



Universidade Federal Fluminense

Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE (UFF)

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL (PPGDC)

MARCOS CÉSAR DA SILVA FORT

**CADEIA DE CUSTÓDIA EM PROCESSOS DE TRÁFICO DE DROGAS E O
DEVIDO PROCESSO LEGAL:** reflexos da Lei nº 13.964/2019 na prática da persecução
penal na comarca de Alcântara/MA

Niterói
2023

MARCOS CÉSAR DA SILVA FORT

**CADEIA DE CUSTÓDIA EM PROCESSOS DE TRÁFICO DE DROGAS E O
DEVIDO PROCESSO LEGAL:** reflexos da Lei nº 13.964/2019 na prática da persecução
penal na comarca de Alcântara/MA

Dissertação de mestrado apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito

Linha de pesquisa: Instituições políticas, administração pública e jurisdição constitucional.

Orientador: Pr. Dr. André Saddy.

Ficha catalográfica automática - SDC/BFD
Gerada com informações fornecidas pelo autor

F736c Fort, Marcos César da Silva
Cadeia de custódia em processos de tráfico de drogas e o devido processo legal : reflexos da Lei nº 13.964/2019 na prática da persecução penal na comarca de Alcântara/MA / Marcos César da Silva Fort. - 2023.
137 f.

Orientador: André Saddy.
Dissertação (mestrado)-Universidade Federal Fluminense, Faculdade de Direito, Niterói, 2023.

1. Prova pericial. 2. Tráfico de drogas. 3. Devido processo legal. 4. Processo penal. 5. Produção intelectual. I. Saddy, André, orientador. II. Universidade Federal Fluminense. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD - XXX

MARCOS CÉSAR DA SILVA FORT

**CADEIA DE CUSTÓDIA EM PROCESSOS DE TRÁFICO DE DROGAS E O
DEVIDO PROCESSO LEGAL:** reflexos da Lei nº 13.964/2019 na prática da persecução
penal na comarca de Alcântara/MA

Dissertação de mestrado apresentado ao Programa
de Pós-Graduação em Direito Constitucional da
Universidade Federal Fluminense, como requisito
para obtenção do título de Mestre em Direito

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Pr. Dr. André Saddy (PPGDC/UFF)

(Orientador)

2º Examinador (a)

3º Examinador (a)

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar as repercussões da Lei 13.964/2019 nos processos criminais relativos a tráfico de drogas na comarca de Alcântara/MA a partir da verificação do cumprimento das etapas da cadeia de custódia da droga por parte das instituições incumbidas de preservá-la. Para tanto, foram investigados autos de processos criminais anteriores e posteriores à lei que alterou o Código de Processo Penal e quantificada a regularidade dos atos dos órgãos públicos que mantiveram contato com a droga. A análise traz para o centro do debate a importância da observância da cadeia de custódia da droga como forma de garantir decisões judiciais de melhor qualidade e dotadas de maior racionalidade. Para o desenvolvimento do tema, adota-se a noção do processo penal como um mecanismo de contenção do poder estatal em um Estado Democrático de Direito. Reconhece-se o garantismo penal como pressuposto para um processo democrático, no qual o respeito às normas jurídicas é fundamental para se legitimar uma sanção penal. O sistema garantista norteou, no presente trabalho, a assunção do entendimento que, apesar de ser objetivo do processo a busca da verdade, há certos limites que condicionam a atuação nessa direção, os quais não comportam flexibilização. Defendeu-se neste estudo que a verdade visada no campo jurídico deve ser uma verdade como correspondência, verificável empiricamente, justificada a partir de critérios racionais e alcançada a partir das provas produzidas em conformidade com os direitos e garantias fundamentais, sendo inconfundível com a inatingível verdade real. Foram averiguadas razões e evolução histórica da política criminal de drogas proibicionista e seus efeitos. O presente estudo ainda abordou o que se entende por cadeia de custódia, suas etapas, sua importância e sua correlação com princípios constitucionais, trazendo enfoque em sua aplicação aos processos de tráfico de drogas. Por fim, apresentaram-se os números das frequências das práticas de atos pelos órgãos responsáveis pela cadeia de custódia da droga, cotejando os anteriores e os posteriores à lei, concluindo-se pela ausência de inovação nas práticas adotadas, além de terem sido propostas sugestões de aprimoramento.

Palavras-chave: Cadeia de custódia; prova pericial; verdade; tráfico de drogas.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the repercussions of Law 13,964/2019 on criminal cases related to drug trafficking in the region of Alcântara/MA by verifying compliance with the stages of the drug chain of custody by the institutions responsible for preserving the drug. To this end, records of criminal cases before and after the law that amended the Code of Criminal Procedure were investigated and the regularity of the acts of public bodies that had contact with the drug was quantified. The analysis brings to the center of the debate the importance of observing the drug chain of custody as a way of guaranteeing better quality and more rational judicial decisions. To develop the theme, the notion of the criminal process is adopted as a mechanism for containing state power in a Rule of Law. Criminal guaranteeism is recognized as a prerequisite for a democratic process, in which respect for legal norms is fundamental to legitimize a criminal sanction. The guarantor system guided, in this work, the assumption of the understanding that, despite the objective of the process being the search for truth, there are certain limits that condition action in this direction, which do not allow for flexibility. It was argued in this study that the truth sought in the legal field must be a truth as correspondence, empirically verifiable, justified based on rational criteria and achieved based on evidence produced in accordance with fundamental rights and guarantees, being unmistakable with the unattainable truth real. The reasons and historical evolution of the prohibitionist criminal drug policy and its effects were investigated. The present study also addressed what is meant by chain of custody, its stages, its importance, and its correlation with constitutional principles, focusing on its application to drug trafficking processes. Finally, the numbers of the frequencies of acts practiced by the bodies responsible for the drug chain of custody were presented, comparing those before and after the law, concluding that there was a lack of innovation in the practices adopted, in addition to suggestions being proposed of improvement.

Keywords: Chain of custody; expert proof; true; drug trafficking.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 GARANTISMO, VERDADE E PROVA	10
1.1 Estado de Direito e Garantismo	10
<i>1.2.2 A produção analógica da verdade</i>	23
1.3 A prova nos processos de tráfico de drogas	26
<i>1.3.1 A abordagem policial</i>	27
<i>1.3.1 O valor probatório da palavra do policial</i>	33
<i>1.3.3 Prova pericial</i>	38
2 POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS	47
2.1 Pela saúde física e moral da humanidade: o proibicionismo internacional	47
<i>2.1.1 Conferência de Xangai de 1909</i>	53
<i>2.1.2 Conferência de Haia</i>	54
<i>2.1.3 Tratamento jurídico das drogas durante o período da Liga das Nações</i>	55
<i>2.1.4 A questão das drogas no direito internacional no pós-segunda guerra</i>	58
2.2 O proibicionismo brasileiro	62
3 CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA	74
3.1 Conceito e etapas da cadeia de custódia	74
3.2 Cadeia de custódia e os princípios do contraditório e da ampla defesa	85
3.3. Cadeia de custódia e vedação à prova ilícita	88
3.4 Cadeia de custódia da droga na Espanha	90
<i>3.4.1 Da apreensão das drogas</i>	91
<i>3.4.2 Extração e Recolhimento de Amostras</i>	91
<i>3.4.4 Análise da Amostra</i>	92
<i>3.4.5 Cadeia de Custódia</i>	93
<i>3.4.6 Destruição da Droga</i>	94
<i>3.4.7 Destruição de amostras conservadas Sempre será comunicado ao laboratório oficial a resolução do procedimento.</i>	94
<i>3.4.8 Plantas de Cannabis</i>	94
3.5. Cadeia de custódia da droga em Alcântara/MA	95
<i>3.5.1 Instituto Laboratorial de Análises Forenses – ILAF</i>	96
3.6 Análise da cadeia de custódia da droga em Alcântara/MA	98
CONCLUSÕES	109
REFERÊNCIAS	113
ANEXO A – FORMULÁRIO UTILIZADO NA PESQUISA	119
ANEXO B – REPRESENTAÇÃO GRÁFICA DA PESQUISA	125

.

1 INTRODUÇÃO

No procedimento criminal, por intermédio das provas é realizado o processo de reconhecimento dos fatos, verificando-se a veracidade das afirmações postas em juízo pelas partes.

Apesar de o direito brasileiro consagrar o princípio do livre convencimento motivado quanto à valoração dos elementos de prova, faz-se necessário estabelecer padrões mínimos para se permitir a confiabilidade de uma prova e sua introdução em feitos criminais.

Nos casos que versam sobre tráfico ilícito de entorpecentes, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é indispensável a existência de laudo pericial definitivo da droga para fins de condenação.

No cenário da política do proibicionismo das drogas, a figura do traficante enquanto inimigo a ser combatido, acaba por reduzir garantias processuais em nome de um processo penal “eficiente”, isto é, calcado nas ideias de maior controle do crime, confiança nas instituições, na importância de procedimentos extrajudiciais e nas condenações rápidas, o que, porém, vai de encontro ao sistema do devido processo, consagrado na Constituição Federal, pois, segundo este sistema, deve haver uma desconfiança nas fases extrajudiciais.

Nesse sentido, a prova pericial, por ser uma fonte de prova obtida fora do processo, deve merecer maior atenção para sua produção.

As provas científicas, especialmente por advirem de órgãos oficiais e serem elaboradas por profissionais especializados em temas diversos daqueles dominados pelos juristas, recebem uma capa de infalibilidade, sem que haja maiores reflexões sobre elas.

Contudo, quanto maior a expectativa de valor probatório depositada em uma prova, mais rigorosos devem ser os controles epistêmicos, pois a qualidade epistêmica da prova depende de todo o processo, desde o descobrimento do vestígio.

Desse modo, é imprescindível que o sistema probatório imponha filtros para ingresso no processo de provas cuja confiabilidade não seja assegurada, sob pena de macular a qualidade da decisão judicial.

O ato de convencimento judicial não pode estar arrimado em provas cuja confiabilidade não esteja confirmada. A convicção do julgador deve estar sustentada em justificativas racionais.

Para isso, o Código de Processo Penal estabelece balizas a serem respeitadas como forma de assegurar a autenticidade do vestígio periciado, chamada cadeia de custódia da prova.

A recente Lei nº 13.964/2019 alterou o Código de Processo Penal para nele inserir a temática.

O tratamento do assunto vinha sendo deixado a cargo da literatura específica da perícia forense, passando, com a novidade legislativa, a receber maior atenção dos estudiosos do direito.

Com a alteração no campo legal é esperado que haja uma transformação na maneira de agir daqueles que participam da custódia da prova, o que fez surgir o seguinte questionamento: houve alguma modificação no modo como vem sendo custodiada a droga na comarca de Alcântara/MA após a Lei nº 13.964/2019?

Durante muito tempo a doutrina jurídica se debruçou sobre questões atinentes à interpretação das normas, porém não houve a devida atenção no tocante à análise epistêmica da prova, que passava ao largo do direito.

Atualmente, o assunto vem ganhando relevância no universo jurídico, pois percebeu-se que a correta fixação dos fatos, assim como a correta interpretação do direito reflitam um exercício de poder e, portanto, é necessário o estabelecimento de parâmetros, como é o respeito à cadeia de custódia da prova.

O interesse particular da aplicabilidade da cadeia de custódia em processos de tráfico de drogas se dá porque, segundo o Levantamento Nacional de Informações penitenciárias de 2019, cerca de 40% da população carcerária é composta por pessoas cujos crimes atribuídos estão relacionados à legislação de drogas.

O presente trabalho pretende verificar a existência de eventuais repercussões da mudança legislativa na prática processual penal a partir do estudo de processos criminais em que se imputam crimes do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 na Comarca de Alcântara/MA que tenham tramitado ou estejam tramitando perante a Justiça Comum Estadual.

A delimitação territorial à comarca de Alcântara/MA ocorre pela maior facilidade de obtenção dos dados, pois se trata da comarca onde este pesquisador exerce suas atividades profissionais como defensor público, além de ser uma comarca próxima a São Luís/MA, onde fica instalado o laboratório de análise pericial de drogas, e por ser um local onde não há um volume tão grande de processos a serem analisados como seria, por exemplo, na própria comarca da Capital.

Serão analisados processos que tramitam ou tramitaram na comarca de Alcântara cuja persecução criminal foi iniciada por entre os anos de 2019 e 2021.

A seleção dos processos do intervalo de 2019 a 2021 foi feita porque a nova legislação passou a vigorar em 23 de janeiro de 2020 e verificar-se-ão os cumprimentos das etapas da cadeia de custódia antes da lei e depois dela, a fim de saber se a alteração no campo legal

implicou modificação nos procedimentos adotados pelos órgãos encarregados de preservar a prova e quais etapas vêm sendo cumpridas com maior frequência.

Assim, optou-se por estudar processos cujos inícios se deram nos anos imediatamente anterior e posterior ao do câmbio legislativo, além daqueles que começaram no próprio ano em que a lei entrou em vigor.

Não será objeto do trabalho a análise de decisões judiciais que tratem de eventual quebra da cadeia de custódia e suas repercussões.

Tem-se como hipótese a inocorrência de alterações comportamentais dos órgãos públicos quanto ao cumprimento da cadeia de custódia da droga nos processos criminais relativos a tráfico na comarca de Alcântara/MA.

O trabalho será dividido em três capítulos: Garantismo, Verdade e Prova; Política Criminal de Drogas e Cadeia de Custódia da Prova.

No primeiro capítulo serão trazidos conceitos de estado de direito e constitucionalismo, os quais são indispensáveis para compreensão do que vem a ser o garantismo de Luigi Ferrajoli, que também será abordado no capítulo.

As lições de Ferrajoli servirão de base para o desenvolvimento do capítulo, com a explanação do que vem a ser sua teoria denominada de “garantismo”, com ênfase no garantismo aplicado no campo penal, a partir do prisma da lei como condicionante e limitadora do poder estatal.

Prosseguirá o capítulo primeiro com os temas verdade e prova no processo penal, trazendo as interligações entre as questões probatórias, a busca da verdade no processo e direitos fundamentais.

Adotando-se como referência uma concepção racionalista da prova, será versado o que vem a ser prova e qual sua relação com o processo e com o valor verdade.

Passar-se-á a abordar o conceito de verdade como correspondência e sua compatibilização com o sistema garantista.

Em seguida se passará a explicar a tese de Salah Khaled Júnior sobre a produção analógica da verdade, um ponto de vista distinto da verdade como correspondência, mas que, por se tratar de autor nacional e pela sua capacidade de servir de dique do poder punitivo, merece maior aprofundamento.

A primeira parte do trabalho se encerra com a temática da prova nos processos de tráfico, em que tratará de questões atinentes à abordagem da polícia, ao peso conferido às declarações prestadas pelos policiais e, principalmente, da prova pericial sobre a droga.

Quanto à prova pericial, serão tratados seus critérios de admissibilidade e os riscos da aceitação de provas periciais sem a devida filtragem epistêmica.

Será, no capítulo seguinte, abordada a política criminal de drogas nos campos internacional e brasileiro, discorrendo sobre o proibicionismo e algumas de suas repercussões no sistema carcerário do país, afinal se não existisse a política antidrogas não haveria falar em processos criminais por tráfico nem, conseqüentemente, cadeia de custódia da droga.

Apresentar-se-ão razões que levaram a uma política de drogas proibicionista e seu histórico, bem como a evolução do tratamento conferido às drogas em nível internacional.

Posteriormente, se enfocará a legislação de drogas no âmbito brasileiro, seu desenvolvimento ao longo dos anos e alguns resultados atuais dela.

O último capítulo, então, tratará do que vem a ser cadeia de custódia, seu conceito, sua relevância para a qualidade epistêmica da decisão, suas etapas e sua correlação com princípios processuais insculpidos na constituição.

Ainda no capítulo final, será abordada a disciplina da cadeia de custódia da droga na Espanha e será analisado se a inserção da temática no campo legal brasileiro apresentou alguma diferença no cumprimento das etapas da cadeia de custódia da droga em persecuções criminais iniciadas entre os anos de 2019 e 2021 na comarca de Alcântara/MA, além da frequência da observância das etapas por parte de cada instituição encarregada de custodiar a droga.

CAPÍTULO 1 - GARANTISMO, VERDADE E PROVA

As provas são os mecanismos de entrada dos fatos no processo, possibilitando ao julgador uma reconstrução do ocorrido no mundo real.

O direito à liberdade probatória, todavia, é condicionado pelo ordenamento jurídico, que estipula limites ao poder estatal ao consagrar direitos e garantias individuais como invioláveis. A busca pelo verdadeiro, em um contexto garantista, não pode estar acima da proteção constitucional ao indivíduo.

Diante das limitações jurídicas e de outras de ordem epistemológica, o próprio conceito do que vem a ser verdade é questionável, especialmente no contexto processual, em que se utilizam elementos obtidos no presente para se reconstruir acontecimentos passados, sendo o ambiente probatório um ambiente da incerteza, cabendo ao julgador, ao determinar os fatos, justificar seu entendimento racionalmente, com base em provas obtidas por métodos lícitos.

1.1 Estado de Direito e Garantismo

A Constituição Federal de 1988, em seu primeiro artigo, institui a República Federativa do Brasil como um Estado de Direito.

Esta expressão, embora não seja unívoca, está atrelada à ideia de império da lei, segundo Liborio Hierro.¹

O autor espanhol afirma existir duas concepções de Estado de Direito: uma fraca, de acordo com a qual é prescindível a origem da lei, e uma forte, a qual inclui ao conceito o princípio democrático.

Os contornos de Estado de Direito têm sido traçados pela maior parte dos autores da atualidade tendo em conta uma filosofia política individualista.² De acordo com Pietro Costa, “O Estado de Direito apresenta-se, em suma, como um meio para atingir um fim: espera-se que ele indique como intervir (através do “direito”) no “poder” com a finalidade de fortalecer a posição dos sujeitos.”³ Portanto, a imposição de limites à intervenção do estado nas liberdades individuais é o que credencia um Estado como estado de direito,⁴ embora as práticas neoliberais coloquem em crise esse modelo de estado limitador de poder, ao serem relativizados direitos e

¹ HIERRO, Liborio L. El Imperio de La Ley y la crisis de la ley. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 19, p. 287-308, jan./abr. 1996.

² ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. *In*: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 3-94.

³ COSTA, Pietro. Estado de Direito: Uma introdução histórica. *In*: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 95-198.

⁴ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 141.

garantias fundamentais, os quais passaram a ser vistos como barreiras à eficiência econômica ou repressiva estatal ou dos possuidores de poder econômico e político.⁵

É nesse sentido que Geraldo Prado diz que:

No estado de direito o processo de arbitramento da responsabilidade penal de alguém deve estar condicionado por regras que são regras jurídicas, por evidente, mas também epistemológicas, de tal maneira que a sentença emitida exprima uma qualidade de verdade que legitime o exercício do poder punitivo.⁶

Sob o aspecto liberal, o Estado de Direito possui conteúdo substantivo, passando a lei de expressão da vontade estatal a instrumento de garantia de direitos.

Nos dizeres de Geraldo Prado, “o estado de direito tem nas regras do devido processo legal sua base jurídico-política, por meio da qual o exercício legítimo do monopólio da força tende a não se converter em arbítrio”.⁷

No cume do ordenamento jurídico de um estado de direito está a Constituição, que tem sua origem na ideia de limitação ao poder estatal, como afirma Giuseppe de Vergottini:

As primeiras Constituições se inseriram no quadro de um processo de limitação e fragmentação do poder absoluto, tal como o que se consolidou nas monarquias europeias. Por isso ainda hoje o próprio conceito de Constituição é frequentemente considerado como coincidente com o de poder político repartido entre diversos órgãos constitucionais, sendo reconhecidas aos cidadãos, além de uma série de direitos fundamentais, adequadas garantias contra os abusos cometidos pelos titulares dos órgãos do poder político. Esta concepção da Constituição como garantia das liberdades fundamentais tinha razão de ser, enquanto o modelo dos ordenamentos políticos estava, sobretudo, decalcado na concepção própria do Estado liberal, primeiro em sua versão oligárquico-censitária e, depois, na versão democrática.⁸

Luigi Ferrajoli, na sua obra “Direito e Razão: teoria do garantismo penal”, desenvolve aquilo que ele denomina de “garantismo”.

O professor italiano fornece três significados diversos para o “garantismo”: modelo normativo de direito, teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” normativas e filosofia política.

