformam o sistema de controles epistêmicos asseguram fiabilidade às provas produzidas pelas partes em um processo criminal concreto.

O estudo que amparou a reflexão vencedora me foi solicitado pelos advogados Fernando Augusto Fernandes e André Hespanhol.⁷ Mais uma vez coube à dinâmica dos casos penais o relevante papel de levantar o véu que encobria com o manto do *indiscutível* a séria questão da *prova dos factos*. No lugar da *verdade real* o tribunal enfrentou o tema dos *standards* de constituição e configuração da prova penal, inconfundíveis com o *standard* de prova do direito anglo-americano tomado em sua vertente de *medida de prova* que, mais especificamente para o processo penal, é o *standard* da prova além da dúvida razoável (BARD).

O resultado do julgamento é avissareiro para o estado de direito. Pouco tempo depois da decisão, a Ministra Assusete Magalhães, relatora do julgado, publicou primoroso artigo na revista comemorativa dos 25 anos do STJ e aprofundou as reflexões acerca da preservação das fontes de prova, demonstrando como a interlocução entre advogados, ministério público e juízes, proporcionada

5. ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. *Análisis de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 13.

6. *Habeas Corpus* 160.662/RJ (2010/0015360-8). Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Impetrante: Fernando Augusto Fernandes e outros. Pacientes: Luis Carlos Bedin e Rebeca Daylac. Julgamento em 18 de fevereiro de 2014 (*DJe* 17.03.2014).

7. A tese do parecer, relativamente aos efeitos jurídicos do reconhecimento da quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos foi defendida, em caráter inédito, pelos advogados Fernando Fernandes e André Hespanhol durante o julgamento, pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, do HC 160.662-RJ. Estes advogados entenderam de questionar o modo arbitrário devotado por algumas autoridades quanto à preservação da cadeia de custódia das provas, particularmente em relação ao produto das intervenções cautelares promovidas *inaudita altera pars*.

pelos casos penais, pode contribuir de maneira decisiva para o aperfeiçoamento da jurisdição e mesmo do magistério no campo das ciências criminais.⁸

O processo penal regido pela presunção de inocência deve tutelar com muito cuidado a atividade probatória, por meio da adoção de um rigoroso sistema de controles epistêmicos que seja capaz de dominar o decisionismo, que é identificado no texto como a “possibilidade de decisão arbitrária, dependendo unicamente da possibilidade de decidir”,⁹ algo que é quase da genealogia da inquisitiva *verdade real*.

Publicado o livro *Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos*, imediatamente foram colocadas algumas questões que, dada sua natureza e relevância, também pesaram na decisão de se oferecer ao leitor um novo trabalho.

Por motivos que em parte serão tratados nos capítulos iniciais, a perspectiva epistemológica foi recebida com suspeita por determinados setores da doutrina processual penal que há tempos posicionavam-se contrariamente a algumas das teses sustentadas por Michele Taruffo,¹⁰ sendo essa a razão primordial para a explicitação das premissas teóricas indispensáveis ao entendimento do que defino como função de garantia que a dimensão epistêmica deve cumprir no processo penal contemporâneo.

Com efeito, se o relato do direito probatório parte de conceitos relativamente consensuais – como, por exemplo, da “conexão significativa no que diz respeito ao âmbito da prova e da avaliação dos fatos” entre a função do juiz e a exercida pelo cientista, proporcionada pela incorporação de “metodologias científicas e (os) modelos de raciocínio científico (que) podem contribuir para a análise do problema da prova jurídica”, conforme Michele Taruffo, na crítica de Salah Khaled Jr. – o ponto de chegada de uma *verdade possível* no cotidiano da justiça penal frequentemente salta obstáculos que têm a ver com a desigual incidência do poder punitivo na sociedade e sua não rara injustiça material.

Não é outra a preocupação – e o motivo, suponho – de um trabalho do fôlego de *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal* ter iniciado pelo enfoque epistemológico voltado à razão no direito penal.¹¹

8. MAGALHÃES, Assusete. Quebra de sigilo de dados e das comunicações telefônicas: o dever estatal de preservação da fonte de prova. *Doutrina: Edição comemorativa, 25 anos*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, p. 507-534, abril de 2014.

9. CHRISTENSEN, Ralph. La paradoja de la decisión judicial. Teoría de sistemas y desconstrucción. In: MONTIEL, Juan Pablo (org.). *¿La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: decadencia o evolución?* Barcelona: Marcial Pons, 2012. p. 130.