Garantismo, para ele, como modelo normativo de direito que, sob o plano epistemológico, é caracterizado como um sistema de poder mínimo como modelo normativo de direito, o qual está atrelado ao modelo da estrita legalidade no campo penal; em seu plano político é “uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade”,

⁵ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 149.

⁶ PRADO, Geraldo. Verdade, certeza e dúvida: as questões em torno da cadeia de custódia das provas no processo penal. In: D’ÁVILA, Fabio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos (Org.) **Direito penal e política criminal**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015, p. 200-220.

⁷ *Idem*. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 90.

⁸ VERGOTTINI, Giuseppe de. Constituição. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmen C, Varriale et al. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 258.

enquanto sob o plano jurídico é visto “como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos”.⁹

No campo penal, Ferrajoli afirma estar o poder de punir submetido a leis.¹⁰ Este poder, todavia, pode ser compreendido de duas formas: uma débil, segundo a qual o exercício do poder é conferido pela lei e exercido nos moldes fixados por ela; outra forte, segundo a qual o poder deve ser limitado pela lei em seu conteúdo.¹¹ O garantismo por ele defendido alberga a segunda.

O modelo de Estado de Direito nascido com as constituições modernas é caracterizado pelo princípio da legalidade, o qual subordina os poderes públicos às normas jurídicas que disciplinam suas atuações e são controlados por um judiciário independente, e pela

[...] funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária.¹²

Logo, o Estado de direito está diretamente relacionado à desconfiança no poder constituído:

Exemplar, nessa perspectiva, é o facto de ter sido precisamente uma desconfiança de base para com o Estado que conduziu à construção histórica do Estado de direito, ele mesmo legitimado pela necessidade de responder aos mais do que compreensíveis factores de desconfiança.¹³

Ferrajoli trata na obra de princípios que compõem o modelo penal garantista, os quais são condições necessárias - mas não suficientes - à imposição de pena.¹⁴ Os dez princípios são: 1) da retributividade; 2) da legalidade; 3) da necessidade; 4) da lesividade; 5) da materialidade; 6) da culpabilidade; 7) da jurisdicionariedade; 8) acusatório; 9) do ônus da prova; 10) do contraditório.¹⁵

O sistema penal garantista é um modelo-limite ideal em que estão presentes todos os princípios acima indicados. O professor de Bolonha afirma que, na prática, o que há são graus de garantismo, havendo sistemas tendencialmente garantistas ou tendencialmente autoritários.

No sistema engendrado por Ferrajoli, existem garantias penais, relativas a pressupostos materiais para que um comportamento seja considerado criminoso, e garantias processuais, que

⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 786.

¹⁰ *Ibid.*, p. 789.

¹¹ *Ibid.*, p. 790.

¹² *Ibid.*, p. 790.

¹³ MARTINS, 2011, p. 48.

¹⁴ FERRAJOLI, 2006, p. 90.

¹⁵ *Ibid.*, p. 91.

dizem respeito a normas garantidoras da jurisdição. Importante destacar que garantias penais e processuais são conexas, sendo vazias as primeiras sem as segundas e vice-versa.¹⁶

Dentre as garantias processuais está a submissão à jurisdição, dividida pelo professor italiano em sentido amplo e em sentido estrito: a primeira serve tanto a processos de matriz inquisitiva como acusatória; a segunda é exclusiva dos processos acusatórios.¹⁷

No seu modelo garantista, as garantias jurisdicionais são subdivididas em orgânicas, referentes ao juiz e sua posição perante outros sujeitos processuais e outros poderes estatais, e procedimentais, ligadas à formação do juízo.

Para o autor, as garantias jurisdicionais são postas a serviço de um sistema voltado à busca de uma verdade processual controlável e controlada.

Especificamente quanto às garantias procedimentais, Ferrajoli afirma serem elas destinadas à tutela dos inocentes.¹⁸ Trata-se de uma escolha civilizatória vinculada à presunção de inocência, sendo preferível que culpados fiquem impunes a inocentes serem punidos indevidamente.

Portanto, a partir das lições de Ferrajoli, é preciso se enxergar as leis relativas ao processo penal como mecanismos de contenção da intervenção estatal nas liberdades individuais.

É, assim, desde a perspectiva das garantias individuais como trunfos contra a ação sancionatória do Estado, que deve ser entendido o devido processo penal como forma de contenção do poder punitivo estatal.

1.2 Prova e verdade no processo

De acordo com Michele Taruffo, o objetivo do processo é produzir decisões justas. Pressuposto da existência de uma decisão justa é que seja ela fundada numa correta determinação dos fatos. Para ele, não há justiça em decisões fundadas em determinações errôneas ou inaceitáveis dos fatos.¹⁹

Conforme Juarez Tavares e Rubens Casara, “o conceito de verdade implica a formulação de um juízo, que deve incidir sobre os objetos em face de seus elementos extensivos

¹⁶ FERRAJOLI, 2006, p. 495.

¹⁷ *Ibid.*, p. 496.

¹⁸ *Ibid.*, p. 556.

¹⁹ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer-Beltrán. 2. ed. Bolonha: Editorial Trotta, 2005, p. 63-64.

(denotativos) e intensivos (conotativos)”.²⁰ Estes autores afirmam que a verdade é uma certa forma de explicação convincente da realidade.²¹

No direito processual, verdade e prova estão intimamente ligados, pois esta é o que viabiliza a entrada dos fatos no ambiente processual. O direito material só é corretamente aplicado se houve uma acertada determinação dos fatos.²²

O estudo da prova vai muito além do direito, perpassando pelo estudo da lógica, da psicologia e da epistemologia.²³

Durante muito tempo, o estudo da temática relacionada à prova foi relegado a um segundo plano, como se a determinação dos fatos fosse algo puramente discricionário do juiz ou como se as inferências probatórias fossem claras o suficiente para que qualquer pessoa que se deparasse com elas chegasse à mesma conclusão acerca dos fatos.

O estudo do direito probatório restringia-se ao estudo da legislação processual, enquanto o raciocínio probatório era deixado de lado. O juiz era livre para decidir como bem entendesse.

Prova é um significante polissêmico, possuindo três acepções: prova como meio, prova como atividade e prova como resultado. Nos dizeres de Carmen Vázquez:

O termo “prova” é ambíguo. Com esse podemos fazer referência aos elementos de juízo, à produção probatória e ao resultado probatório. Com essas distinções é possível classificar as normas que regulam em: regras sobre os meios de prova, regras sobre a produção das provas admitidas e regras sobre o resultado das provas admitidas e produzidas.²⁴

Salah Khaled Júnior diz haver na doutrina quatro entendimentos sobre o sentido da atividade probatória: a) uma que sustenta estar ela voltada à demonstração objetiva da verdade; b) a que defende ser ela destinada à fixação formal dos fatos aduzidos; c) a que reduz a atividade a mera argumentação; e d) a que prega que a atividade probatória busca o convencimento do juiz.²⁵

A primeira das correntes é criticada por Khaled Júnior por ser impossível o alcance de uma verdade real, exatamente como aconteceram os fatos, dando amplos poderes ao juiz para produzir provas de ofício, deixando sua posição de imparcialidade de lado.²⁶

²⁰ TAVARES; CASARA, 2020, p. 113.

²¹ *Ibid.*, p. 118.

²² TARUFFO, 2005, p. 67.

²³ *Ibid.*, p. 22.

²⁴ VÁZQUEZ, Carmen. **Prova pericial**: da prova científica à prova pericial. Trad. Vitor de Paula Ramos. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 53.

²⁵ KHALED JÚNIOR, Salah. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. 3. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020, p. 335.

²⁶ *Ibid.*, p. 335-336.

A segunda recebe a crítica do professor gaúcho porque, de acordo com ele, a prova seria instituição meramente artificial. Para os adeptos dessa concepção, como a atividade probatória processual possui diversas regras, diversamente do que ocorre no campo probatório em geral, não haveria como correlacioná-la com o passado. Assim, Khaled Júnior diz que, a prevalecer essa vertente, a decisão judicial é produto do decisionismo.²⁷

O terceiro posicionamento é rechaçado por Salah Khaled Júnior por reduzir a atividade probatória a um mero “jogo de argumentação construído com efeito de sedução”.²⁸ Portanto, a decisão seria produto de uma completa desvinculação com o passado, o que é inaceitável.

O último dos entendimentos sustenta que a atividade probatória “se destina a informar ao julgador acerca da validade do enunciado proposto na acusação ou no pedido de prestação jurisdicional”.²⁹

Nesta linha de pensamento, assevera o professor gaúcho Aury Lopes Júnior que “O processo penal e a prova nele admitida integram o que se poderia chamar de modos de construção do convencimento do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença”.³⁰

Marina Gascón Abellán critica esse último posicionamento, chamado por ela de concepção persuasiva da prova, pois seria impossível sindicá-la a convicção judicial, já que a persuasão corresponde a um estado psicológico do sujeito, o que tornaria a atividade probatória algo irracional e incontrollável.³¹

Abellán, portanto, adota a concepção denominada cognitivista, segundo a qual a prova se destina “a conhecer ou averiguar a verdade sobre fatos controvertidos ou litigiosos, sendo um instrumento de conhecimento, um conhecimento que é frágil e cujos resultados são meramente prováveis”.³²

Taruffo diz ser objeto de prova a base empírica da valoração conjecturada pela norma.³³ Para ele, a prova serve para estabelecer a verdade de um ou mais fatos relevantes para a decisão.³⁴

²⁷ KHALED JÚNIOR, 2020, p. 339.

²⁸ *Ibid.*, p. 343.

²⁹ TAVARES; CASARA, 2020, p. 20.

³⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 557.

³¹ ABELLÁN, Marina Gascón. **O problema de provar**. Trad. Livia Moscatelli; Caio Badaró Massena. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022, p. 19.

³² *Ibid.*, p. 19.

³³ TARUFFO, 2005, p. 129.

³⁴ *Ibid.*, p. 89.

Giovanni Tuzet, em complementação, divide o objeto da prova em imediato, que seria a afirmação ou o enunciado, e mediato, que seriam os fatos.³⁵

O ato de provar, então, não está vinculado ao aspecto valorativo da norma, mas ao pressuposto fático que permite sua incidência.

Se hoje é comum associar processo a prova e verdade, nem sempre, todavia, esta ligação existiu.

De acordo com Michel Foucault, a discussão acerca da verdade veio a ser introduzida no âmbito processual na Grécia Antiga como forma de constranger o poder, elaborando-se formas racionais de prova, desenvolvendo-se a retórica argumentativa e o conhecimento a partir de testemunhos.³⁶

No sistema feudal antigo, fruto do modelo germânico, as controvérsias não eram solucionadas a partir de demonstrações racionais das alegações dos envolvidos, mas a partir de provas aceitas por ambos, que se submetiam a elas. Essas provas poderiam ser sociais, verbais, mágico-religiosas e físicas.³⁷ Esse sistema, portanto, não possuía qualquer vínculo com uma pretensão de verdade e desapareceu no fim do século XII e ao longo do século XIII.

A partir da segunda metade da Idade Média, emerge o sistema inquisitorial de busca da verdade.

Naquele momento histórico, o crime era considerado uma agressão ao próprio soberano, às regras por ele editadas. Portanto, o procurador, enquanto representante do soberano, agia contra o suposto responsável pela infração.

Como não havia mais a disputa entre dois particulares, não fazia sentido se exigir que a pessoa do procurador se arriscasse nos desafios do sistema anterior. Foi, então, que se ressuscitou o modelo do inquérito do Império Carolíngio.³⁸

Com o novo sistema, houve uma guinada em busca de uma racionalidade advinda das práticas interrogatórias, as quais visavam prorrogar os acontecimentos passados ao presente.³⁹

O inquérito foi produto de uma nova forma de estrutura de poder, entranhado no direito a partir das influências da igreja e de suas categorias.⁴⁰

Foucault afirma:

³⁵ TUZET, Giovanni. **Filosofia de la prueba jurídica**. Trad. Diego Dei Vecchi. Madri: Marcial Pons, 2021, pp. 162-163.

³⁶ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2002, p. 54.

³⁷ *Ibid.*, p. 59-60.

³⁸ *Ibid.*, p. 67-68.

³⁹ *Ibid.*, p. 92.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 72-73.

O inquérito é precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas verdadeiras e de as transmitir. O inquérito é uma forma de saber-poder.⁴¹

O modelo inquisitorial erigiu a busca da verdade a uma posição sagrada, que deveria ser alcançada a qualquer custo.

De acordo com Salah Khaled Júnior, “No campo probatório, desapareceram os últimos resquícios do sistema germânico: a prova passou a ser – como em Roma – um meio de fixação da verdade”.⁴²

A busca incessante pela verdade e a mistura entre direito e religião criou uma sanha persecutória, uma vez que o imputado era confundido com a figura do herege, que deveria ter seus pecados espiados por meio da pena.

A verdade era descoberta a partir dos interrogatórios e ninguém melhor do que o pecador para saber todas as informações sobre o pecado que havia cometido. O papel do inquisidor era extrair dele toda a verdade, ainda que para isso fosse necessária a tortura.

Segundo Khaled Júnior, “Constituía-se, assim, uma “verdade que reproduzia as convicções pessoais do inquisidor, o qual a extraía através da força a confirmação pelo réu da hipótese que ele, o juiz, havia fabricado”⁴³. Essa verdade, na visão do mesmo autor, é classificada como “fantasmagórica” e não pode esse modelo de correlação entre processo e verdade da epistemologia inquisitiva ser considerado uma conquista civilizatória.⁴⁴

1.2.1 Verdade como correspondência e a visão garantista

Superando a ideia de verdade real atingida pelo processo, alguns autores defendem a noção de verdade como correspondência.

Segundo Giovanni Tuzet, “*Hay verdad en la medida en que haya correspondencia entre un discurso y aquello sobre lo que el discurso versa; caso contrario hay falsedad*”.⁴⁵

A visão de verdade como correspondência parte do pressuposto de que, a rigor, o que se prova verdadeiro ou falso não são os fatos, mas o enunciado que tem por objeto um fato.⁴⁶ Há verdade quando um enunciado corresponde à realidade fática versada por ele. Por exemplo: o enunciado “o céu é azul” é verdadeiro se e somente se o céu realmente for azul.

⁴¹ FOUCAULT, 2002, p. 78.

⁴² KHALED JÚNIOR, 2020, p. 62.

⁴³ *Ibid.*, p. 69.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 87.

⁴⁵ TUZET, 2021, p. 76.

⁴⁶ TARUFFO, 2005, p. 117.

Abellán, que também advoga no sentido de verdade como correspondência, descola as ideias de *verdadeiro* e de *provado*, pois verdadeiro ou falso são os enunciados analisados à luz do que ocorreu na realidade. Provado ou não provado são os enunciados confirmados ou não pelas provas produzidas. Isto significa que uma afirmação pode ser verdadeira (do ponto de vista realístico), todavia não estar provada. Pode, ainda, ocorrer o inverso, ou seja, um enunciado ser falso (sob o prisma da realidade), todavia, pelas provas produzidas, ser considerado provado.⁴⁷

Em sentido similar, Tuzet segrega *verdade* e *conhecimento*, pois, para ele, o conceito de verdade não depende do conhecimento, portanto não é epistêmico.⁴⁸ Pode um enunciado ser verdadeiro, mas não existir conhecimento suficiente para se saber se é ou não verdadeiro. O conhecimento, segundo ele, é uma crença verdadeira e justificada.⁴⁹ Quando se diz, por exemplo, que há vida fora do planeta Terra, essa afirmação pode ser verdadeira, contudo não temos conhecimento acerca dela.

As colocações de Tuzet vão ao encontro das de Abellán no sentido de que se o conhecimento deve ser justificado, as provas servem ao juiz para chegar a um conhecimento sobre enunciados de maneira justificada, o que não significa que seja necessariamente verdadeiro. Não há garantia de verdade no ambiente processual.

O raciocínio probatório, seja na esfera jurídica, seja fora dela, se dá em condições de incerteza e de informação incompleta⁵⁰, devendo ser aceito o caráter relativo e falível da decisão judicial⁵¹ por razões epistemológicas – afinal o raciocínio probatório é realizado a partir de inferências indutivas baseadas em probabilidades e conhecimentos gerais -, institucionais – há regras processuais limitadoras da investigação – e humanas – a valoração é influenciada por aspectos subjetivos do juiz.

Ao se dizer que um fato (ou melhor, um enunciado sobre um fato) está provado, o que se quer dizer é que, diante das informações disponíveis, está justificada a crença em admitir como existente ou inexistente um fato. O resultado da prova é dado em termos probabilísticos.

Ferrer-Beltrán afirma que a apuração da verdade é o objetivo fundamental da atividade probatória no processo judicial, porém não é o único.⁵²

Em semelhante sentido, afirma Gustavo Badaró:

⁴⁷ ABELLÁN, 2022, p. 20.

⁴⁸ TUZET, 2021, p. 79.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 80.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 129.

⁵¹ ABELLÁN, 2022, p. 21.

⁵² FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 46-47.

Em suma, a verdade é muito importante para o processo. Mas não é tudo. É preciso retirar a verdade do trono em que reinava absoluta no processo penal o que não significa desterrá-la. Se a verdade não é o centro do processo penal, não há como negar, por outro lado, que a verdade exerce um papel importante no processo. Não se trata de eliminá-la, mas de deslocá-la do lugar de centralidade, até então ocupado, para um ponto diverso, secundário.⁵³

As regras jurídicas processuais impõem uma série de limitações à produção probatória, sendo essas regras sobre a prova divididas em três tipos pelo autor espanhol: a) regras sobre a atividade probatória; b) regras sobre os meios de prova e c) regras sobre o resultado probatório.⁵⁴ Todas essas regras constituem restrições à ampla pesquisa probatória em geral. O processo, como dito acima, tutela não somente o valor verdade, mas outros valores, que implica a existência de constrangimentos à busca da verdade.

Lopes Júnior afirma que o modo de conhecimento judicial dos fatos, por intermédio da prova, não é ilimitado:

A prova penal, enquanto meio através do qual o juiz ignorante (porque ignora os fatos) conhece de algo que, em não conhecendo, precisa muito conhecer para julgar, dialoga constantemente com a epistemologia. É através da prova que ele ‘conhece’, mas também existe um ritual para que esse conhecimento seja obtido e limites a ele.⁵⁵

As normativas jurídicas constituem óbices ao conhecimento dos fatos pelo julgador, o que é compreensível num sistema democrático. Numa mentalidade autoritária, entretanto, a pretensão de verdade como objetivo do processo penal confere ao juiz o protagonismo na instrução, permitindo-lhe afastar barreiras legais em nome da verdade. Gloeckner, nesse sentido, ensina:

Além disso, as mais distintas e abusivas formas de introdução de meios probatórios seriam autorizadas, tudo graças ao dever de persecução da verdade real e seu congênito princípio, o da liberdade das provas, responsável pela superação do ‘inquisitório’ sistema das provas legais.⁵⁶

O encontro do verdadeiro não pode, numa visão autoritária, ser limitada por direitos e garantias individuais, o que justificaria um processo em que não só a valoração, mas também a admissão das provas seria livre. O processo, no final das contas, torna-se amorfo, não possui regras e converte-se num jogo sem regras atrás da verdade real.

Se canonizar a verdade real, como o fazem os autoritários, é um equívoco, refutar qualquer conexão do processo com a verdade também o é.

⁵³ BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>.

⁵⁴ FERRER-BELTRÁN, 2021, p. 52.

⁵⁵ LOPES JÚNIOR, 2020, p. 561-562.

⁵⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 408.

Taruffo afirma ser insustentável uma ideia de verdade processual dissociada da verdade *tout court*. A existência de regras jurídicas serve para se excluir a possibilidade de verdades absolutas, mas não pode diferenciar completamente a verdade do processo da verdade que habita fora dele.⁵⁷ As limitações e as peculiaridades do processo são, a priori, incompatíveis com a busca da verdade absoluta, mas não é desta verdade que trata o processo.⁵⁸

As regras jurídicas, embora restrinjam as possibilidades de se buscar a verdade, por si sós, não alijam completamente a verdade do processo. Não significa que processo e verdade sejam absolutamente incompatíveis.

A impossibilidade de se alcançar uma verdade absoluta em qualquer área é uma das razões pelas quais alguns defendem que a noção de verdade seja expurgada do campo jurídico-processual.⁵⁹

Outros, defensores do pragmatismo, advogam contrariamente à busca da verdade na esfera jurídica afirmam que processo não é o *locus* adequado para isso, mas para a solução de conflitos.⁶⁰ Contra esse argumento, Taruffo diz ser inaceitável uma resolução de controvérsia descolada da realidade fática, pois configuraria puro arbítrio.⁶¹

Há também os que asseveram ser irrelevante o debate sobre a verdade, pois no processo o que importa é a narrativa.⁶²

A redução do debate processual a um mero jogo retórico deságua em arbitrariedade, exatamente o oposto do que se pretende em uma democracia. Não se concebe uma disputa argumentativa como critério de definição factual.

A conexão do processo com algum grau de verdade se faz necessário em um Estado de direito, sob pena de, ao invés de se restringir o poder do Estado, torná-lo ainda maior.

Os atos judiciais, em um regime democrático, devem ser revestidos de motivação. É por meio dela que se controlam as decisões. Sentença, que vem do latim *sentire*, deve ser não produto do sentimento, mas da racionalidade. Do contrário, o direito à prova se torna despidendo.

O direito à prova, para Ferrer-Beltrán, é decomposto em quatro elementos: 1) direito a utilizar todas as provas disponíveis; 2) direito à produção probatória no processo; 3) direito à valoração racional das provas; 4) direito à motivação das decisões judiciais.

⁵⁷ TARUFFO, 2005, p. 23-24.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 46-47.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 28.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 37.

⁶¹ *Ibid.*, p. 65.

⁶² *Ibid.*, p. 49-52.

A epistemologia garantista mantém a crença na busca pela verdade no processo, deixando claro Ferrajoli que os princípios garantistas por ele formulados destinam-se a assegurar o maior grau de racionalidade e confiabilidade do juízo, o que limita o poder punitivo e a arbitrariedade.⁶³ Não há, para ele, como se dissociar algum grau de verdade da justiça penal.

O jurista florentino, assim como Taruffo, sustenta ser compatível com a verdade no campo jurídico a ideia de verdade defendida por Tarski, segundo a qual uma proposição é verdadeira se e somente se designa um estado de coisas existente.⁶⁴

Luigi Ferrajoli defende a existência do princípio da estrita jurisdicionariedade, o qual exige duas condições: verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias.⁶⁵ As teses acusatórias devem ser passíveis de verificação ou de falseamento a partir das provas.

Ferrajoli sustenta a ideia de uma verdade processual correspondente, aproximada, rechaçando a concepção de uma verdade real, absoluta. Para ele, a verdade processual não pretende ser inquestionável:

A “verdade” de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a “verdade” de uma ou de várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras *pelo que sabemos* sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto dos conhecimentos confirmados que dela possuímos.⁶⁶

Tal como Ferrer-Beltrán, Ferrajoli reconhece a existência de limitações à verdade no campo processual. No entanto, diferentemente do espanhol, que defende o dever de o juiz também perseguir a verdade e, assim, produzir provas de ofício,⁶⁷ Ferrajoli entende não ser função do juiz ter protagonismo na fase instrutória, assumindo funções da acusação.⁶⁸

Uma das barreiras reconhecidas por Ferrajoli consiste em se compreender que verdade processual só pode ser conhecida a partir de sinais do passado. Ele afirma ser a verdade fática processual resultado de uma ilação dos fatos comprovados do passado com os fatos probatórios do presente.⁶⁹

⁶³ FERRAJOLI, 2006, p. 38.

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Epistemología jurídica y garantismo**. México, DF: Distribuciones Fontamara, 2004, p. 26.

⁶⁵ FERRAJOLI, 2006, p. 40.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 53.

⁶⁷ Ferrer-Beltrán entende que o objetivo das partes não é necessariamente a busca da verdade, mas seus próprios interesses. Por isso, poderia o juiz produzir provas de ofício, para fazer prevalecer a verdade, não os interesses das partes. Ver. FERRER-BELTRÁN, 2021, p. 57-58.

⁶⁸ FERRAJOLI, 2006, p. 562.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 55.

Ademais, há o óbice temporal, uma vez que a atividade probatória processual deve se encerrar em algum momento, não podendo haver maior aprofundamento investigativo indefinidamente.⁷⁰

Outro obstáculo está na verificação jurídica, realizada por intermédio da subsunção. O juiz detém uma margem de discricionariedade ao classificar determinados fatos conforme as normas jurídicas, conforme sua interpretação.⁷¹

Mais um limite à verdade está na subjetividade do juiz. O magistrado, por mais que procure manter uma objetividade em sua atuação, é, no final das contas, um ser humano, condicionado por valores, emoções, impressões.⁷²

Ferrajoli destaca que a subjetividade é agravada por três elementos. O primeiro é relativo à natureza dos fatos postos em questão em um processo judicial, os quais afetam mais sensivelmente as convicções morais e emocionais do juiz do que os fatos passados analisados por um historiador.⁷³

Além disso, em comparação com outras ciências, a decisão judicial possui caráter de definitividade, o que não ocorre com as investigações científicas em geral, as quais podem sofrer correções e refutações.⁷⁴

A terceira distorção subjetiva está na própria formação jurídica, que leva a uma incompreensão da realidade, a qual é vista pelo juiz a partir dos filtros jurídicos.⁷⁵

Além da subjetividade do juiz, há a subjetividade das demais fontes de prova, como depoimentos testemunhais, interrogatórios, acareações e até mesmo as provas periciais.⁷⁶ Nesse ponto, vale destacar que, de acordo com Carmen Vázquez, a prova pericial é, do ponto de vista epistemológico, um testemunho.⁷⁷ Ainda com a professora da Universidade de Girona, “Uma prova pericial pode consistir parcialmente em inferências que o *expert* deriva dos fatos e parcialmente em fatos oferecidos por não *experts*.”⁷⁸

A quarta limitação imposta pelo direito à descoberta da verdade está na observância dos regramentos e procedimentos dispostos pelo ordenamento jurídico.

Ferrajoli afirma que

⁷⁰ FERRAJOLI, 2006, p. 56.

⁷¹ *Ibid.*, p. 56-57.

⁷² *Ibid.*, p. 58.

⁷³ *Ibid.*, p. 59.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 60-61.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 60.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 60.

⁷⁷ VÁZQUEZ, Carmen. **Prova pericial: da prova científica à prova pericial**. Trad. Vitor de Paula Ramos. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 87.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 79.

[...] não é só a verdade que condiciona a validade, mas é também a validade que condiciona a verdade no processo. Esta é, por assim dizer, uma verdade normativa no tríplice sentido: a) uma vez comprovada definitivamente, tem valor normativo; b) está convalidada por normas; c) é verdade na medida em que seja buscada e conseguida mediante o respeito às normas.⁷⁹

Nessa esteira, Lopes Júnior afirma:

A luta pela qualidade da decisão judicial passa pela melhor prova possível. Nesse terreno, a estrita observância do acusatório, com claro afastamento das funções de acusar e julgar, mas, principalmente, pela imposição de que a iniciativa probatória seja das partes e não do juiz (recusa ao ativismo judicial), bem como pela maximização do contraditório, são fundamentais. Outra premissa básica neste tema (e em todo processo penal) é: forma é garantia e limite de poder. A importância da “tipicidade processual” é novamente evidenciada.⁸⁰

De igual forma entende Badaró, defensor de uma epistemologia garantista:

Ao contrário, a investigação e a instrução criminal devem se desenvolver nos limites e segundo os critérios legais. A verdade processualmente válida e atingível possui limites expressos em regras legais que, se de um lado restringem os elementos disponíveis para a reconstrução história, de outro purificam o material probatório que o juiz irá valorar.⁸¹

Não há, assim, espaço para utilitarismo no processo. Logo, a sanção penal só pode ser legítima em um estado de direito quando respeitadas as garantias penais e processuais previstas na Constituição e nas leis, afinal a legalidade é imposta ao próprio estado.

1.2.2 A produção analógica da verdade

Salah Khaled Júnior sustenta não ser cabível em um sistema processual acusatório e democrático a noção de que o processo é voltado para a descoberta da verdade.

Ele parte do pressuposto de que o processo serve à contenção do poder punitivo e, ao se colocar a busca da verdade no centro do processo, atribuem-se poderes excessivos ao juiz, o que potencializa o poder punitivo e desmantela a estrutura acusatória e democrática delineada na Constituição.

Khaled Jr associa a ambição de verdade à estrutura inquisitória de processo, a qual expurga a imparcialidade judicial e tem como escopo a condenação.⁸²

Apesar de reconhecer avanços de Taruffo e, principalmente, de Ferrajoli em relação à noção de verdade real ou material,⁸³ o professor sul-rio-grandense afirma que a lógica da

⁷⁹ FERRAJOLI, 2006, p. 61.

⁸⁰ LOPES JÚNIOR, 2020, p. 659.

⁸¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; Lopes, ANDERSON Bezerra (Org.) **Temas atuais de investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 517-538.

⁸² KHALED JÚNIOR, 2020, p. 76.

⁸³ *Ibid.*, p. 19-20.

verdade como objetivo do processo, ainda que sob a forma de verdade correspondente, não se compatibiliza com o modelo acusatório.⁸⁴

Uma das razões para a busca da verdade não se coadunar com o sistema acusatório reside no fato de que, se a verdade deve ser alcançada por intermédio do processo, ela pode ser buscada a qualquer custo, o que eliminaria as barreiras impostas pelos direitos fundamentais dos indivíduos.⁸⁵

Outro fundamento seria o rompimento da imparcialidade do julgador, uma vez que, se o processo se funda na busca da verdade, o juiz seria dotado de poderes instrutórios, o que é incompatível com a presunção de inocência, norteadora do sistema acusatório, afinal, se o ônus da prova é da acusação, não há por que o juiz produzir provas, sob pena de imbricação entre os papéis de acusação e de julgamento, o que é característico do sistema inquisitivo.

Taruffo, contudo, diz não haver correlação necessária entre sistema inquisitivo e a busca da verdade:

En particular, no resulta en absoluto clara la correspondencia entre el modelo dispositivo y la negación de la verdad por un lado y entre la búsqueda de la verdad y el modelo inquisitivo, por el otro: en efecto, mientras que no está claro que este último modelo esté orientado, por definición, hacia la búsqueda de la verdad y mucho menos que asegure su obtención, no es segura ni siquiera la incompatibilidad entre la búsqueda de la verdad y el modelo dispositivo.⁸⁶

Tal como Taruffo, Ferrer-Beltrán afirma ser possível ao juiz produzir provas sem descurar-se de sua imparcialidade, exatamente porque os sujeitos parciais atuam no processo de maneira a satisfazerem seus próprios interesses, os quais podem não se harmonizar com a busca da verdade, que seria função do julgador.⁸⁷

A adoção de um modelo em que o juiz possua poderes de produção de provas pode e deve ser, na visão de Taruffo, compatibilizada com o princípio do contraditório, oportunizando-se às partes conhecer os elementos probatórios introduzidos no processo de ofício e se manifestar acerca deles.

Taruffo, ao tratar do perigo de quebra de imparcialidade judicial ao se determinar produção de provas sem provocação diz:

En todo caso, parece evidente que el remedio para estos peligros (en realidad más temidos que reales) no consiste en privar al juez de todo poder de instrucción, sino en someter a controles adecuados el ejercicio de estos poderes. Es aquí donde se vuelve esencial la garantía de los derechos de las partes, y donde el principio del

⁸⁴ *Ibid.*, p. 78.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 98.

⁸⁶ TARUFFO, 2005, p. 43.

⁸⁷ FERRER-BELTRAN, 2021, p. 57-58.

contradictório cumpre una relevante función epistémica, constituyéndose em una técnica esencial de control racional sobre el uso que el juez hace de sus poderes.⁸⁸

Khaled Jr, contudo, diz não fazer sentido atenuar os poderes instrutórios judiciais com a faculdade de as partes se manifestarem sobre a prova, pois não há sentido na ideia de as partes entrarem em contraditório com o juiz.⁸⁹

Para Salah Khaled Júnior a busca da verdade como objetivo processual está intimamente ligada a uma estrutura inquisitória e tende a objetificar o acusado, não conhecendo limites a sua ação.⁹⁰ Para ele, ainda que se tente temperar a busca da verdade afirmando que ela não pode ser alcançada a qualquer custo, não é suficiente para resolver o problema.⁹¹

A verdade não deve ser enxotada do ambiente judicial, segundo Salah Khaled Jr. É inconcebível, para ele, um processo descolado totalmente da ideia de verdade.⁹²

O conhecimento, para ele, não pode estar calcado na ideia de verdade e certeza, sendo ele provisório.⁹³

O que é discutido na esfera processual é um fato passado irrepitível e as representações narrativas sobre eles agregadas de uma linguagem jurídico-penal.⁹⁴

A atribuição de poderes de produção de provas ao juiz corresponde a uma fé demasiada na sua capacidade de reconstrução dos fatos, quando, na visão de Khaled Jr, deve haver justamente uma desconfiança nela como meio para se aplacar o poder penal.⁹⁵

O juiz, à semelhança do historiador, se depara com a reconstrução de fato passado, todavia as limitações impostas pelas regras jurídicas impõem óbices aos magistrados que não existem para historiadores. Assim, de acordo com Salah Khaled Júnior, a função do juiz não seria a de reescrever a história, mas a de garantir direitos fundamentais.⁹⁶ Além disso, tem ele o dever de decidir em um prazo razoável, não podendo ser o resultado da pesquisa inconclusivo, diversamente do historiador. Outra distinção entre ambos é que o julgador não pode conduzir sua pesquisa conforme uma hipótese previamente definida, o que ocorre com o historiador.⁹⁷

⁸⁸ TARUFFO, Michele. **Simplesmente la verdad**: el juez y la contrucción de los hechos. Trad. Daniela Acatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 201.

⁸⁹ KHALED JÚNIOR, 2020, p. 148.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 166.

⁹¹ *Ibid.*, 2020, p. 178

⁹² *Ibid.*, p. 304.

⁹³ *Ibid.*, p. 231.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 261.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 281.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 292.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 293.

Salah Khaled Jr. sustenta que a reconstrução do passado se dá pelos rastros deixados por ele no presente, sendo impossível a reprodução do passado.⁹⁸

As limitações decorrentes dos mecanismos cognitivos e das regras jurídicas são fatores que tornam o ambiente do processo um campo de incertezas.

As marcas do passado são as vias pelas quais o juiz percorre para reconstruir o passado a partir das representações narrativas. Logo, o conhecimento obtido não seria o correspondente, já que o juiz não conhece diretamente o objeto estudado. Não se traz o tempo passado de volta. O magistrado conhece o evento a partir do que sobrou dele.⁹⁹

Khaled Júnior afirma que “o rastro é apenas parte de um grande todo ao qual ele não pode corresponder; dizer que há essa correspondência é um manifesto excesso epistêmico”.¹⁰⁰

Ele diz que aquilo reconstruído com base em fragmentos do passado não é o mesmo (o próprio passado), mas também não é o outro, algo completamente diferente do passado. Os rastros, portanto, demarcam fronteiras sobre a sustentação de determinados argumentos e a legitimidade de certas ilações.¹⁰¹

Conclui Khaled Júnior que a representação narrativa feita pelo juiz, então, não é a do passado em si nem algo sem relação com ele, mas algo análogo ao pretérito.¹⁰²

1.3 A prova nos processos de tráfico de drogas

Conforme afirma Marcelo Semer, “Talvez em nenhum outro tipo penal, a prova seja tão modesta quanto no tráfico de drogas”.¹⁰³

Comumente, conjugam-se os depoimentos dos policiais envolvidos nas prisões em flagrante aos laudos de constatação e definitivo.

É também corriqueiro atribuir maior peso à palavra do policial, confiando na idoneidade de seu testemunho e na presunção de veracidade das declarações, tudo isso aliado a um baixo nível de exigência de suficiência probatória para sentença condenatória, o que leva o processo a ser mero rito de passagem para uma condenação protocolar.

Um processo democrático exige do Estado maior rigor no respeito a direitos fundamentais desde o ato que dá início à persecução criminal, que, no tráfico, costuma ser a busca pessoal, até a valoração da prova, passando, inclusive, pela sua admissibilidade.

⁹⁸ KALED JUNIOR, 2020, p. 306.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 314-315.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 316.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 316-317.

¹⁰² *Ibid.*, p. 327.

¹⁰³ SEMER, Marcelo. **Sentenciando Tráfico**: o papel dos juízes no grande encarceramento. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 185.

1.3.1 A abordagem policial

A esmagadora maioria do início da persecução criminal nos processos de tráfico parte de inquéritos policiais deflagrados a partir de *notitia criminis* de cognição coercitiva.

Segundo os dados trazidos pela pesquisa de Marcelo Semer, mais de 88% dos processos começaram com prisões em flagrante, o que demonstra haver um baixíssimo grau de investigações policiais.

Os delitos pelos quais pessoas são presas em flagrante costumam ser aqueles praticados por pessoas de classes sociais mais baixas, já que exigem menor sofisticação na ação e são mais visíveis as condutas. Outrossim, crimes de colarinho branco são praticados no interior de gabinetes, exigem certos conhecimentos técnicos e posições profissionais mais elevadas, as quais não são ocupadas por pessoas de camadas sociais mais baixas.

Os dados do encarceramento brasileiro revelam o amplo predomínio de pessoas negras no sistema prisional por crime de tráfico de drogas em relação a pessoas brancas.

A partir de um olhar da criminologia crítica, desde a mudança do paradigma tradicional no sentido de se questionar como alguém se torna criminoso para o da reação social, em que se questiona quem define quem como delinquente¹⁰⁴, nota-se a existência de uma política criminal de viés racista, especialmente no campo das drogas.

Silvio Luiz de Almeida afirma conceitua racismo como:

[...] uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertençam.¹⁰⁵

De acordo com Almeida, o racismo, portanto, não é algo pontual, mas um processo que se reproduz nos campos político, econômico e das relações cotidianas¹⁰⁶.

O racismo é parte integrante das instituições brasileiras, em particular das instituições que servem à manutenção da ordem, como são as polícias, que, a rigor, não criam, mas replicam o racismo incrustado na sociedade.¹⁰⁷

As práticas racistas ocorrem, muitas vezes, de maneira inconsciente pelas pessoas e não é diferente com autoridades públicas componentes do sistema de justiça, o qual “é um dos

¹⁰⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociológica do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 88.

¹⁰⁵ ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019, p. 22.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 24.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 32.

mecanismos mais eficientes na criação e reprodução da raça e de seus múltiplos significados”.¹⁰⁸

Os profissionais do direito e da segurança pública, em geral, adotam a ideologia da defesa social no campo penal.

Para essa corrente ideológica, a lei penal, tutora dos interesses comuns das pessoas, é igual para todos e o Estado possui legitimidade da sociedade para reprimir o mal causado pelo delito, que é expressão de uma atitude reprovável do sujeito desviante.¹⁰⁹

O direito criminal, porém, na prática, revela sua seletividade, incidindo em maior número em pessoas negras.

Isso se dá, no campo das drogas, porque, como afirmado anteriormente, a maioria das condenações advém de processos originados a partir de prisões em flagrante delito.

Pesquisa realizada em 2003 por Silvia Ramos e Leonarda Musumeci aponta que 55% de pessoas classificadas como pretas e metade dos jovens entre 15 e 24 anos abordados pela polícia sofreram busca pessoal. Brancos foram revistados apenas em pouco mais de 32% dos casos.¹¹⁰

Luís Carlos Valois afirma haver uma discricionariedade na atuação policial no enfrentamento às drogas. Os policiais agem conforme regras e parâmetros sem amparo legal, mas existentes apenas em suas próprias cabeças.¹¹¹

As abordagens de rua ou as chamadas “batidas policiais” em locais fechados são comumente feitas em comunidades pobres e em pessoas negras. O que seria, em princípio, estranho é que essas ações da polícia costumam ser realizadas por soldados e cabos, ou seja, a base da pirâmide da corporação, ocupada em grande parte por pessoas negras.

Diz-se que, em princípio, seria estranho afirmar que praças negros praticassem racismo, pois, em um pensamento superficial, a tendência é crer que o racismo é prática deliberada exercida apenas por brancos.