10. No Brasil, entre as críticas mais pertinentes cabe destacar a de Salah Khaled Jr., em livro referência sobre a interface verdade e prova penal. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2016.

11. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez e otros. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 33-205.

Na linha preconizada por Boaventura de Sousa Santos e Maria Paula Meneses compreende-se que:

“Toda experiência produz e reproduz conhecimento e, ao fazê-lo, pres-supõe uma ou várias epistemologias. *Epistemologia é toda noção ou ideia, refletida ou não, sobre as condições do que conta como conhecimento válido.* É por via do conhecimento válido que uma dada experiência social se torna intencional e inteligível. Não há, pois, conhecimento sem práticas e atores sociais.” (Grifo nosso.)¹²

As práticas penais, entendidas como métodos de arbitramento ou definição da responsabilidade penal de alguém, caracterizam-se por ser experiências sociais produtoras e reprodutoras de conhecimento. Há uma dimensão epistêmica incontornável, inerente à tarefa de investigar a existência de uma infração penal e a eventual responsabilidade penal do imputado.

Como em outro espaço tive a ocasião de sustentar, a dimensão epistêmica da prova deve ser um ganho em termos de garantia da liberdade.¹³

Ao revés, levada ao extremo essa dimensão, a obsessão pela verdade tem inspirado juristas do hemisfério norte a defender a sujeição de valores e princípios não epistêmicos aos resultados das atividades epistêmicas, chegando pragmaticamente ao mesmo lugar que, a bordo do esquema político da *verdade real*, o autoritarismo penal levou as práticas penais na América Latina.¹⁴

Com efeito, à proibição do emprego de provas ilícitas no processo não é o único cadáver de um direito fundamental a parecer ficar pelo caminho neste verdadeiro desafio hermenêutico que propõe em termos autoritários a solução para a equação segurança *versus* liberdade. Também a noção de que a função do juiz deve ser a de tutor jurídico-constitucional da presunção de inocência, e não a de “buscador” da verdade – o *Google* da *verdade real* –, resulta ferida de morte. São abertas as portas do processo às provas obtidas por meios ilícitos e o juiz consorcia-se com a acusação, operando como ator do campo da segurança pública, guiado pela primazia absoluta de uma busca impossível.

A oposição ideológica entre as dimensões e métodos probatórios, portanto, não deve ser ocultada. Ela integra a feição epistemológica de qualquer método de aferição ou arbitramento de responsabilidade penal. Dizer, no entanto, que se adota uma concepção racional-legal de justiça e do processo, com o processo judicial orientado à investigação da verdade possível, na medida em que “uma reconstrução verídica dos fatos da causa é uma condição necessária da justiça e

12. SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Cortez, 2010. p. 15.

13. Prefácio ao livro: KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. 2ª ed. Belo Horizonte: Letramento, 2016. p. 19.

14. No Brasil, por todos: MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1961. p. 279.

da legalidade da decisão”,¹⁵ não implica de modo obrigatório assumir o partido de uma exclusiva dimensão probatória – a epistêmica – em detrimento dos modelos hermenêutico, retórico-persuasivo ou contextual.

Assim, Susan Haack adverte, como será reiterado no corpo da obra, que “En todo sistema jurídico es necesario determinar, de alguna forma, cuestiones de hecho; sin embargo, los distintos sistemas jurídicos tienen (o han tenido) diferentes maneras de hacerlo”.¹⁶

Twining igualmente lembra que o pragmático direito norte-americano, no que concerne ao estatuto jurídico das provas, busca proporcionar uma decisão justa:

“Las reglas que gobiernan los procedimientos penales ‘tienen por objeto proporcionar una decisión justa de cada proceso criminal’ y están ‘construidas para asegurar la simplicidad en el procedimiento, la imparcialidad en la administración, y la eliminación de gastos y retrasos injustificados.”¹⁷

Os sistemas jurídicos, portanto, caracterizam-se por dispor de um peculiar arranjo institucional que objetiva dar conta da tarefa de *determinação dos fatos*. Quando a pretensão do investigador acadêmico é descritiva, relativamente a estes arranjos institucionais, a análise das atividades probatórias concretas consiste em determinar o modo como, via de regra, os profissionais do direito atuam visando colher e ordenar o material probatório de sorte a ensejar uma decisão com determinado conteúdo e também como estes profissionais interpretam a própria atividade e dos demais no mesmo sentido.