Silvio Almeida explica como o racismo é introjetado na própria população negra, inclusive policiais:

Pessoas negras, portanto, podem reproduzir em seus comportamentos individuais o racismo de que são as maiores vítimas. Submetidos às pressões de uma estrutura social racista, o mais comum é que o negro e a negra internalizem a ideia de uma sociedade dividida entre negros e brancos, em que brancos mandam e negros obedecem. Somente a reflexão crítica sobre a sociedade e sobre a própria condição pode fazer um indivíduo, mesmo sendo negro, enxergar a si próprio e ao mundo que o circunda para

¹⁰⁸ *Ibid*, p. 43.

¹⁰⁹ BARATTA, 2002, p. 42.

¹¹⁰ RAMOS; MUSUMECI, 2004.

¹¹¹ VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 327.

além do imaginário racista. Se boa parte da sociedade vê o negro como suspeito, se o negro aparece na TV como suspeito, se poucos elementos fazem crer que negros sejam outra coisa a não ser suspeitos, é de se esperar que pessoas negras também achem negros suspeitos, especialmente quando fazem parte de instituições estatais encarregadas da repressão, como é o caso de policiais negros.¹¹²

O que Valois chama de discricionariedade, o professor André Saddy denomina de apreciatividade.

De acordo com o professor da Universidade Federal Fluminense, há quatro formas de subjetividade ou autonomia pública: liberdade de conformação, discricionariedade administrativa em sentido técnico-jurídico, margem de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados e apreciatividade.¹¹³

A apreciatividade está relacionada a atividades rotineiras de agentes públicos realizadas em caráter imediato ou de urgência.¹¹⁴

Os agentes policiais que exercem suas atividades na ponta lidam diretamente com o público e praticam rotineiramente fatos administrativos. Um desses fatos é a abordagem de pessoas.

O cotidiano de policiais, em especial dos militares, que efetuam o policiamento ostensivo, é repleto de tomada de decisões rápidas, as quais são feitas a partir de critérios que, não necessariamente, estão previstos expressamente em lei.

Marcelo Queiroz leciona:

Esse é um dos grandes problemas enfrentados pelos agentes policiais que se colocam na linha de frente do combate ao crime e da proteção do ordenamento jurídico, são eles obrigados a tomar decisões em frações de segundos, muitas vezes com repercussões profundas, sem que a lei ou o regulamento lhes confirmem todos os elementos necessários para tomar uma decisão juridicamente isenta, socialmente aceitável, sem riscos de danos e sopesando todas as consequências imagináveis de tal decisão, sendo que as consequências da inação podem ser tão graves quanto as de uma ação não ponderada. É sob essa pressão diária, senão ininterrupta, que devem agir os policiais incumbidos do policiamento das ruas.¹¹⁵

O agir ou não agir dos policiais está orientado não somente pelas leis e atos normativos infralegais, mas também pela experiência, pela práxis, pelo conhecimento empírico acumulado pela atuação cotidiana.

Como qualquer agente estatal, as decisões tomadas pelos policiais não são imunes de controle.

¹¹² ALMEIDA, 2019, p. 44.

¹¹³ SADDY, 2018.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ QUEIROZ, Marcelo. Trabalhando nas ruas: subjetividades policiais e seus dilemas nas situações de perigo iminente ou não. In: SADDY, André (Org.). **Discricionariedade na área policial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 73-99.

Em se tratando de um Estado de Direito, as condutas de intervenção do Estado na esfera particular do indivíduo devem estar balizadas pelo próprio direito. Devem as ações estatais tenderem ao menor grau possível de subjetividade. Dito de outra forma, quando se fala de restrição de liberdade, menor deve ser a liberdade conferida ao agente para restringi-la. Nos dizeres de Marcelo Semer “[...] o Direito Penal é também (ou, sobretudo, deve ser) um instrumento de liberdade, na medida em que é conformado pela noção de contenção do poder do Estado”.¹¹⁶

Embora estrutura organizacional da polícia esteja no âmbito do Poder Executivo e ser considerada a atividade policial uma ação de natureza administrativa, suas repercussões na esfera criminal fazem aplicar às condutas dos agentes de segurança os princípios do direito penal. Além disso, como se sabe, os princípios constitucionais estão no ápice do ordenamento jurídico, devendo as condutas policiais serem pautadas pela estrita observância dos direitos e garantias individuais, inclusive quanto ao antirracismo (art. 4º, VIII, e art. 5º, XLII, da Constituição Federal).

Como bem destaca Marcelo Semer, o Poder Judiciário tem dado grande parcela de contribuição ao encarceramento em massa, principalmente de pessoas negras, no que toca aos processos por tráfico de drogas, ao se enxergar como um complemento do trabalho realizado pelos órgãos de segurança pública.¹¹⁷

Na mesma linha, Luis Carlos Valois afirma:

Quando o judiciário passa a pensar que uma de suas funções é o combate à criminalidade ele se afasta da posição de garantidor de direitos e liberdade par agir como mais uma arma apontada para a população.¹¹⁸

Duas colaborações judiciais na erosão de direitos estão relacionadas às buscas pessoais e ao ingresso de policiais em domicílio.

Condutas caracterizadoras do tipo penal do art. 33 da Lei 11.343/2006 levam a doutrina a classificar o tráfico como crime permanente, ou seja, aquele cuja consumação se prolonga no tempo. Isso significa, portanto, que se encontrada droga no interior de um domicílio ou sob posse de alguém na rua e a polícia entender não ser ela destinada ao consumo pessoal, seria lícita a prisão em flagrante de quem for identificado como responsável por ela.

O Código de Processo Penal, no art. 240, § 2º, dispõe ser necessária para se proceder uma busca pessoal a fundada suspeita de que a pessoa oculte arma ou objetos ilícitos.

¹¹⁶ SEMER, Marcelo. **Princípios penais no estado democrático**. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015, p. 10.

¹¹⁷ SEMER, Marcelo. **Sentenciando Tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 287.

¹¹⁸ VALOIS, 2017, p. 446.

Na prática cotidiana, todavia, as abordagens policiais ocorrem, muitas das vezes, sem fundamentos racionais que levem a crer a existência de uma fundada suspeita.

O tirocínio policial, a destreza, a experiência e o faro para a descoberta do crime acabam sendo as razões para as abordagens, sem elementos concretos aptos a justificar a intervenção policial.

É comum os policiais afirmarem que a abordagem ocorreu porque a pessoa estava em atitude suspeita, expressão extremamente ampla em que cabe qualquer conduta do flagranteado.

Os contornos da legalidade das buscas pessoais têm se mostrado tênues, uma vez que o encontro de droga costuma levar à chancela da conduta pelo Judiciário, sob o fundamento da permanência do crime. O resultado da abordagem é o que acaba por justificá-la, ainda que sejam esquecidas tantas outras abordagens nas quais nada de ilícito é encontrado, afinal estas não chegam ao conhecimento da Justiça.

A análise pueril acerca da validade de buscas pessoais conforme o resultado delas é produto dos escassos estudos sobre o próprio instituto da busca pessoal.

A doutrina jurídica não se debruça com maior profundidade nessa temática, o que deixa o campo aberto para discursos meta-jurídicos ocuparem o lugar do direito na avaliação prática da legalidade da conduta policial. É como se os critérios (ou a ausência deles) de realização de buscas pessoais ficassem imunes ao controle judiciário, ou seja, fora do direito; se está fora do direito, descamba-se ao arbítrio.

Invoca-se em defesa de atos policiais sem controle do direito a necessidade de preservação da ordem pública e que os policiais, por estarem mais próximos dos fatos, possuem melhor capacidade de discernimento sobre a melhor atitude a ser adotada no caso concreto.

O conceito de ordem pública, porém, está longe de ser unívoco e acaba servindo “como um fundamento não para a proteção, mas sim para a restrição de direitos e liberdades fundamentais pelas polícias”.¹¹⁹ A noção de ordem pública está mais atrelada a valores extrajurídicos de cunho social, religioso ou moral do que de efetivação de liberdades públicas.¹²⁰

Em decisões mais recentes, o Superior Tribunal de Justiça vem restringindo a possibilidade de buscas pessoais da polícia, uma vez que tem exigido maior rigor na descrição de condutas que possam vir a ser caracterizadas como “fundada suspeita”.

¹¹⁹ WANDERLEY, Gisela Aguiar. **Liberdade e suspeição no Estado de Direito**: o poder policial de abordar e revistar e o controle judicial de validade da busca pessoal. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2017. p. 35.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 35.

A entrada da polícia em residências, em 83% dos casos pesquisados por Semer, ocorreu sem mandado judicial.¹²¹ Ainda de acordo com a pesquisa, 70,56% das prisões em flagrante foram feitas pela Polícia Militar e apenas 15,49% pela Civil, restando, ainda, 7,89% das capturas flagranciais realizadas por órgão policial estadual, porém sem que as sentenças identificassem se foram milicianos ou policiais civis os responsáveis.¹²² Esses dados comprovam a incoerência das ações policiais, pois, se não havia investigação prévia, como saberiam da existência de drogas no interior de residências?

Os informantes exercem papel fundamental no ingresso da polícia em domicílios.

Como apontado anteriormente, a pesquisa de Semer revela que a maior parte das entradas em domicílios ocorre sem autorização judicial, contudo os agentes de segurança costumam justificar a conduta com base em denúncias anônimas, embora não apresentem qualquer registro delas.

Sob a justificativa do crime permanente, juízes admitem a licitude do ingresso nas casas e, conseqüentemente, da apreensão da droga encontrada e eventual prisão dos ocupantes dos imóveis.

O que permite a entrada em domicílio para prender pessoas em flagrante delito é a clareza da existência do crime. A prisão em flagrante é aquela que ocorre quando o sujeito ativo da prisão realiza a captura do preso porque o crime se mostra ardente; o crime pode ser visto.

Assim, o ingresso no domicílio do cidadão sem que haja um crime posto, não meramente pressuposto, macula a prisão em flagrante.

Nem mesmo o encontro fortuito de drogas é capaz de legitimar a conduta abusiva. Se o ingresso no domicílio sem mandado e sem estado de flagrância é ilegal, tudo o mais que se origine dessa entrada ilegítima na casa está eivado de vício, uma vez que as provas estariam contaminadas em decorrência da aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada. Se a conduta começou ilegal, ela não pode se tornar legal pelo acaso (encontro das drogas). A apreensão de entorpecentes não tem o condão de desfazer o passado (ingresso irregular na casa).

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça vem impondo óbices aos ingressos domiciliares de policiais, mesmo quando apreendidas drogas, em nome da inviolabilidade do domicílio consagrada na Constituição Federal (art. 5º, inciso XI).

No julgamento do *habeas corpus* 598.051/SP, o STJ passou a exigir do Estado a comprovação de eventual consentimento do morador quanto ao ingresso da polícia no domicílio, além do registro em áudio e vídeo da diligência. Isso porque em muitos casos os

¹²¹ SEMER, 2019, p. 166.

¹²² *Ibid.*, p. 159.

policiais afirmam ter o sujeito passivo da prisão franqueado a entrada das autoridades na residência¹²³, o que é pouco crível.

Em outros julgados¹²⁴, o mesmo tribunal já havia reconhecido a ilegalidade da entrada de policiais sem mandado apenas baseados em denúncias anônimas, cabendo às agências de segurança fazer prévia apuração das informações.

1.3.1 O valor probatório da palavra do policial

Nas denúncias produzidas pelo Ministério Público, normalmente o rol testemunhal é composto por policiais que realizaram a captura do acusado. Não raramente, os depoentes são apenas os agentes de segurança, não havendo qualquer outra testemunha.

De acordo com pesquisa realizada por Marcelo Semer, a instrução processual em delitos de tráfico de drogas é fundamentalmente composta pela oitiva de testemunhas, sendo, em média 2,42 testemunhas da acusação e 0,97 da defesa.¹²⁵ Dos depoentes indicados pelo Ministério Público, mais de 90% são agentes de segurança pública, sendo 2/3 policiais militares.¹²⁶

Como o tráfico de drogas é um delito sem vítima específica, o que sustenta as condenações é o peso conferido ao depoimento dos policiais.

Rubens Casara compara a credibilidade concedida ao testemunho de agentes securitários às “testemunhas acreditadas” do direito islâmico, aquelas que estão acima de quaisquer suspeitas.¹²⁷

Nos casos envolvendo entorpecentes, a própria adjetivação de usuário ou traficante é dada desde a abordagem pelos policiais, os quais passam a ser dotados de poderes quase absolutos para condenar o acusado apenas com base em seus próprios depoimentos e nas provas ancoradas nesses testemunhos. Segundo Maria Gorete Marques de Jesus, “os policiais dos flagrantes, através de suas narrativas, que irão compor o cenário do caso como um crime”.¹²⁸

¹²³Em 19,1% dos casos pesquisados por Marcelo Semer, policiais asseveraram ter o imputado permitido o ingresso. SEMER, 2019, p. 163.

¹²⁴A título de exemplo, ver o HC 499.163/SP, HC 610.403/MS e HC 696.084/SP.

¹²⁵SEMER, 2019, p. 186.

¹²⁶*Ibid.*, p. 187.

¹²⁷CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo**: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 147-156.

¹²⁸JESUS, Maria Gorete Marques de. **O que está no mundo não está nos autos**: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. Tese (doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016, p. 80.

Neste sentido, de Jesus afirma: “Em se tratando de crimes envolvendo drogas, a descrição do flagrante pelos policiais será central para a classificação do delito.”¹²⁹ De acordo com a autora, a polícia produz seu próprio regime de verdade a partir do saber policial.¹³⁰

No nosso sistema, não há qualquer regra probatória a respeito de como se valorar testemunhos. O mecanismo de controle dos pesos conferidos aos depoimentos está na motivação do juiz.

A credibilidade do testemunho é, em muitos casos, aferida a partir do grau de precisão de seu depoimento e pela não contradição.¹³¹

O que se percebe nos processos de tráfico de drogas, contudo, é que a confiabilidade que o juiz garante ao testemunho confunde-se que a confiabilidade que o juiz garante à testemunha.

Vitor de Paula Ramos afirma que no testemunho jurídico há uma presunção geral de confiança e que fatores como a posição ocupada pelo depoente ou sua boa fama, usados como forma de estimar sua credibilidade, não podem ser considerados legítimos para se constatar uma tendência a se dizer a verdade.¹³²

A confiança na pessoa da testemunha, portanto, reduz o grau de critérios epistemológicos para verificação da veracidade do testemunho. O depoimento vale por quem diz, não pelo que se diz.

Neste sentido, Vitor de Paula Ramos afirma:

O que ocorre em contextos de testemunho em sentido amplo, cotidiano, é que as pessoas acabam por “baixar a guarda” epistêmica quando diante de terceiros em que confiam. Entretanto, tal “baixar a guarda”, apesar de natural do ser humano, será aceitável somente em determinadas posições e contextos epistêmicos; em geral, naqueles em que a verdade importa menos.

A qualidade da busca epistêmica fica prejudicada quando a confiança na pessoa do depoente impera.

Além da confiança, o Judiciário costuma justificar a prevalência dos depoimentos dos agentes de segurança valendo-se da ideia de Coady, que defende que não existindo razões para se duvidar de uma afirmação, devem ser presumidas sua veracidade e honestidade.¹³³

Para além da presunção de honestidade, são os depoimentos policiais acobertados pela aura da fé pública. O princípio da presunção de veracidade, oriundo do direito administrativo e

¹²⁹ JESUS, 2016, p. 75.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 75.

¹³¹ RAMOS, Vitor de Paula. **Prova testemunhal**: do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a epistemologia. Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 88.

¹³² *Ibid.*, p. 115-116.

¹³³ C.A.J. Coady *apud* RAMOS, 2021, p. 124-125.

relativo aos atos administrativos, penetra no campo do direito penal e torna insuscetível de dúvida a narrativa dos agentes de segurança. Inviabiliza-se a dúvida sobre o testemunho dos servidores públicos e extermina-se o contraditório.

Por outro lado, a palavra do preso é colocada no extremo oposto: se há uma presunção de veracidade na narrativa policial, a versão do imputado, ao revés, presume-se mentirosa, afinal não presta ele o compromisso de dizer a verdade e há uma tendência natural de quem é acusado de um delito de defender sua liberdade acima de qualquer coisa, o que explicaria as razões de enganar.

O demasiado crédito conferido aos testemunhos dos policiais simplesmente pela profissão que exercem pode ser classificado como uma injustiça testemunhal.

De acordo com Miranda Fricker, é possível haver preconceito disfuncional de dois tipos na prática testemunhal: o falante pode receber maior ou menor credibilidade do que teria em outra posição.¹³⁴

Já os acusados em processos de tráfico e testemunhas de defesa, na sua maioria pessoas negras e moradoras de comunidades pobres, sofrem um déficit de credibilidade em suas falas, sendo, portanto, vítimas de uma injustiça epistêmica.¹³⁵ A existência de outros processos criminais contra quem é acusado acaba por desacreditar ainda mais seu depoimento.¹³⁶

O processo de injustiça epistêmica, na persecução penal por tráfico de drogas, se inicia na delegacia de polícia, quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, como afirma de Jesus:

Assim, entre a palavra dos policiais e a das pessoas presas, o delegado prefere acreditar na palavra do agente policial. Se, durante o flagrante, a pessoa sofreu algum tipo de violência, ou há alguma ilegalidade em sua prisão, raramente isto vai ser alvo de atenção dos delegados. Se a entrada foi franqueada ou não, se houve confissão informal ou não, nada vai ser objeto de questionado da autoridade policial na delegacia.¹³⁷

A rigor, a injustiça testemunhal ocorre antes mesmo de se chegar à delegacia e não apenas com os presos, mas com testemunhas não policiais, as quais nem sequer são levadas para delegacia para prestarem depoimento, conforme inferido por de Jesus a partir da fala de um delegado de polícia:

¹³⁴ FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice**: power and the ethics of knowing. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 17.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 1.

¹³⁶ JESUS, 2016, p. 114.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 117.

De acordo com a fala desse delegado, qualquer pessoa que estiver próxima a um local dessa natureza (“ponto de venda de drogas”) seria uma testemunha suspeita. Parentes também não seriam testemunhas confiáveis já que são consideradas ‘tendenciosas’.¹³⁸

Os policiais, assim, segundo Maria Gorete de Jesus, são enxergados a partir de quatro perspectivas: 1) como testemunhas do fato; 2) como policiais e, portanto, detentores de um saber específico; 3) servidor público possuidor de fé pública; 4) autor da narrativa do crime.¹³⁹

Maria Gorete de Jesus ressalta a questão da confiança mútua entre os integrantes das instituições públicas:

De acordo com a literatura especializada, existe uma tendência entre os órgãos de Estado (burocratas) de aceitarem e ratificarem as decisões tomadas por instituições estatais, pois cada uma necessita da decisão da outra para tomar suas próprias decisões.¹⁴⁰

A postura acrítica do Judiciário em relação à palavra dos policiais é reforçada pelo equivocado entendimento de muitos juízes acerca da função do magistrado no processo penal democrático.

O Código de Processo Penal Brasileiro foi elaborado a partir de uma mentalidade autoritária vigente nos anos de 1940.

O autor da lei adjetiva penal, Francisco Campos, forjou a legislação à luz da legislação da Itália fascista, tratando o processo penal como mecanismo de defesa da sociedade contra o crime.

A concepção publicística ou social do direito processual penal permeou o pensamento jurídico do Estado italiano fascista¹⁴¹, colocando os interesses do Estado acima da proteção jurídica do indivíduo.

Como há, sob essa ótica, a prevalência do interesse público no processo, o juiz tem o dever de tutelar esse interesse. Deve, destarte, o juiz ter uma postura proativa, muitas vezes imiscuindo-se nas funções dos órgãos de persecução criminal, incorrendo em uma “asquerosa relação de incesto entre acusador e julgador”.¹⁴²

No discurso autoritário, o objetivo do processo penal é a manutenção da ordem, enquanto o prisma democrático enxerga o processo como meio de contenção de abuso punitivo. Contudo a visão autoritária punitivista nem sempre tem a coragem de assim declarar-se,

¹³⁸ JESUS, 2016, p. 118.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 119.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 139.

¹⁴¹ GLOECKNER, 2018, p. 194.

¹⁴² CARVALHO. Amilton Bueno de. **Direito penal a marteladas**: algo sobre Nietzsche e o direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 138.

preferindo adotar uma roupagem de equilíbrio entre excessos de direitos do indivíduo e a defesa dos interesses da sociedade.

Não obstante tenha o Estado brasileiro passado por profundas mudanças no aspecto jurídico desde o advento da Constituição de 1988, o direito, por si só, não se impõe na realidade sem a ação humana.

Na visão de Ricardo Jacobsen Gloeckner, a virada constitucional democrática não foi suficiente para um câmbio na mentalidade daqueles que aplicam o direito, pois muitos insistem em manter vivas práxis autoritárias de outrora:

A irrupção da Constituição da República de 1988 não apresentou uma ruptura com as práticas e os institutos de processo penal anteriores à ordem constitucional vigente. Apenas reconfiguraram-se as práticas punitivas, naturalizando-as.¹⁴³

O agir autoritário do presente se esconde por detrás do tecnicismo.

O método tecnicista do código processual brasileiro remonta o paradigma italiano dos anos 1930 e acaba por permitir a “manutenção de um mesmo horizonte teórico no qual juristas poderiam continuar trabalhando e pesquisando sem ulteriores ‘crises de consciência’”.¹⁴⁴

O tecnicismo é uma forma de negar colorações ideológicas ao direito processual penal, colocando-o como isento de valores políticos. A legislação processual seria produto do conhecimento de grandes juristas e das tradições jurídicas.

Nesse contexto, é bastante comum juízes se enxergarem como combatentes na luta contra o crime, como se o Judiciário fosse órgão de segurança pública, atendendo às expectativas das massas, e não como cumpridores do papel de poder contramajoritário e garantidor de direitos fundamentais.

Rubens Casara denuncia a contribuição da mídia para a difusão da ideia de que o bom juiz é aquele que considera direitos fundamentais como óbices à eficiência do Estado ou do mercado; bom juiz é o que atua visando agradar o maior número de pessoas, ainda que ao custo de direitos fundamentais.¹⁴⁵

O senso comum, por meio da propagação do medo, impulsiona a sociedade ao punitivismo.

Ainda que a magistratura seja dotada de diversas garantias como forma de preservar sua imparcialidade e para melhor exercer sua missão constitucional, o discurso punitivista não fica

¹⁴³ GLOECKNER, *Op. cit.*, p. 75.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 199.

¹⁴⁵ CASARA, 2015, p. 26-27.

apenas nas ruas. Ele adentra os tribunais, afinal juízes não vêm de Marte; são pessoas envolvidas na própria sociedade e recebem suas influências.

Alexandre Bizzotto afirma ter a magistratura criminal grande importância na propagação do punitivismo, seja porque muitos juízes realmente creem na punição como meio de defesa da sociedade, seja porque a lógica de seleção de pessoas ao cargo e sua ascensão na carreira passam pela afirmação do endurecimento penal. Neste sentido ele assevera:

O fato é que, seja pela convicção pessoal de fazer o bem e salvar o mundo por meio da punição, seja em decorrência da burocracia da carreira, seja pelo medo de se expor perante uma sociedade punitivista, ou por falta de consciência do papel garantidor dos direitos fundamentais, o que pode ser afirmado é que a magistratura, no desempenho de suas funções, tem tido significativa responsabilidade no estabelecimento e na sedimentação do punitivismo criminal.¹⁴⁶

Bizzotto indica a existência de quatro modelos de juízes: estético, estatístico, ventríloquo da mídia e fundamentalista, os quais não se repelem. O primeiro seria aquele que, ao aderir a determinadas posições penais, busca causar boas sensações a terceiros; o segundo modelo refere-se ao magistrado que trata a atividade jurisdicional como dado numérico; o terceiro tipo é o que reverbera o que a mídia ou a opinião pública quer ouvir, agindo de maneira populista; o último, por fim, é o que crê no sucesso da punição e na redução de garantias como método para melhoramento da sociedade.¹⁴⁷

A cultura do medo, espalhada em toda a sociedade, encontra guarita também no Poder Judiciário.

Assim, a função do juiz criminal é relegada a apenas chancelar o saber policial, que (supostamente) conhece a verdade e sabe distinguir o traficante do usuário, produzindo, portanto, uma sensação de segurança à população ao se condenar sistematicamente quem é apontado pela polícia como comerciante de drogas.

1.3.3 Prova pericial

Com o desenvolvimento do conhecimento científico, a prova pericial tem sido cada vez mais utilizada em processos judiciais. O uso frequente de provas periciais decorre da maior confiança depositada nos saberes das ciências em relação ao conhecimento originado por outros meios, os quais são considerados mais suscetíveis a erros.

No século XX, os benefícios trazidos pela aplicação da ciência ampliaram sua credibilidade perante a sociedade, como afirma Carlos Augusto de Proença Rosa:

¹⁴⁶ BIZZOTTO, Alexandre. **A mão invisível do medo e o pensamento criminal libertário**. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015, p. 130.

¹⁴⁷ *Ibid*, p. 130-133.

As extraordinárias realizações no campo industrial, resultantes do conhecimento e da aplicação da Ciência, teriam como consequência inevitável a elevação, ainda mais, de seu prestígio junto à opinião pública. A nova e marcante situação desse desenvolvimento no mundo contemporâneo se traduziria no triunfo definitivo da Ciência sobre a ignorância, o preconceito e o dogmatismo, permitindo à comunidade científica uma grande liberdade de pesquisa. Na evolução do conhecimento científico, ficaria, assim, cada vez mais patente, a importância da afirmação do espírito científico, o qual seria responsável pelo correto encaminhamento das pesquisas conducentes ao melhor entendimento dos fenômenos.¹⁴⁸

Ainda de acordo com Rosa, houve avanço em novos ramos do conhecimento naquele mesmo século, incidindo a divisão do trabalho também no campo científico, ficando o cientista mais restrito a uma área específica, o que levou a uma vinculação de sucesso da ciência com a tecnologia. O conhecimento deixa de ser meramente contemplativo e passa a ter caráter pragmático.¹⁴⁹

A evolução científica, que favorece a sociedade, alimenta a credibilidade e a importância da ciência.

O termo ciência apresenta, segundo Carlos Augusto de Proença Rosa, concepções diversas, podendo ser designada como o conjunto do conhecimento humano ou como conjunto de conhecimento teórico sobre fenômenos naturais baseado em metodologia e fundamentação experimental. A ciência, quando aplicada em prol do ser humano, é chamada de técnica ou tecnologia.¹⁵⁰

A partir das lições de Rosa, pode se dizer ser a prova pericial uma prova técnica, uma vez que consiste no conhecimento científico aplicado na resolução de problemas humanos.

Nesse contexto, a prova pericial recebe alto grau de relevância em processos, afinal trata-se de prova produzida por quem é considerado experto em um determinado segmento. Mas, afinal, quem vem a ser o perito?

Mauricio Duce responde a esse questionamento da seguinte maneira:

En términos generales, los peritos son personas que cuentan con una experticia especial en un área de conocimiento derivada de sus estudios o especialización profesional, del desempeño de ciertas artes o del ejercicio de un determinado oficio.¹⁵¹

O direito à produção de prova no processo é condicionado por critérios de relevância. Caso uma prova seja irrelevante ao deslinde da causa, deve ela ser inadmitida pelo órgão jurisdicional.

¹⁴⁸ ROSA, Carlos Augusto de Proença. **História da ciência**: da antiguidade ao renascimento científico. 2. ed. Brasília: FUNAG, 2012. 3v, p. 18.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 20-21.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 21-22.

¹⁵¹ DUCE, Mauricio. **La prueba pericial en los sistemas procesales penales acusatorios en America Latina**. 2ª ed. Buenos Aires: Didot, 2013, p. 29.

Carmen Vázquez, com apoio em Laudan, defende que o único critério, do ponto de vista epistemológico, para regulação da admissibilidade de provas é a relevância.¹⁵² Quanto mais informações úteis ao conhecimento sobre a verdade ou falsidade de um enunciado, maiores as chances de se determinar corretamente os fatos. Ainda segundo ela, a avaliação da relevância de uma prova é feita de maneira individual, relacional, de tudo ou nada e dinâmica.¹⁵³

Explica a autora:

Es individual dado que se hace sobre cada uno de los diversos elementos de prueba; aunque, el hecho de que se deba valorar la admisibilidad de cada elemento ha dado pie a una postura atomista cuando, en cambio, la relevancia (o irrelevancia) de un ítem algunas veces podría resultar más clara en vinculación con el resto de pruebas,

es decir, si se adopta una posición un tanto más holista. Ahora bien, una prueba no es relevante o irrelevante en sí misma, sino en función de su relación con los hechos a determinar, por tanto, es relacional. Es dinámico porque depende de las circunstancias concretas de cada caso existentes al momento de determinar la admisibilidad. Y, finalmente, a efectos procesales es categórico dado que el resultado de calificar a una prueba como relevante o irrelevante sólo puede ser su admisión o su exclusión: si es relevante, prima facie, es admisible y, por el contrario, es inadmisibile si se considera irrelevante.¹⁵⁴

O princípio da relevância, de acordo com Taruffo, apresenta uma função econômica e outra epistêmica. A econômica consiste em se impedir a realização de atos processuais inservíveis; a epistêmica relaciona-se com a ideia de que todas as provas potencialmente úteis devem ser admitidas.¹⁵⁵

Normas jurídicas, todavia, incluem outros critérios para admissão da prova, o que significa ser a relevância condição necessária, entretanto não suficiente para se permitir a produção de uma prova.

Taruffo divide regras de exclusão probatória em duas categorias. A primeira delas compreende as normas que pretendem desempenhar uma função epistêmica, enquanto a segunda não se vincula a finalidade epistêmica, mas buscam atingir finalidades de natureza distinta.¹⁵⁶

No caso das normas incluídas na primeira categoria, elas visam prevenir equívocos ou mal-entendidos na determinação do valor probatório de certas provas, o que é valioso para a correta determinação dos fatos. Já as normas da segunda categoria, por outro lado, limitam o conhecimento do julgador.¹⁵⁷

¹⁵² VÁZQUEZ, 2021, p. 58.

¹⁵³ VÁZQUEZ, Carmen. Sobre la científicidad de la prueba científica em el proceso judicial. **Anuario de psicología jurídica 2014**, Madri, v. 24, p. 65-73, 2014.

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ TARUFFO, 2010, p. 163.

¹⁵⁶ TARUFFO, 2010, p. 167.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 167.

Taruffo, no entanto, afirma que as normas que buscam evitar erros, ao mesmo tempo em que se apresentam como úteis do ponto de vista epistêmico, afinal protegem contra uma valoração errônea de um elemento probatório não ou pouco confiável, impedem o juiz de utilizar-se de um elemento de informação útil. Entre o risco de uma valoração errada e a possibilidade de uma decisão com menor quantidade de elementos de informação, elege-se a segunda alternativa, o que, para o professor italiano, justifica se colocar em dúvida as justificativas para existência desse tipo de normas.¹⁵⁸

As provas periciais demandam maior rigor nos critérios de admissibilidade, a fim de se evitar a introdução de meio de prova de baixa fiabilidade.

Duce afirma que, no caso das provas periciais, há três exigências adicionais a serem observadas para sua admissibilidade: necessidade do conhecimento do experto, idoneidade do experto e confiabilidade da informação do experto.¹⁵⁹

Quanto à primeira exigência apontada pelo professor chileno, a prova pericial deve ser admitida quando houver necessidade de se contar com o conhecimento do especialista para compreender um fato ou uma circunstância que estejam fora do âmbito da experiência comum, do entendimento do julgador ou insuscetível de compreensão sem ajuda de um *expert*. Não basta a prova pericial ser útil, mas necessária.¹⁶⁰

Em uma análise mais aprofundada da exigência acima, Duce afirma que a informação trazida sobre um fato ou circunstância deve ser do perito, não sendo possível trazê-la por outro meio probatório.¹⁶¹

Em processos referentes a tráfico de drogas, a prova pericial sobre o material supostamente ilícito deve ser considerada relevante, haja vista que o Superior Tribunal de Justiça entende ser, em regra, indispensável a realização de exame pericial definitivo sobre a droga para fins de comprovação de materialidade do delito.¹⁶² Somente a análise por métodos científicos é capaz de demonstrar que determinada substância faz parte daquelas listadas na Portaria 344/1998 da ANVISA, o que preenche o requisito da necessidade do conhecimento do experto apontado por Duce.

¹⁵⁸ TARUFFO, 2010, p. 173.

¹⁵⁹ DUCE, Mauricio. **La prueba pericial en los sistemas procesales penales acusatorios en America Latina**. 2ª ed. Buenos Aires: Didot, 2013, p. 53.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 65-66.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 67.

¹⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de divergência em recurso especial nº. 1.544.057/RJ. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Terceira Seção. Brasília, julgado em 26 de out. 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, nov. 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501734967&dt_publicacao=09/11/2016. Acesso em: 03 mar. 2020.

No tocante à idoneidade do perito, o professor do Chile é contrário a regras de pré-acreditação de idoneidade pelo simples fato de pertencer a uma lista oficial de peritos. Ele afirma que competiria às partes demonstrar que aquela pessoa apontada como perita possui o conhecimento necessário para ser considerado perito.¹⁶³ Além disso, é necessário se aferir a credibilidade do experto.¹⁶⁴

Na mesma linha de raciocínio, Carmen Vázquez entende que ser experto não se confunde com possuir titulação, pois “Ser experto es una propiedad disposicional, es saber cómo llevar a cabo cierto tipo de actividades, no solo poseer un conjunto de conocimientos proposicionales —saber que—”.¹⁶⁵

A última das exigências diz respeito à conformidade das informações apresentadas pelo experto em relação à aceitação perante a comunidade científica.¹⁶⁶

Quanto a isso, é importante destacar que a lei 11.343/2006 prevê dois tipos de análises periciais: uma para elaboração de laudo de constatação provisório e outro para a elaboração de laudo definitivo.

Jesus Antonio Velho et al afirmam que:

[...] o laudo pericial é o documento mais completo, pois materializa o resultado do exame que realizou e corresponde aos quesitos que lhe foram propostos pelo juiz, delegado etc., descrevendo em detalhes tudo o que foi examinado e seguindo uma metodologia adequada ao caso para, ao final, chegar a uma conclusão.¹⁶⁷

No laudo devem constar aos menos os seguintes itens básicos: título, preâmbulo, histórico (facultativo), objetivo dos exames e conclusão ou resposta aos quesitos.¹⁶⁸

De acordo com a lição dos professores Mauricio Leite Vieira e Jesus Antonio Velho, “Apesar de os laudos de constatação na natureza e quantidade de droga apreendida e o laudo definitivo serem peças jurídicas previstas em lei, a maneira como esses laudos criminais devem ser elaborados não é regulamentada”.¹⁶⁹

¹⁶³ DUCE, 2013, p. 75-76.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 77.

¹⁶⁵ VÁZQUEZ, Carmen; LOPEZ, Mercedes Fernandez. La confirmación del conjunto de elementos de juicio: la admisión de pruebas. In: LAGIER, Daniel *et al.* **Manual de razonamiento probatorio**. Cidade do México: Suprema Corte de Justicia de La Nación, 2022. p. 137-221.

¹⁶⁶ DUCE, *Op. cit.*, p. 79.

¹⁶⁷ VELHO, Jesus Antônio et al. **Polícia científica: transformando vestígios em evidências à luz da cadeia de custódia**. Curitiba: InterSaber, 2020, p. 152.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 152.

¹⁶⁹ VIEIRA, Maurício Leite; VELHO, Jesus Antonio. Exame preliminar e definitivo de drogas em abuso. In: BRUNI, Aline Thaís; OLIVEIRA, Marcelo Firmino de; VELHO, Jesus Antonio (Org.) **Fundamentos de química forense: uma análise prática da química que soluciona crimes**. Campinas: Millennium Editora, 2012, p. 18-32.

Nesse caso, são utilizados modelos sugeridos por entidades internacionais como Scientific Working Group for the Analysis of Seized Drugs (SWG-DRUG), Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) e Drug Enforcement Administration (DEA), a partir de publicações científicas gabaritadas pela comunidade científica (há, inclusive, referências indicadas pela SWG-DRUG na Parte II, item 5, das recomendações).

Para os exames preliminares, UNODC recomenda determinados testes colorimétricos, conforme o tipo de substância que se pretende investigar. O teste Scott é recomendado para a cocaína, os testes Duquenois Levine e Fast Blue, para maconha, os testes Marquis e Simon são usados para anfetaminas e metanfetaminas, por exemplo. Esses testes são dotados de maiores chances de erro.

As análises definitivas são realizadas também em conformidade com as recomendações da SWG-DRUG. Possuem elas maior grau de confiabilidade quanto ao resultado.

Em se tratando de drogas, as análises dos *experts* não ocorrem necessariamente sobre todo o material apreendido, podendo ela ocorrer por amostragem, desde que seja suficientemente representativa do material, conforme critérios estabelecidos nas diretrizes da Associação Brasileira de Normas Técnicas NBR 5426 e 5427. Há, ainda, outras diretrizes a respeito de amostragem de drogas recomendadas pela SWG-DRUG.

Se de um lado as provas técnicas são acolhidas sob mantos de objetividade e infalibilidade, já que produzidas por profissionais especialistas, muitas das vezes pertencentes a quadros de órgãos oficiais, por outro não se faz uma reflexão crítica sobre o material probatório produzido.¹⁷⁰

A objetividade, entendida como ausência de influência pessoal sobre os resultados das análises, é meramente ilusória. Ela, na verdade, está relacionada ao uso de metodologias validadas, equipamentos adequados, estimativas de precisão e de incertezas dos resultados, garantia de repetibilidade destes e outros aspectos que podem ser resumidos em transparência e testeabilidade.¹⁷¹

Importante trazer a lição de Abellán:

Esta creencia ciega en la validez y valor de las pruebas científicas es algo que llama particularmente la atención si se considera que nada es menos “científico” que asumir como válido un conocimiento sin un previo control de sus postulados ajustado a una metodología científica. Pero sobre todo entraña un peligro, pues propicia que las

¹⁷⁰ VÁZQUEZ, Carmen. Conocimientos expertos y deferência del juez: apunte para la superación de un problema. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 39, p. 347-365, jul./set. 2016.

¹⁷¹ MOLINA, José Juan Lucena; García, Miguel Angel Escola; Iranzo, Virginia Pardo. Elementos para el debate sobre la valoración de la prueba científica en España hacia un estándar acreditable bajo la norma ISO 17.025 sobre conclusiones de informes periciales. **Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje**, n. 2, 2011, p 1-122.

decisiones probatorias apoyadas en este tipo de pruebas se asuman como incuestionables o irrefutables, y, de paso, descarga al juez de hacer un especial esfuerzo por fundar racionalmente la decisión: basta con alegar que hubo prueba científica y que ésta apuntaba justamente en la dirección de la decisión probatoria final.¹⁷²

De acordo com a mesma autora:

Pero la importancia de las pruebas científicas en la práctica procesal no há ido acompañada de un proceso paralelo de cautelas y controles en relación con las mismas. Más bien ha sucedido lo contrario. Sólo por el hecho de presentarse como “científicas”, la validez y valor probatorio de este tipo de pruebas se han assumido como dogmas de fe. Algo que llama particularmente la atención si se considera que nada es menos “científico” que asumir como válido un conocimiento sin un previo control de sus postulados ajustado a una metodología científica.¹⁷³

O fato de ser uma prova científica acaba por torná-la, a partir de um comportamento deferente dos juízes, impassível de questionamentos, como se o magistrado fosse um escravo da conclusão do experto.

Na mesma linha de pensamento, afirma Vasquez:

Ese impacto de la ciencia en toda la actividad probatoria debe ir acompañada de cierto control judicial que permitan el uso de información relevante y fiable para la determinación racional de las premisas fácticas del razonamiento judicial.¹⁷⁴

Abellán divide a sobrevalorização da prova pericial em duas categorias: epistemológica e semântica. A primeira refere-se à aceitação da infalibilidade dos resultados; a segunda diz respeito à interpretação equivocada do que dizem os resultados.¹⁷⁵

Quanto à sobrevalorização semântica, a autora afirma haver o que se denomina paradigma da individualização, que corresponde à crença na capacidade de se identificar exatamente um indivíduo ou um objeto a partir de vestígios, como se os resultados periciais não tivessem que ser interpretados a partir de adequadas ferramentas estatísticas.