Coisa diversa, todavia, ocorre se o objeto de análise do investigador acadêmico dirige-se às estruturas dos procedimentos que devem cumprir funções relacionadas às provas. Neste caso, quer haja sido ou não definida a dimensão probatória que se supõe dominante no ordenamento jurídico, a pretensão analítica tende a ser prescritiva porque pesam de maneira mais intensa os temas de natureza ideológica e a consideração sobre o peso e a função que princípios não epistêmicos devem desempenhar.

A pretensão descritiva repousa no reconhecimento de um determinado enfoque da epistemologia jurídica, mais próximo do que se define como epistemologia jurídica individual, que, segundo Danny Marrero, doutor em filosofia pela Universidade de Arkansas e Professor da Universidade Javeriana, “se ocupa

15. TARUFFO, Michele. Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial. In: ORTEGA GOMERO, Santiago (dir.). *Proceso, prueba y estándar*. Director. ARA: Lima, 2009. p. 33.

16. HAACK, Susan. Capítulo 3: El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. In: VÁZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, S.A., 2013. p. 66.

17. ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. *Análisis de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 121.

de las condiciones bajo las cuales es correcto afirmar que un agente jurídico tiene una creencia justificada”.¹⁸

A prescritiva, sem embargo de necessariamente conter a primeira, volta os olhos à “manera como los sistemas jurídicos alcanzan sus fines epistemológicos: la búsqueda de la verdad o la evitación de errores”.¹⁹

Como adverte Danny Marrero, o conhecimento dos fatos situa-se na interseção entre a epistemologia, a filosofia do direito e o direito probatório. Os três campos do saber combinam-se de forma diversa conforme o que se tem em mente seja identificar as justificativas epistemológicas no âmbito das decisões singulares ou os processos sociais de aquisição do conhecimento jurídico, sendo crucial ponderar a experiência social produtora do conhecimento tanto quanto a perspectiva individual da aquisição desse mesmo conhecimento.

No campo da epistemologia individual, como sublinhado, sobressai na análise o conjunto de condições que levam a que um julgador considere provado um fato. Mais uma vez, os esclarecimentos de Danny Marrero são pertinentes:

“Cuando un tribunal establecido con legitimidad tiene que resolver un asunto en litigio, se espera que este crea justificadamente en los hechos que suportan su decisión. Pero ¿cuáles son las condiciones bajo las cuales se considera que un tribunal cree justificadamente un hecho en litigio? Esta es la mayor preocupación de las teorías individuales de la epistemología jurídica.”²⁰

Boa parte das reflexões desse livro estará dedicada a estudos que se enquadram no âmbito da epistemologia individual. Será neste contexto que o debate sobre as dimensões probatórias tomará significativo vulto, lidando com problemas que ingressaram no direito processual penal brasileiro recentemente, mas que nem por isso devem deixar de interessar a leitores inseridos em outras tradições jurídicas, como parece insinuar o interesse despertado pelo trabalho que estava disponível apenas em língua portuguesa, de mais limitada circulação.

A importância da definição das condições concretas para que se considere justificada uma crença é tema nuclear da legitimação política da jurisdição penal. Como mencionado no início, por motivos que serão parcialmente explorados no próximo capítulo, ao menos no Brasil – mas também em outros países – a doutrina do processo penal dedicou mínima atenção à epistemologia jurídica individual, preferindo colocar em relevo aspectos em tese associados à teoria da decisão, em um processo de cunho ideológico que privilegiou o livre convencimento motivado.

18. MARRERO, Danny. Capítulo 1: Lineamientos generales para una epistemología jurídica. In: PAÉZ, Andrés (coord.). *Hechos, evidencia y estándares de prueba: ensayos de epistemología jurídica*. Bogotá: Universidad de Los Andes, Editorial Uniandes, 2015. p. 15.

19. *Ibidem*.

20. *Ibidem*, p. 19.

Também não por acaso a vertente da epistemologia social sofreu com a mesma negligência e não surpreendem os poucos efeitos da tentativa de impor uma nova organização institucional ao procedimento penal, nos termos da reforma do Código de Processo Penal, com a entrada em vigor da Lei 11.719/2008, que instituiu e generalizou o procedimento trifásico no processo penal brasileiro.

No campo penal o problema mais abrangente da colonização da epistemologia, da filosofia do direito e da própria teoria jurídica por desideratos políticos que são funcionais a uma específica, injusta e grave forma de controle social pode e deve ser conhecido e enfrentado.