José Juan Lucena Molina, Miguel Angel Escola García e Virginia Pardo Iranzo ensinam:

Esa infundada creencia de que es posible que un perito pueda individuar a la fuente de un vestigio con sus procedimientos analíticos, es más, que esa individuación se considere su contribución principal en la valoración de la prueba científica en la medida que la ciencia lo permita es lo que denominamos paradigma de la individualización.¹⁷⁶

¹⁷² ABELLÁN, Marina Gascón. Prueba científica. Un mapa de retos. In: VÁZQUEZ, Carmen (Org.). **Estandares de prueba y prueba científica**: ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013, p 181-202.

¹⁷³ ABELLÁN, Marina Gascón. Prueba científica: mitos y paradigmas. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, v. 44, p. 81-103, 2010.

¹⁷⁴ VÁZQUEZ, 2014.

¹⁷⁵ ABELLÁN, 2010.

¹⁷⁶ MOLINA, 2011, p 1-122.

Segundo Abellán, desde o paradigma da verossimilhança, compete ao perito interpretar o que dizem os dados obtidos à luz das hipóteses aventadas. Uma vez interpretados os dados e reportados no informe pericial, são tarefas do juiz avaliar a veracidade das hipóteses disponíveis, inclusive cotejando a prova pericial com outras provas, e adotar a medida jurídica cabível.

Em relação à sobrevalorização epistemológica, Abellán aduz ser a qualidade epistêmica da prova científica dependente da validade científica ou metodológica adotada. Ademais, ressalta a autora que a fiabilidade e o valor probatório de uma prova científica também se relaciona com sua qualidade técnica.

A qualidade técnica a que se refere a professora de Castilla-La Mancha, por sua vez, ramifica-se em duas: qualidade técnico-científica e qualidade técnico-procedimental.

A primeira vincula-se às estruturas laboratoriais, ao correto treinamento dos profissionais e ao cumprimento de rigorosos protocolos de análises e estudos dos objetos da perícia.

Já a segunda, relaciona-se com todo o processo desde a descoberta do vestígio ou amostra e sua análise laboratorial. Para se assegurar fiabilidade à prova, é necessário se verificar a correção técnico-procedimental: quem manuseou o vestígio, onde e sob quais condições foi acondicionado etc.

Ainda que se confie na competência e na seriedade dos profissionais das perícias, não se pode perder de vista a possibilidade de erros decorrentes de vieses cognitivos¹⁷⁷ e que o elemento material processado nos laboratórios é coletado fora dele.

Para a realização das provas periciais não há intervenção somente dos peritos, mas de outras pessoas, como policiais, que também introduzem informações relevantes ao caso. Há, então, uma competência técnica-analítica e outra, operacional.¹⁷⁸

Os controles a serem exercidos pelos juízes permitem maior probabilidade de acerto nas decisões. Apenas quando se desconfia da fragilidade da prova científica é possível se reduzir a chance de erro.

Em se tratando de drogas, são elas recolhidas nos locais de crimes normalmente por policiais militares, passando ainda pela polícia civil até se chegar ao local de realização de perícia.

Como se assegurar que o objeto material recolhido pela polícia é o mesmo periciado? Como se ter segurança de que não houve adulteração (intencional ou não) do material e que

¹⁷⁷ VÁZQUEZ, 2022. p. 243-287.

¹⁷⁸ MOLINA, 2011, p 1-122.

suas propriedades permanecem idôneas à realização do exame técnico? É possível confiar que não houve equívoco na identificação do material, especialmente considerando a carga de trabalho a que estão submetidos profissionais da segurança?

Não só peritos, mas os policiais devem ser capacitados a preservar a integridade do material e a registrar todo o seu percurso, pois a credibilidade do exame pericial em si depende da credibilidade do próprio objeto periciado.

É visando garantir a autenticidade da prova que se impõe o rigoroso cumprimento das etapas da cadeia de custódia da prova.

CAPÍTULO 2 - POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS

O tratamento criminal dado a drogas psicoativas vigente ao redor do mundo é baseado na ideia de proibição da circulação de certas substâncias entorpecentes.

O denominado “proibicionismo”, atualmente, parece ser algo inato. Ao se falar em regulamentação das drogas, logo são colocadas perguntas sobre por que devem ser legalizadas, mas não se questionam as razões de terem sido proibidas.

O consumo de drogas acompanha a humanidade, todavia sua criminalização veio a ocorrer há pouco mais de um século.¹⁷⁹

Neste capítulo serão trazidas algumas explicações para o proibicionismo e a evolução do tratamento jurídico conferido às drogas nos planos internacional e brasileiro.

2.1 Pela saúde física e moral da humanidade: o proibicionismo internacional

Salo de Carvalho afirma que “A origem da criminalização (das drogas), portanto, não pode ser encontrada, pois inexistente”, sendo o processo de criminalização algo moralizador.¹⁸⁰

De acordo com Jonathan Haidt, “[...] moralidade envolve tensão dentro do grupo associada à competição entre grupos distintos”.¹⁸¹

No caso da proibição das drogas, esta fundamenta-se na “[...] moral protestante do século XIX, que vê na abstinência um ideal de virtude, não sendo à toa que os principais sistemas proibicionistas tenham se inspirado no catecismo das igrejas anglicanas”.¹⁸²

Uma das entidades que encampava essa moralidade puritana era a Anti-Saloon League, que pregava a moralização da nação por meio da castidade, da religiosidade, da sobriedade. Defendia o fechamento de bares, de locais de jogos e de prostituição.¹⁸³ Outra era a Society for the Promotion of Temperance, que em 1834 chegou a ter um milhão de membros.¹⁸⁴

¹⁷⁹ KARAM, Maria Lúcia. **Legalização das drogas**. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015, p. 6.

¹⁸⁰ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 52-53.

¹⁸¹ HAIDT, Jonathan. **A Mente Moralista**: por que pessoas boas são segregadas por política e religião. Trad. Wendy Campos. Rio de Janeiro: Alta Books, 2020, p. 13.

¹⁸² RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. 273f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006. p. 47.

¹⁸³ RODRIGUES, Thiago. Tráfico, guerra, proibição. *In*: Labate, Beatriz Caiuby *et al.* (Org.) **Drogas e cultura**: novas perspectivas. Salvador: Edufba, 2015. p. 91-103.

¹⁸⁴ VALOIS, 2017, p. 50.

Antes da proibição das drogas, a moral puritana já via a pornografia como algo a ser proibido, com a criação de leis impeditivas da distribuição de material pornográfico pelo correio.¹⁸⁵

Júlio Delmanto afirma que, apesar de a proibição ter se alastrado a partir de uma moral puritana, interesses políticos e econômicos dos EUA e das elites locais no controle das pessoas são fatores determinantes para sua consolidação mundial.¹⁸⁶

De fato, o interesse dos proibicionistas estadunidenses no controle de pessoas fica claro ao se associarem diversos tipos de drogas a grupos específicos de pessoas: ópio aos chineses, álcool aos irlandeses, maconha aos mexicanos, cocaína aos negros.¹⁸⁷

Ainda de acordo com Haidt, moralidade envolve mais do que dano.¹⁸⁸ O simples fato de o comércio e o consumo de drogas ser algo consensual e não causar danos a terceiros não são suficientes para que se faça um julgamento moral sobre essa relação.

O professor estadunidense afirma existir também linguagens morais baseadas no que ele chama de ética da divindade.¹⁸⁹ Segundo esse código moral, os seres humanos “são, antes de tudo, receptáculos temporários dentro dos quais uma alma divina foi implantada”.¹⁹⁰ Logo, não podemos fazer o que quisermos com nossos corpos. Essa visão valoriza o autocontrole e a resistência aos prazeres e tentações.

Nesse aspecto, convém destacar ser um contrassenso a proibição das drogas em meio ao presente estágio da sociedade ocidental.

Haidt divide as sociedades em sociocêntricas e individualistas. Nas primeiras, as necessidades e dos grupos e instituições prevalecem sobre as dos indivíduos; nas segundas, os indivíduos têm maior destaque. Ainda segundo o professor estadunidense, a visão sociocêntrica predominou na antiguidade, tendo a individualista se elevado com o iluminismo, vindo a superar a abordagem sociocêntrica no século XX com a expansão dos direitos individuais, do consumismo e com a reação aos males causados por regimes totalitários fascistas e comunistas.¹⁹¹

¹⁸⁵ DELMANTO, Júlio. Drogas e opinião pública no Brasil: hegemonia da desinformação. In: Bokany, Vilma (Org.) **Drogas no Brasil: entre a saúde e a justiça: proximidades e opiniões**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2015. p. 85-102.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 85-102.

¹⁸⁷ RODRIGUES, 2015. pp. 91-103.

¹⁸⁸ HAITD, 2020, p. 104.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 106.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 106.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 15.

Portanto, com a proeminência da visão individualista, “[...] qualquer regra ou prática social que limite a liberdade pessoal pode ser questionada”.¹⁹²

Uma das críticas ao proibicionismo repousa justamente em seu autoritarismo ao impor a moral de um grupo a sociedades complexas e diversas.¹⁹³

A vedação ao comércio de drogas mostra-se incongruente com a perspectiva individualista em voga, afinal a compra e venda de substâncias envolve apenas interesses individuais, sem qualquer repercussão na esfera de terceiros.

Embora de o tráfico de drogas ser um crime sem vítima, a opção pela tipificação penal não encontra grandes resistências, afinal a política de combate às drogas é apoiada na proteção à saúde.

Não obstante o proibicionismo ter se alastrado a partir do século XX, a vedação a substâncias psicoativas é antecedente a ela, a exemplo do que ocorreu na China e nos EUA com o ópio no século XIX.

Até a década de 1950 o predomínio do discurso antidrogas era o ético-jurídico.

Aliadas a razões morais, motivos médico-sociais passaram a ser agregados ao discurso proibicionista, afinal toda ideologia apresenta motivações edificantes e pretensamente racionais.

Na década de 1960 eclodiram movimentos de contracultura nos EUA, a exemplo dos hippies, com muitos jovens fazendo uso de psicoativos. Não mais era possível sustentar que tantos garotos oriundos da classe média tivessem uma falha de caráter. O vício em drogas não era mais decorrente de fraqueza moral, mas uma doença.

Naquela década, foram produzidos relevantes alterações na política de drogas em âmbito internacional.¹⁹⁴ De acordo com Salo de Carvalho, “A partir daí, é gestado o modelo médico-sanitário-jurídico, baseado na diferenciação de usuário (doente) e traficante (delinquente)”.¹⁹⁵

Foi a partir daquele período que se desenvolveu o que Rosa del Omo chama de “ideologia da diferenciação”.¹⁹⁶ O consumidor é visto como um doente, alguém que precisava de cuidados, de tratamento; já o vendedor é um criminoso, alguém sem escrúpulos. Como

¹⁹² HAIDT, 2020, p. 18.

¹⁹³ RODRIGUES, 2006, p. 47.

¹⁹⁴ D’ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas?** 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 86.

¹⁹⁵ CARVALHO, 2016, p. 60.

¹⁹⁶ DEL OMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Trad. Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 34.

afirma Orlando Zaccone: “[...] para o consumidor, um médico, um psicólogo e um assistente social; para o traficante, um carcereiro”.¹⁹⁷

A propósito, a “[...] ideologia da diferenciação” não se resume à relação consumidor doente x traficante delinquente. Ela também se aplica à relação estabelecida em termos de geopolítica, com a adjetivação de países responsáveis pelo narcotráfico e países vítimas. Países latino-americanos são colocados no primeiro grupo, enquanto os americanos se enxergam neste último.¹⁹⁸

De acordo com Orlando Zaccone, o discurso moralista, a partir da década de 1970 perde terreno para o discurso médico-jurídico¹⁹⁹, apesar de, desde o século XIX, a comunidade médica já biscar trazer para si os saberes a respeito das drogas.²⁰⁰

Nos anos 1970, conforme afirma Rosa del Omo, emerge o discurso médico-jurídico impulsionado pelo abuso de cocaína.²⁰¹

Para Maurício Fiori, as drogas como questão social possui três eixos discursivos: moralização, criminalização e medicalização.²⁰²

Conforme Luciana Boiteux, “O novo Estado Moderno, portanto, une o poder religioso ao poder médico para guardar um conjunto de normas reguladoras da vida pessoal, em especial do consumo das drogas”.²⁰³

O consumo de drogas envolve, ao mesmo tempo, riscos à saúde e prazer.

O prazer provocado pelas drogas, no entanto, carrega, de acordo com Maurício Fiore, duas “negatividades”: ilusão e artificialidade.²⁰⁴

O consumo de psicoativos traz à pessoa um prazer passageiro e nisso haveria uma armadilha, pois caso não encerre ou não tenha controle da relação com a droga, ela passa a ser consumida apenas para não sofrer com sua ausência. Haveria, portanto, uma dependência química, em que o sujeito não sentiria mais o prazer, mas apenas alívio ao consumir a substância.²⁰⁵

Quanto à artificialidade, pode ser dito que o prazer, a partir de uma visão médica, é uma função fisiológica e ocorre quando há uma ação ou evento benéfico ao organismo ou a sua

¹⁹⁷ D’ELIA FILHO, 2011. p. 88.

¹⁹⁸ DEL OMO, 1990, p. 69-70.

¹⁹⁹ D’ELIA FILHO, *Op. cit.*, p. 88.

²⁰⁰ VALOIS, 2017, p. 61.

²⁰¹ DEL OMO, *Op. cit.*, p. 51.

²⁰² FIORE, Maurício. Prazer e risco: uma discussão a respeito dos saberes médicos sobre uso de “drogas”. In: Labate, Beatriz Caiuby et al. (Org.) **Drogas e cultura**: novas perspectivas. Salvador: Edufba, 2015. p. 141-153.

²⁰³ RODRIGUES, 2006, p. 31.

²⁰⁴ FIORE, *Op. cit.*, p. 141-153.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 141-153.

reprodução. No caso das drogas, não há qualquer evento positivo para a sobrevivência que pudesse acionar o sistema nervoso central.²⁰⁶ Assim, o prazer das drogas não seria natural.

Sobre a influência dos médicos na política de drogas, é salutar trazer as afirmações de Thiago Rodrigues:

O controle e regulamentação do uso de drogas foi parte fundamental da consolidação da autoridade médica no século XIX e princípio do XX, período em que se cristaliza no Ocidente quais são os usos legítimos (pois baseados na ciência médica ocidental) e quais são ilegítimos (práticas tradicionais ou que escapassem, de algum modo, aos cânones médicos).²⁰⁷

Maurício Fiori assevera que

Os saberes são regimes de verdade, e os saberes médicos se edificaram sob o terreno movediço das verdades a respeito da vida e da morte, do normal e, principalmente, do patológico. Por isso mesmo que, do ponto de vista foucaultiano, não há saber que não engendre relações de poder.²⁰⁸

O discurso médico, usando a roupagem do cientificismo e da neutralidade, tornou-se fiador da política de drogas proibicionista.

A aura de pureza técnica, por vezes, oculta opiniões, preconceitos e pontos de vistas, os quais são transmitidos como se não tivessem qualquer coloração ou interesse que não a verdade e a ciência. O olhar moralizador e segregacionista não é exclusivo dos políticos, dos profissionais do direito, dos policiais ou da mídia, mas é compartilhado por “técnicos” como assistentes sociais e psicólogos que atuam perante o sistema de justiça.²⁰⁹

Afirma Silvio Almeida a respeito do discurso científico:

A ciência tem o poder de produzir um discurso de autoridade, que poucas pessoas têm a condição de contestar, salvo aquelas inseridas nas instituições em que a ciência é produzida. Isso menos por uma questão de capacidade, e mais por uma questão de autoridade. É da natureza da ciência produzir um discurso autorizado sobre a verdade.²¹⁰

No mesmo sentido das afirmações de Fiori e Silvio Almeida ensina Vera Malaguti Batista:

Nos nossos sistemas, a concessão de poderes aos técnicos disfarça a violência, mistificando-a através do tecnicismo cujo objetivo é fazer com que o objeto da violência se adapte sem chegar a ter consciência e sem reagir. Sua função é ampliar as fronteiras da exclusão, descobrindo tecnicamente novas formas de infração e

²⁰⁶ FIORE, 2015, p. 141-153.

²⁰⁷ RODRIGUES, 2015, p. 91-103.

²⁰⁸ FIORE, *Op. cit.*, p. 141-153.

²⁰⁹ BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 117.

²¹⁰ ALMEIDA, 2019, p. 46.

produzindo a ação técnica reparadora, que adapte os indivíduos à aceitação de sua condição de "objetos de violência", perpetuando o processo de violência global.²¹¹

Em 17 de dezembro de 1914 foi aprovada nos Estados Unidos a lei chamada de “Harrison Act”, a qual regulamentava o registro e a distribuição de determinadas substâncias em conformidade com as prescrições médicas e segundo a boa fé e as práticas profissionais. Esta lei, segundo Valois, foi pioneira ao tratar a droga como questão médica, dando aos profissionais da medicina um enorme poder.²¹²

Na época, como o discurso preponderante ainda era o moralista, médicos que receitavam substâncias psicoativas eram considerados ofensores da lei. Só estariam agindo conforme a lei, segundo as autoridades, aqueles que reduzissem a dosagem ou a quantidade prescrita.²¹³

Mesmo com relação ao álcool a classe médica apresentava reservas, defendendo a abstinência alcoólica.²¹⁴

Médicos, então, passaram a ser perseguidos não só pelos fiscais, mas também pela imprensa e por organizações contrárias às drogas, fazendo com que muitos deixasse de atuar na prescrição de psicoativos com medo de sofrerem punições.²¹⁵

No Brasil, como possuíam o monopólio da formulação de políticas de saúde pública, os médicos foram os que mais lutaram pelo controle penal das drogas.²¹⁶

Inclusive, atribui-se a um médico brasileiro, Pedro Pernambuco Filho, um papel fundamental na criminalização internacional da maconha.²¹⁷

O discurso pretensamente humanitário, em prol da saúde dos dependentes, é o que sustenta a diferenciação de tratamentos dados a usuários e traficantes.

Já na década de 1980, os bons motivos para a proibição das drogas vêm a ser econômicos.

São levados em consideração os custos com tratamentos, as perdas de produtividade e o grande volume de dinheiro movimentado pelo comércio de drogas²¹⁸. Para combater o tráfico internacional, então os EUA precisavam intervir além de suas fronteiras, passando, então, a adotar o discurso jurídico transnacional.²¹⁹

²¹¹ BATISTA, 2003, p. 117.

²¹² VALOIS, 2017, p. 84.

²¹³ *Ibid.*, p. 86-87.

²¹⁴ ESCOHOTADO, Antonio. **Historia general de las drogas**. Madri: Alianza Editorial, 1998, p. 486.

²¹⁵ VALOIS, *Op. cit.*, p. 88.

²¹⁶ RODRIGUES, 2006, p. 135-136.

²¹⁷ BARROS, André; PERES, Marta Peres. Proibição da maconha no Brasil e suas raízes históricas escravocratas. Rio de Janeiro, **Revista Periferia**. v. 3, n. 2, jul/dez 2011. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/periferia/article/view/3953/2742>. Acesso em 24 jan. 2022.

²¹⁸ DEL OMO, 1990. p. 56-57.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 57.

Justificativas virtuosas também são apresentadas para se guerrear. E foi exatamente o argumento da liberdade (livre comércio) que motivou as primeiras das guerras relacionadas às drogas: as guerras do ópio de 1839 e 1856, as quais, segundo Valois não se sabe se foi contra, a favor ou teve como subterfúgio as drogas.²²⁰

2.1.1 Conferência de Xangai de 1909

Em 24 de julho de 1906, Theodore Roosevelt recebeu uma carta escrita pelo bispo Charles Henry Brent, que considerava todo uso não médico de drogas como algo imoral, na qual sugeriu organizar uma conferência internacional com a finalidade de ajudar a China na sua batalha contra o ópio.²²¹

Diante de tensões vividas entre estadunidenses e chineses no período, o governo dos EUA concordou com a sugestão, tendo designado três membros para representá-lo na Conferência: o próprio Brent, o médico Hamilton Wright e Charles Tenney. Antes mesmo da própria conferência, Brent já trabalhava em defesa da criminalização do ópio dentro dos Estados Unidos.²²²

A comissão estadunidense, então, partiu rumo a Xangai com o objetivo de proibir o ópio, exceto para fins medicinais ou científicos.

Segundo Valois, na época o governo dos Estados Unidos estava mais preocupado em estabelecer pontes comerciais com os chineses e em aumentar sua influência política do que com o ópio.²²³ O argumento anti-drogas apresentado pelos seus representantes servia somente como uma maneira de arregimentar simpatizantes.²²⁴

A Conferência de Xangai de 1909 contou com a participação de treze países.

Aquela foi a primeira grande reunião internacional para debater a questão das drogas.²²⁵ Foi também um marco no tratamento da questão da droga como de assunto de interesse internacional.²²⁶

Os delegatários das nações não tinham poderes plenipotenciários²²⁷ e, ao final da Conferência, foram formuladas recomendações instando: os países onde o ópio não fosse ilegal o exportassem para locais onde era proibido e a gradual supressão; a adoção de medidas

²²⁰ VALOIS, 2017, p. 35.

²²¹ ESCOHOTADO, 1998, p. 462.

²²² *Ibid.*, p. 462.

²²³ VALOIS, *Op. cit.*, p. 64.

²²⁴ *Ibid.*, p. 69.

²²⁵ RODRIGUES, 2015, pp. 91-103.

²²⁶ RODRIGUES, 2006, pp. 135-136.

²²⁷ VALOIS, *Op. cit.*, p. 65.

governamentais para redução do fumo do ópio, de modo a proibir ou regular cuidadosamente o ópio com fins não medicinais ou científicos.

Se por um lado os representantes do governo de Washington não saíram satisfeitos com as recomendações sem caráter impositivo e sem o compromisso de completo banimento do ópio, por outro a conferência resultou em um avanço, do ponto de vista do proibicionismo, semeando o pensamento de ser necessárias discussões multilaterais sobre o tema, que não poderia se restringir ao âmbito doméstico de cada nação.

Já em setembro de 1909 os norte-americanos manifestaram interesse em um novo encontro para tratar sobre o assunto.

Citando William McAllister, Valois afirma que entre 1910 e 1911, Brent e Wright importunaram governos estrangeiros para a realização de nova conferência²²⁸ ao mesmo tempo em que internamente seguia em sua luta pela criminalização das drogas.²²⁹ Como resultado da insistência dos americanos, países voltaram a debater o ópio nos Países Baixos.

2.1.2 Conferência de Haia

Entre 1º de dezembro de 1911 e 23 de janeiro de 1912, em Haia, Países Baixos, novamente Estados se reuniram para tratar sobre drogas.

De acordo com Escotado, ingleses só queriam tratar de morfina e cocaína, enquanto os alemães procuravam defender os interesses de sua indústria farmacêutica, portugueses desejavam manter seus lucros com ópio em Macau e persas queriam preservar os cultivos ancestrais. Os neerlandeses, donos da casa, estavam envolvidos com ópio e morfina e produziam coca em Java. Assim como em Xangai, a Turquia, uma das principais produtoras de ópio, recusou-se a comparecer.²³⁰

Os EUA lideraram os trabalhos com o bispo Charles Brent à frente do encontro.

Desta vez, diferentemente do que ocorrera na China em 1909, os representantes estadunidenses insistiram para que não fossem editadas meras recomendações, mas resoluções, além da ratificação do pacto no âmbito legislativo interno de cada país participante.

No art. 9º, ficou estabelecido que os países signatários deveriam promulgar normas para restringir o ópio, morfina e cocaína e qualquer novo derivado dessas substâncias a propósitos

²²⁸ VALOIS, 2017, p. 69.

²²⁹ ESCOTADO, 1998, p. 465.

²³⁰ *Ibid.*, p. 469.

médicos e legítimos.²³¹ A propósito, pela primeira vez a cocaína ingressou no debate internacional do proibicionismo.²³²

Os Estados-partes também se comprometeram a adotar mecanismos para impedir ou, ao menos, restringir, a exportação de ópio bruto.²³³

Entre 1912 e 1913 novas conferências ocorreram em Haia para ratificação da primeira.

O Brasil, por intermédio de Graça Aranha,²³⁴ em outubro de 1912 aderiu à convenção por meio da assinatura de protocolo suplementar. Por meio do Decreto nº 11.481, de 10 de fevereiro de 1915, foi promulgado no direito brasileiro o documento internacional.

A política de drogas no campo internacional, diretamente influenciada por Wright e Brent passou a ser referência para políticas de drogas adotadas internamente nos países a pretexto de conformar as leis nacionais aos compromissos internacionais.

A França criou, em 1916 “Lois sur les drogues”. Britânicos editaram, em 1920, o “Dangerous Drug Act”.²³⁵ Os Estados Unidos, em 1914, já haviam criado o “Harrison Act”, sobre o qual foi falado anteriormente, além de terem imposto a Lei Volstead ou Lei Seca em 1919, que entrou em vigor em 1920.

Estavam, assim, paridos os filhotes da Convenção de Haia, com a consolidação da visão proibicionista estadunidense se impondo ao redor do planeta.

2.1.3 Tratamento jurídico das drogas durante o período da Liga das Nações

Com o final da Primeira Grande Guerra, foi firmado o Tratado de Versalhes e criada a Liga das Nações no ano de 1919.

²³¹Article 9. The contracting Powers shall use enact pharmacy laws or regulations to confine to medical and legitimate purposes the manufacture, sale and use of morphine, cocaine, and their respective salts unless laws or regulations on the subject are already in existence. They shall co-operate with one another to prevent the use of these drugs for any other purpose.

²³² Rodrigues, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade.** 273f Tese (doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006, p. 38.

²³³Article 3. The contracting Powers shall take measures – (a) to prevent export of raw opium to countries which shall have prohibited its entry, and; (b) to control the export of raw opium to countries which restrict its import, unless regulations on the subject are already in existence.

Article 8. The contracting Powers which are not ready to prohibit immediately the export of prepared opium – (a) Shall restrict the number of towns, ports, or other localities through which prepared opium may be exported; (b) Shall prohibit the export of prepared opium to countries which now forbid, or which may hereafter forbid, the import thereof; (c) Shall, in the meanwhile, prohibit the consignment of prepared opium to a country which desires to restrict its entry, unless the exporter complies with the regulations of the importing country; (d) Shall take measures to ensure that every package exported, containing prepared opium, bears a special mark indicating the nature of its contents; (e) Shall not permit the export of prepared opium except by specially authorized persons.

²³⁴ VALOIS, 2017, p. 71-72

²³⁵ RODRIGUES, 2006, p. 38.

Com os países europeus destroçados economicamente pela guerra, os Estados Unidos apareceram como a principal potência econômica mundial, passando a ditar as regras da política internacional.

Apesar de o Tratado de Versalhes conhecido como o documento que pôs fim à Primeira Guerra, ele não se limitou a isso, tendo versado também a respeito de drogas no art. 295.²³⁶

De acordo com Luís Carlos Valois, o referido dispositivo foi escamoteado no Tratado por iniciativa do britânico Lord Robert Cecil, não tendo havido maiores debates para sua inserção.²³⁷

Após a Primeira Guerra Mundial, buscou-se instaurar uma nova ordem mundial, com a defesa internacional de pautas humanitárias.

Em meio a temas em que havia certo consenso no campo dos direitos humanos como tráfico de armas e de mulheres, foi plantada a temática da droga.²³⁸ A partir de então, o discurso comercial sobre as drogas perde força e as razões sanitárias e humanitárias²³⁹ ganham realce. Até hoje a proibição de substâncias psicoativas permanece misturado em meio a outros ligados aos direitos humanos.²⁴⁰

No âmbito da Liga das Nações foi criado em 15 de dezembro de 1920 o Comitê Consultivo sobre Ópio e outras Drogas.

Para Valois, o fato de os EUA não serem membros da Liga das Nações, porém enviarem representantes para acompanhar as discussões confere uma roupagem de que o assunto era tratado de maneira puramente técnica.²⁴¹

Entre 1924 e 1925 foi realizada em Genebra a Conferência Internacional do Ópio.

²³⁶ Aquelas dentre as Altas Partes contratantes que ainda não tenham assinado ou que, depois de ter assinado, não tenham ainda ratificado a Convenção sobre o ópio, firmada na Haia, em 23 de Janeiro de 1912, estão de acordo para porém esta Convenção em vigor, e, neste intuito, em decretar a legislação necessária logo que seja possível, e, o mais tardar, nos doze meses que se seguirem à entrada em vigor do presente Tratado.

As Altas Partes Contratantes que ainda não ratificaram a referida convenção concordam em que a ratificação do presente Tratado será, sob todos os pontos de vista, equivalente à ratificação e assinatura do Protocolo especial aberto na Haia conforme as resoluções da terceira Conferência sobre o ópio, celebrada em 1914, para fazer entrar em vigor a mencionada Convenção.

O Governo da República Francesa enviará ao Governo dos Países Baixos uma cópia autêntica da ata do depósito das ratificações do presente Tratado e convidará o Governo dos Países Baixos a aceitar e receber esse documento como depósito das ratificações da Convenção de 23 de Janeiro de 1912 e como assinatura do Protocolo adicional de 1914.

²³⁷ VALOIS, 2017, p. 128-129.

²³⁸ *Ibid.*, p. 125.

²³⁹ No preâmbulo da Convenção de Genebra de 1925 consta o seguinte: “Confiantes que este esforço humanitário encontrará adesão unânime das nações preocupadas”.

²⁴⁰ Exemplo disso é o discurso do então Secretário-Geral da ONU, Kofi Annan, na Assembleia Geral em 2002: “Apenas pela ação multilateral nós podemos nos proteger da chuva ácida, do aquecimento global, da expansão de HIV/Aids, do comércio ilícito de drogas, ou do tráfico odioso de seres humanos.”

²⁴¹ VALOIS, *Op. cit.*, p. 137.

Ela foi dividida em dois encontros. No primeiro tratou-se do ópio na Ásia. Como resultado, decidiu-se que o comércio de ópio ficaria a cargo dos governos de cada país e que esses países não exportariam ópio para outros onde havia a prática de fumo, além de se proibir a entrada de menores de idade em locais onde o fumo de ópio seja permitido, devendo existir nas escolas orientações no sentido de se desestimular o uso de ópio.²⁴²

O segundo encontro tem como destaque a inclusão da maconha entre as substâncias proibidas, embora não fosse objeto dos trabalhos, os quais versariam sobre ópio e seus derivados e cocaína.

Para Jonatas Carlos de Carvalho, o objetivo da Conferência, solicitada pelos EUA, era estender suas práticas domésticas ao plano internacional.²⁴³

Segundo Antonio ESCOHOTADO, a inserção da maconha se deu a partir de sugestão da delegação do Reino Unido.²⁴⁴ Luís Carlos VALOIS, por outro lado, diz que os egípcios foram responsáveis por sugerir o ingresso da maconha entre as drogas vedadas.²⁴⁵

Segundo André Barros e Marta Peres, o médico brasileiro Pedro Pernambuco Filho teve papel importante na criminalização da maconha ao afirmar na Conferência ser a maconha pior do que o ópio.²⁴⁶

Outro ponto merecedor de destaque como fruto da Convenção ocorrida na Suíça foi a criação do Comitê Central Permanente, cuja função primordial era fiscalizar o mercado mundial das substâncias tratadas na convenção.

Em 1931, Genebra foi sede de novo encontro para discussão a respeito de drogas.

Seu objetivo era regular a quantidade e limitar a manufatura de substâncias psicoativas. O pensamento era de que com a diminuição da oferta de drogas, haveria menor possibilidade de estas caírem nas mãos do comércio ilícito.

Cinco anos depois, entre 8 e 26 de junho, novamente a cidade suíça foi palco de encontro internacional sobre drogas.

Desta vez, a iniciativa partiu da Comissão Internacional de Polícia da Liga das Nações.²⁴⁷ A origem da proposição deu o tom do caráter da Conferência, a começar pelo título: Convenção de 1936 para a repressão do tráfico ilícito de drogas nocivas.

²⁴² VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 140.

²⁴³ CARVALHO, Jonatas Carlos de. A Emergência da política mundial de drogas: o Brasil e as primeiras conferências internacionais do ópio. **Oficina do Historiador**. v 7, n. 1, jan/jun 2014.

²⁴⁴ ESCOHOTADO, 1998, p. 525.

²⁴⁵ VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 142-143.

²⁴⁶ BARROS; PERES 2011.

²⁴⁷ BUXTON, Julia apud VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 2ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 175-176.

O produto da conferência foi um documento marcado pelo punitivismo.

A convenção de 1936, a última da Liga das Nações, no art. II, já dispôs que os países signatários se comprometeriam a punir severamente, sobretudo com pena de prisão, o tráfico ilegal de entorpecentes.²⁴⁸

A partir dali, nasce a ideia chamada por Salo de Carvalho de “punibilidade integral do ciclo da droga”, abrangendo mínima contribuição, consumo e até mesmo atos preparatórios.²⁴⁹

O art. II da Convenção de 1936 é um marco na criminalização das drogas como tipo misto alternativo, mas não se contenta em punir apenas aquele que pratica atividade de comércio da droga, mas também alcança o consumidor e ainda cria a figura da associação para o tráfico.²⁵⁰

Até mesmo o princípio da proibição de dupla punição pelo mesmo fato é atropelado pela convenção, ao considerar que a prática de atos previstos no art. II ocorridos em mais de um país deve ser considerado infrações distintas em cada um deles.²⁵¹

Interessante a observação de Luís Carlos Valois sobre a discussão sobre a necessidade de dolo de comércio para a configuração do delito de tráfico de drogas. Segundo o autor, estadunidenses e canadenses foram contrários à necessidade de se demonstrar o intuito comercial, uma vez que a dificuldade de comprovação do elemento subjetivo inviabilizaria a condenação em muitos processos.²⁵²

Todos os países da Liga das Nações, exceto Bolívia e Pérsia, assinaram o tratado,²⁵³ o qual foi incorporado pelo Brasil por meio do Decreto 2.994, de 17 de agosto de 1938.

2.1.4 A questão das drogas no direito internacional no pós-segunda guerra

Ao final da Segunda Guerra Mundial, no ano de 1946, foi criada a Organização das Nações Unidas, instituição que viria a substituir a Liga das Nações.

²⁴⁸ Artigo II - Cada uma das Altas Partes contratantes se compromete a baixar as disposições legislativas necessárias para punir severamente, e sobretudo com pena de prisão ou outras penas privativas de liberdade, os seguintes atos:

²⁴⁹ CARVALHO, 2016, p. 349-350.

²⁵⁰ a) fabricação, transformação, extração, preparação, detenção, oferta, exposição à venda, distribuição, compra, venda, cessão sob qualquer título, corretagem, remessa, expedição em trânsito, transporte, importação e exportação dos estupefacientes, contrarias às estipulações das referidas Convenções; b) participação intencional nos atos mencionados neste artigo; c) sociedade ou entendimento para a realização de um dos atos acima enumerados; d) as tentativas e, nas condições previstas pela lei nacional, os atos preparatórios.

²⁵¹ Artigo IV - Se os atos mencionados no Artigo 2 foram praticados em diversos países, cada um deles será considerado como uma infração distinta.

²⁵² VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 2ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 181.

²⁵³ ESCOHOTADO, 1998, p. 529.

Dentro do organograma do Conselho Econômico e Social, foi alocada a Comissão de Entorpecentes, criada pela resolução 9 (I), de 1946.

As medidas adotadas pela ONU, desde seu início, foram pautadas pela ideia de um mundo livre das drogas.

Tanto EUA como URSS, as duas grandes potências antagônicas do mundo pós-Segunda Guerra, se posicionavam contrariamente às drogas.

No expansionismo do projeto controlador de todo tipo de droga, em 1948, foi assinado o Protocolo de Paris, visando o controle de drogas as quais não haviam sido englobadas anteriormente. O Protocolo foi promulgado no Brasil por meio do Decreto nº 47.908/1960.

Em 1953, mais uma vez os olhos se voltaram ao ópio, tendo sido firmado o Protocolo do Ópio em Nova Iorque, com vistas a reduzir o cultivo de papoula e a circulação de ópio. Nele se reafirmou a licitude do ópio exclusivamente para destinação médica ou científica.²⁵⁴

O documento de 1953 ingressou no direito pátrio com o Decreto 47.798/60.

No ano de 1961, entre 24 de janeiro e 25 de março, ocorreu em Nova Iorque a Convenção Única sobre Entorpecentes.

O documento teve adesão de 74 Estados, incluindo o brasileiro, que promulgou o texto em 27 de agosto de 1964, por intermédio do Decreto 54.216.

Os discursos pretensamente sanitário e moral estão presentes logo no início do preâmbulo: “As partes, preocupadas com a saúde física e moral da humanidade...”

A Convenção de 1961 marcou uma radicalização no controle internacional de drogas, objetivando a total erradicação do consumo e da produção de certas substâncias.²⁵⁵

O texto assinado em Nova Iorque mantém a previsão do delito de tráfico de drogas como tipo penal misto alternativo, mas traz como novidade a categorização em quatro listas de drogas entre mais perigosas e menos perigosas, o que, praticamente encerra qualquer debate, afinal as substâncias já carregariam a qualidade de malélicas.²⁵⁶

A política defendida pelos norte-americanos estava consolidada mundialmente, sendo o direito penal a única maneira que os Estados enxergam para lidar com a questão das drogas.

Pelo texto convencional, mesmo o usuário de drogas deveria ser objeto de repressão.²⁵⁷

²⁵⁴ Artigo 2 - Uso do ópio - As Altas Partes Contratantes limitarão o uso do ópio exclusivamente às finalidades médicas e científicas.

²⁵⁵ RODRIGUES, 2006, p. 40.

²⁵⁶ VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 256.

²⁵⁷ Artigo 36 – Disposições penais - 1. Com ressalva das limitações de natureza constitucional, cada uma das Partes se obriga a adotar as medidas necessárias a fim de que o cultivo, a produção, fabricação, extração, preparação, **posse**, ofertas em geral, ofertas de venda, distribuição, **compra**, venda, entrega a qualquer título, corretagem, despacho, despacho em trânsito, transporte, importação e exportação de entorpecentes, feitos em desacôrdo com a presente Convenção ou de quaisquer outros atos que, em sua opinião, contrários à mesma, sejam

Entre 11 de janeiro e 21 de fevereiro de 1971 teve lugar em Viena a Conferência sobre Substâncias Psicotrópicas.

Naquela época, o consumo de substâncias psicotrópicas havia crescido, especialmente pelo desenvolvimento das indústrias farmacêuticas.²⁵⁸

Eduardo Viana Vargas afirma que, sobretudo a partir da década de 1940, houve um incremento do número de fármacos desenvolvidos, sendo esse processo denominado de invasão farmacêutica por Dupuy e Karsent ou explosão terapêutica por Tognoni e Laporte.²⁵⁹

Com a pujança das indústrias farmacêuticas na época, elas não ficariam de fora de um evento tão importante. Segundo Valois, a Conferência foi tomada pelo setor, tanto enviando pessoas como representantes do próprio segmento econômico como até mesmo infiltrando gente na condição de membro de delegação.²⁶⁰

Segundo Escotado:

Lo esencial del Convenio de 1971 era poner fuera de la ley en términos absolutos cualquier fármaco relacionado con «expansión de la conciencia», fuesen cuales fuesen sus efectos primarios y secundarios, su toxicidad o su naturaleza química.²⁶¹

À semelhança do ocorrido na Convenção Única, foram organizadas em listas as substâncias, contudo foi suavizado o caráter penal em relação à Convenção de 1961. Quanto a esse ponto, apesar e mantida a preferência pela pena de prisão ao traficante,²⁶² é interessante notar uma mudança em relação ao usuário de drogas, prevendo a possibilidade de aplicação de medidas alternativas penais.²⁶³

No Brasil, o Decreto nº 79.388, de 14 de março de 1977, promulgou o documento.

Novamente em Viena, no ano de 1988, foi realizada a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas.

considerados como delituosos, se cometidos intencionalmente, e que as infrações graves sejam castigadas de forma adequada, especialmente com pena de prisão ou outras de privação da liberdade. (grifos nossos)

²⁵⁸ ESCOTADO, 1998, p. 673.

²⁵⁹ VARGAS, Eduardo Viana. *Fármacos e outros objetos sócio-técnicos: notas para uma genealogia das drogas*. In: LABATE, Beatriz Caiuby *et al.* (Org.) **Drogas e cultura: novas perspectivas**. Salvador: Edufba, 2015. p. 41-63.

²⁶⁰ VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 283.

²⁶¹ ESCOTADO, 1998, p. 678.