Trabalho do gênero deve aspirar a responder a uma interpelação fundamental: por que, afinal, no Brasil, a reforma do procedimento acusatório de 2008 não foi suficiente para clarificar a função judicial primária do magistrado de *Gatekeeper*, isto é, não foi capaz de delimitar de maneira enfática a atuação principal do juiz como agente epistêmico encarregado não somente de fiscalizar o ingresso de provas obtidas por meios ilícitos, mas também de impedir o acesso ao processo daquelas capazes de interferir indevidamente nas crenças? Uma tal assunção de tarefas é condição prévia e necessária para evitar a produção e imposição de crenças epistemologicamente não justificadas.

Como conciliar as demandas da epistemologia individual, social, objetivista e subjetivista (epistemologias do Sul) de sorte a construir um arcabouço conceitual que aprimore procedimentos e práticas neste campo e também se apresente como legítimo perante a comunidade?

Danny Marrero propõe que se adote a noção de *agência epistêmica* disposta a “estudiar la agencia cognitiva de los operadores y de las instituciones jurídicas”.²¹ O conceito me parece válido porque parte de uma proposta de coerência teórico-prática. Marrero emprega como ilustração da sua *agência epistêmica a epistemologia do testemunho* para demonstrar que é possível aproximar as óticas singular e social da epistemologia relativamente a um aspecto crucial da relação prova penal e epistemologia jurídica: o papel que os depoimentos das testemunhas cumprem nos diversos procedimentos jurídicos para a determinação das responsabilidades.

Considerando o mesmo horizonte finalístico, o estudo lida com a epistemologia jurídica na forma de processos cognitivos que no campo do direito incidem sobre coisas que se apresentam em formato material ou digital e cujo conhecimento resulta determinante para a verificação da questão de fato.

Diferentemente de Marrero, que deixa a impressão de partir de uma concepção de epistemologia geral de natureza objetivista, enquadrada nos cânones consensualmente reconhecidos – probabilismo, coerentismo, fundacionalismo moderado, teoria tripartida do conhecimento, confiabilismo, naturalismo

21. *Ibidem*, p. 16.

epistemológico e teoria assertiva do conhecimento – ²² a obra que se apresenta ao leitor incorpora noções de epistemologia subjetivista, quer ao aderir à tese do processo como dispositivo, na linha de pensamento de Rui Cunha Martins, quer por considerar que se em todos os lugares uma epistemologia jurídica puramente objetiva não se tornou realidade é porque o sistema penal seletivo se impôs, com sua gama significativa de preconceitos.

O *dispositivo* incorpora a agência epistêmica, mas vai mais longe.

Será visto que o *dispositivo* é composto por elementos *discursivos* e *não discursivos*, e que a identificação dos elementos não discursivos revela as franjas por onde as práticas repressivas escapam de qualquer espécie de controle democrático, incluindo o instaurado no bojo de sistemas epistêmicos que negligenciem a função política do processo penal.

Questões relacionadas à proteção do interesse vital de indivíduos que vivem sob o estigma incriminador, e que sob tal estigma estão sujeitos a uma *acomodação funcional* aos estratos sociais mais vulneráveis, colocam em relevo problemas relacionados à proteção de seu domicílio, a garantia de sua integridade física e psicológica contra a tortura, e a preservação das condições de sua auto-determinação informativa, além do direito de participar ativamente de um procedimento penal que não esteja codificado linguisticamente a ponto de necessitar de *decifração* [*não participo ativamente daquilo que não consigo compreender*]. Trata-se de problemas passíveis de serem formuladas apenas se as relações de poder que o fenômeno penal expressa puderem ser capturadas por meio de ferramentas teóricas adequadas.

Neste ponto não se cuida de reconhecer que a epistemologia jurídica individual foca o processo judicial, olvidando as etapas prévias, como alerta Danny Marrero,²³ mas de entender que, ademais, as instituições são fenômenos sociais por meio dos quais uma política específica toma forma. No caso, um sistema de controles epistêmicos não somente deve *governar* as práticas probatórias, mas impedir e dominar seus efeitos socialmente injustos que se verificam em escala macro no âmbito da sociedade, mesmo quando as instituições (agências de controle social) parecem funcionar normalmente.

O livro *A Cadeia de Custódia da Prova no Processo Penal*, portanto, está concebido em bases teórico-práticas que, no limitado espaço da cadeia de custódia das provas penais, têm por objetivo reconhecer, em operação de redução de complexidade, que no estado de direito a legitimação da punição reclama a rigorosa adoção de um sistema de controles epistêmicos que é essencial à própria noção de devido processo legal.

22. *Ibidem*, p. 18.

23. *Ibidem*, p. 21.