²⁶² Artigo 22 – Disposições penais - 1. a) Ressalvadas suas limitações constitucionais, cada Parte tratará como delito punível qualquer ato contrário a uma lei ou regulamento adotado em cumprimento às obrigações oriundas da presente Convenção, quando cometido intencionalmente, e cuidará que delitos graves sejam passíveis de sanção adequada, particularmente de prisão ou outra penalidade privativa de liberdade.

²⁶³ Artigo 22 – Disposições penais - b) Não obstante a alínea precedente, quando dependentes de substâncias psicotrópicas houverem cometido tais delitos, as Partes poderão tomar providências para que, como uma alternativa à condenação ou pena ou como complemento à pena, tais dependentes sejam submetidos a medidas de tratamento, pós-tratamento, educação, reabilitação e reintegração social, em conformidade com o parágrafo 1 do artigo 20.

Maria Lúcia Karam diz que o foco na repressão já é demonstrado no título, o qual deixa claro que não trata sobre entorpecentes, mas contra o tráfico, inspirada na “guerra às drogas”, declarada pelo ex-presidente dos Estados Unidos Richard Nixon em 1971.²⁶⁴

Naquela quadra da história, a mentalidade punitiva contra as drogas estava solidificada na sociedade e na política.

O DNA repressivo da Convenção começa pela sua denominação, passa pela criminalização do usuário de drogas no art. 3, 2,²⁶⁵ segue ao tratar de lavagem de bens e dinheiro, cooperação jurídica internacional, confisco de bens e extradição e chega ao ponto de deixar claro que os Estados podem adotar medidas repressivas mais gravosas.²⁶⁶

Com a Convenção de 1988, buscou-se uniformizar a tipificação legal de atos ilícitos relacionados às drogas, colocando a noção de “guerra às drogas” em um patamar mundial, internacionalizando o modelo estadunidense de tratamento da questão das drogas.²⁶⁷

A Convenção de Viena de 1988 planejou o modo repressor de lidar com o tema, gerando um consenso entre governos em torno do proibicionismo²⁶⁸.

No Brasil, ela foi promulgada pelo Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991, já sob a vigência da atual Constituição Federal, a qual aderiu ao movimento internacional de demonização das drogas.

De acordo com Salo de Carvalho:

[...] a presença de normas com projeção incriminadora na Carta Constitucional de 1988 (Constituição Penal dirigente) redimensiona a estrutura do direito penal, estabelecendo verdadeiros paradoxos, notadamente o da coexistência de normas garantidoras (limitativas) e de normas incriminadoras (projetivas) em único estatuto.

O Brasil, portanto, embarca no projeto de endurecimento penal quanto às drogas, gerando uma explosão da massa carcerária.²⁶⁹

²⁶⁴ KARAM, 2015, p. 8-9.

²⁶⁵ Artigo 3, 2 - Reservados os princípios constitucionais e os conceitos fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Parte adotará as medidas necessárias para caracterizar como delito penal, de acordo com seu direito interno, quando configurar a posse, à aquisição ou o cultivo intencionais de entorpecentes ou de substâncias psicotrópicas para consumo pessoal, contra o disposto na Convenção de 1961, na Convenção de 1961 em sua forma emendada, ou na Convenção de 1971.

²⁶⁶ Artigo 24 - As Partes poderão adotar medidas mais estritas ou rigorosas que as previstas na presente Convenção se, a seu juízo, tais medidas são convenientes ou necessárias para impedir ou eliminar o tráfico ilícito.

²⁶⁷ RODRIGUES, 2006, p. 42.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 41.

²⁶⁹ CARVALHO, 2016, p. 291-292.

2.2 O proibicionismo brasileiro

Segundo Luciana Boiteux, a criminalização das drogas no Brasil está ligada à consolidação da atividade médica profissional, pois os médicos detinham com exclusividade o poder de ditar políticas de saúde pública.²⁷⁰

A primeira legislação criminalizadora de droga aplicável no país foram as Ordenações Filipinas. De acordo com o Livro 5, título 89, estaria sujeito a pena de perda da fazenda e degradação para a África aquele que tivesse em sua casa rosalgar, ópio ou outro material venenoso, exceto se fosse boticário.²⁷¹

O Código Criminal do Império, de 1830, não trouxe qualquer disposição acerca de criminalização de droga, deixando de vigor qualquer disposição criminal sobre drogas.²⁷²

Já no período republicano, o Código Penal de 1890 previu, no art. 159, como conduta típica “Expôr à venda, ou ministrar, substâncias venenosas, sem a legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários”, punindo o infrator apenas com multa.

De acordo com Luís Carlos Valois, o Brasil sempre foi submisso aos valores e princípios impostos internacionalmente.²⁷³

Já sob a influência da Convenção de Haia de 1912, o Brasil editou o Decreto nº 4.294, de 6 de julho de 1921, o qual revogou o art. 159 do Código Penal de 1890.

No art. 1º do Decreto foi criminalizada a conduta de vender, expor à venda ou ministrar substância venenosas, sem a legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários, mantendo-se somente sanção pecuniária.

Já o parágrafo único trata pela primeira vez nominalmente de drogas: ópio e cocaína. Caso a ação descrita no caput fosse relacionada a essas substâncias, a pena seria de prisão de 1 a 4 anos.²⁷⁴ Inaugurava-se a pena privativa de liberdade para o comerciante de drogas brasileiro.

²⁷⁰ RODRIGUES, 2006, p. 135.

²⁷¹ Título LXXXIX – Que ninguém tenha em sua caza rosalgar, nem a venda, nem outro material venenoso. Nenhuma pessoa tenha em sua caza para vender rosalgar branco, nem vermelho, nem amarelo, nem solimão, nem água dele, nem escamonéa, nem ópio, salvo se for Boticario examinado, e que tenha licença para ter Botica, e usar do Officio.

E qualquer outra pessoa que tiver em sua caza alguma das ditas cousas para vender, perca toda sua fazenda, ametade para nossa Camera, e a outra para quem o acusar, e seja degradado para África até nossa mercê.

E a mesma pena terá quem as ditas cousas trouxer de fora, e as vender a pessoas, que não forem Boticarios.

²⁷² Art. 310. Todas as acções, ou omissões, que, sendo criminosas pelas leis anteriores, não são como taes, consideradas no presente Codigo, não sujeitarão a pena alguma, que já não esteja imposta por sentença, que se tenha tornado irrevogavel, ou de que se não conceda revista.

²⁷³ VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 2; ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 235.

²⁷⁴ Parágrafo único. Se a substância venenosa tiver qualidade entorpecente, como o opio e seus derivados; cocaína e seus derivados:

Pena: prisão celular por um a quatro annos.

Luciana Boiteux assevera que no início do século XX houve uma alta no consumo hedonista de drogas como cocaína e ópio por parte de classes mais altas da sociedade. Já as camadas mais pobres faziam uso de maconha.²⁷⁵

A intensificação desse consumo, bem como o argumento da necessidade de adequação da legislação interna aos preceitos internacionais levaram à edição do decreto pelo presidente Epitácio Pessoa.

Em 11 de janeiro de 1932 foi editado o Decreto 20.930 em que listava substâncias tóxicas analgésicas ou entorpecentes ópio, cocaína, cannabis e outras, as quais dependiam de licença especial de autoridade sanitária para sua fabricação e comércio. Posteriormente, o Decreto 24.505/1934 modificou o Decreto 20.930/1932 para incluir na lista os sais da cocaína e da morfina.

O art. 25 do mesmo decreto tornou mais dura a pena para o tráfico de substâncias listadas como proibidas no art. 1º, prevendo pena de prisão de 1 a 5 anos e multa.²⁷⁶ Já o artigo seguinte criminaliza o usuário com pena de 3 a 9 meses de prisão.²⁷⁷

O modelo médico-sanitário é o acolhido pelo Decreto 20.930/1932, o qual trata o usuário como doente, sendo a toxicomania doença de notificação compulsória,²⁷⁸ a qual podia levar o drogadito a ser internado contra sua vontade para tratamento.²⁷⁹

Em 1932 é promulgada a Consolidação das Leis Penais. No art. 159, caput, é tipificado o tráfico,²⁸⁰ enquanto no § 1º há a criminalização do usuário.²⁸¹

²⁷⁵ RODRIGUES, 2006, p. 136-137.

²⁷⁶ Art. 25. Vender, ministrar, dar, trocar, ceder, ou, de qualquer modo, proporcionar substâncias entorpecentes; propor-se a qualquer desses atos sem as formalidades prescritas no presente decreto; induzir, ou instigar, por atos ou por palavras, o uso de quaisquer dessas substâncias.

Penas: De um a cinco anos de prisão celular e multa de 1:000\$0 a 5:000\$0.

²⁷⁷ Art. 26. Quem for encontrado tendo consigo, em sua casa, ou sob sua guarda, qualquer substância compreendida no art. 1º, em dose superior, à terapêutica determinada pelo Departamento Nacional de Saúde Pública, e sem expressa prescrição médica ou de cirurgião dentista, ou quem, de qualquer forma, concorrer para disseminação ou alimentação do uso de alguma dessas substâncias.

Penas: três a nove meses de prisão celular, e multa de 1:000\$0 a 5:000\$0.

²⁷⁸ Art. 44. A toxicomania ou a intoxicação habitual por substâncias entorpecentes é considerada doença de notificação compulsória, feita com caráter reservado, à autoridade sanitária local.

²⁷⁹ Art. 45. Os toxicômanos e os intoxicados habituais por entorpecentes e pelas bebidas alcoólicas ou, em geral, inebriantes, são passíveis de internação obrigatória ou facultativa por tempo determinado ou não.

²⁸⁰ Art. 159. Vender, ministrar, dar, trocar, ceder ou, de qualquer modo, proporcionar, substâncias entorpecentes; propor-se a qualquer desses actos sem as formalidades prescritas pelo Departamento Nacional de Saúde Pública; induzir ou instigar por actos ou por palavras o uso de qualquer dessas substâncias:

Pena – de prisão celular por um a cinco annos e multa de 1:000\$ a 5:000\$000.

²⁸¹ Art. 159, § 1º. Quem for encontrado tendo consigo, em sua casa, ou sob sua guarda, qualquer substancia tóxica, de natureza analgésica ou entorpecente, seus saes, congêneres, compostos e derivados, inclusive especialidades farmacêuticas correlatas, como taes consideradas pelo Departamento Nacional de Saúde Publica, em dóse superior á therapeutica determinada pelo mesmo Departamento, e sem expressa prescrição medica ou de cirurgião dentista, ou quem, de qualquer forma, concorrer, para disseminação ou alimentação do uso de alguma dessas substancias: Penas – de prisão celular por três a nove mezes e multa de 1:000\$ a 5:000\$000.

Inspirado no autoritarismo que tomou conta da Convenção de Genebra de 1936, o Decreto-lei 891, de 25 de novembro de 1938, alterou a legislação de drogas, ampliando o rol de substâncias controladas e mantendo o controle médico sobre os adictos com a possibilidade de internação compulsória destes.

Para o tráfico foi mantida a pena de 1 a 5 anos, porém, no caso dos usuários, a punição foi majorada em relação à antiga norma, variando de 1 a 4 anos de prisão,²⁸² o que demonstra a influência do documento genebrino, impositor de sanção a todo o ciclo da droga.

O rigor do Decreto chegou ao ponto de se proibir a suspensão da pena e o livramento condicional aos delitos previstos nele, o que inclui o crime de porte de drogas para uso pessoal.²⁸³

Sob a vigência da Constituição autoritária de 1937, foi editado o Código Penal de 1940, o qual tipificou no artigo 281 o delito de tráfico de drogas, com a previsão de sanção de 1 a 5 anos de prisão.

Seguindo as diretrizes da Convenção de 1936, o tipo penal do art. 281 é misto alternativo, com diversos verbos nucleares, sendo que a realização de qualquer um deles já configura o crime.

A Lei 4.451/64 acrescenta o verbo “plantar” o tipo penal e retira “vender ou expor à venda”, mantendo-se a pena anteriormente prevista.

Ainda no governo de Castello Branco, foi editado o Decreto-Lei 159, de 10 de fevereiro de 1967, que passou a criminalizar substâncias capazes de determinar dependências física ou psíquica, embora não fossem entorpecentes, ou seja, estendeu a proibição a alucinógenos e anfetaminas.

Nova alteração ao art. 281 do Código Penal é imposta pelo Decreto-Lei 385, de 26 de dezembro de 1968, que, sob influência da Convenção Única de 1961,²⁸⁴ trilha o caminho da

²⁸² Artigo 35 - Ter consigo qualquer substância compreendida no artigo primeiro e seus parágrafos, com expressa prescrição de médico ou cirurgião dentista, ou possuir em seus estabelecimentos, sem observância das prescrições legais ou regulamentares qualquer das referidas substâncias entorpecentes - pena.: um a quatro anos de prisão celular e multa de 1:00\$0000 a 5:000\$000.

²⁸³ Artigo 43 - Nos crimes previstos nesta lei, não terá lugar a suspensão da execução da pena nem o livramento condicional.

²⁸⁴ Salo de Carvalho, contudo, afirma que o Decreto-Lei andou na contramão da orientação internacional, que seguia o rumo da dupla diferenciação. CARVALHO, 2016, p. 63.

multiplicidade de verbos típicos para criminalização de drogas,²⁸⁵ incluindo os as condutas “preparar” e “produzir”, incorrendo nas mesmas penas do traficante o usuário.²⁸⁶

Em 1971 foi promulgada a Lei 5.726/1971, a qual, de acordo com Luciana Boiteux, estava mais alinhada às diretrizes internacionais, abrandando o discurso bélico e aproximando-se mais do modelo médico-sanitário.²⁸⁷

A pena máxima para o tráfico, todavia, foi ampliada para 6 anos²⁸⁸. Igual reprimenda era prevista para quem tivesse drogas para consumo próprio.²⁸⁹

Conforme a criminóloga fluminense Vera Malaguti Batista, a Lei 5.726 “transpôs para o campo penal as cores sombrias da Lei de Segurança Nacional e a repressão sem limites que era imposta aos brasileiros no período mais agudo da ditadura militar”.²⁹⁰

A Lei 6.368/1976 revogou a legislação de 1971, exceto quanto ao procedimento para expulsão de estrangeiro.

Luciana Boiteux afirma ser o final da década de 1970 o período de consolidação no Brasil da noção de ser o direito penal a melhor estratégia de lidar com a questão da droga.²⁹¹

A legislação seguia, consoante Salo de Carvalho, a linha da dupla diferenciação do discurso médico-jurídico, dividindo as categorias de usuário (doente) e traficante (criminoso). Ao discurso médico-jurídico foi agregado o jurídico-político: o traficante passa a ser visto como um inimigo interno, o que justificaria o aumento da pena.²⁹² que, com a nova lei, teria limite mínimo de 3 e máximo de 15 anos. Ao consumidor, pena de 6 meses a 2 anos.

²⁸⁵ Art 1º O artigo 281 do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), modificado pela Lei nº 4.451, de 4 de novembro de 1964, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 281 - Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor a venda, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou de desacôrdo com determinação legal ou regulamentar: (Comércio, posse ou facilitação destinados à entorpecentes ou substância que determine dependência física ou psíquica.)

²⁸⁶ § 1º Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente:

III - traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. (Matérias-primas ou plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determine dependência física ou psíquica.)

²⁸⁷ RODRIGUES, 2006, p. 146.

²⁸⁸ Art. 281 - Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacôrdo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 6 anos e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) vêzes o maior salário-mínimo vigente no País.

²⁸⁹ § 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

III - traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica; V - adquire substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

²⁹⁰ BATISTA, 2003, p. 88.

²⁹¹ RODRIGUES, 2006, p. 154.

²⁹² CARVALHO, 2016, p. 69.

Sobre a figura do inimigo no direito penal, são fundamentais as lições de Eugenio Raúl Zaffaroni:

Na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso e, por conseguinte, necessitado de pura contenção, dele é retirado ou negado o seu caráter de pessoa, ainda que certos direitos (por exemplo, fazer testamento, contrair matrimônio, reconhecer filhos etc.) lhe sejam reconhecidos. Não é a quantidade de direitos de que alguém é privado que lhe anula a sua condição de pessoa, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um *ente perigoso*.²⁹³

A Lei de 1976 absorveu as ideias de defesa social, da doutrina da segurança nacional e dos movimentos de lei e ordem, as quais permeavam as estruturas de poder daquele momento histórico em que o país vivia sob o governo ditatorial militar.

O pensamento defensivista enfatiza a construção de um direito penal em que a liberdade é relegada a segundo plano, com a prevalência de medidas securitárias. De acordo com Bruno Morais Ribeiro, a ideologia da defesa social “...a pretexto de proporcionar segurança e ordem, era intensamente atentatória à liberdade individual e ao princípio da isonomia”.²⁹⁴

A ideologia da defesa social tinha suas raízes fincadas no positivismo criminológico.²⁹⁵

Para o pensamento positivista, a intervenção penal seria justificada sempre que alguém demonstrasse periculosidade, ainda que não causasse lesão a outrem. A finalidade da ação estatal, portanto, seria curativa, devendo o indivíduo perigoso ser submetido a tratamento para seu próprio bem.²⁹⁶

Essa concepção estava clara na Lei 6.368/1976 no seu artigo 10º, que estabelecia tratamento compulsório para dependentes de substâncias psicoativas.²⁹⁷

O viés autoritário da legislação também é notado ao se proibir a possibilidade de recurso em liberdade no caso de condenação pelos crimes dos arts. 12 e 13, além da duplicação de prazos processuais trazida pela Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990).

A Lei 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais) veio a abrandar o tratamento criminal dos usuários, trazendo a possibilidade de suspensão condicional do processo, já que a pena mínima para o delito do art. 16 não ultrapassava 1 ano.

²⁹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 18.

²⁹⁴ RIBEIRO, Bruno de Morais. **Defesa social e direito penal do inimigo: visão crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 8.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 8.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 12-13.

²⁹⁷ Art. 10. O tratamento sob regime de internação hospitalar será obrigatório quando o quadro clínico do dependente ou a natureza de suas manifestações psicopatológicas assim o exigirem.

§ 1º Quando verificada a desnecessidade de internação, o dependente será submetido a tratamento em regime extra-hospitalar, com assistência do serviço social competente.

No ano de 2001 foi editada a Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei nº 10.259/2001). De acordo com ela, consideravam-se infrações de menor potencial ofensivo aquelas cujas penas máximas fossem de até 2 anos. Já a Lei 9.099/95 tratava como infrações de menor potencial ofensivo apenas as que cominassem pena máxima de até 1 ano.

Instaurou-se uma divergência acerca da aplicação ou não do limite mais amplo fixado pela nova legislação, tendo os tribunais entendido pela ocorrência de derrogação da norma estipulada pela Lei 9.099/95, com a conseqüente aplicação do conceito de infração penal de menor potencial ofensivo trazido na Lei 10.259/2001 também aos crimes e contravenções de competência da Justiça Estadual.

Portanto, aquele que viesse a responder pelo delito de porte de drogas para uso próprio, cuja pena máxima era de 2 anos, passou a ser julgado no âmbito dos juizados especiais criminais. Além da modificação da competência, também foi possibilitado o oferecimento de transação penal, atenuando a incidência da intervenção punitiva.

A bem da verdade, já não ocorria a prisão-pena do usuário de drogas desde a Lei 6.416/1977, que disciplinou a possibilidade de suspensão condicional da pena para condenados a penas de até 2 anos. Permanecia, contudo, a mácula nos antecedentes, afinal havia um processo e uma condenação.

Ainda sob a vigência da Lei 6.368/76, ao passo que progressivamente a situação daqueles que fossem classificados como usuários foi sendo suavizada, o tratamento dispensado aos tachados traficantes tornou-se mais severa.

A jurisprudência entendia que os condenados por tráfico não tinham direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em razão da equiparação aos crimes hediondos.²⁹⁸

Segundo Luciana Boiteux:

A política criminal de drogas no Brasil do início do século XXI caracteriza-se por um tipo de proibicionismo moderado, que distingue o usuário, cuja conduta foi praticamente despenalizada, do traficante que teve reforçadas as penas e as condições de encarceramento, superlotando as prisões.

No ano de 2002 a Lei nº 10.409 foi aprovada no Congresso Nacional, porém foi submetida a vários vetos pelo Presidente da República, inclusive na parte que tratava dos crimes e das penas.

A parte procedimental do rito a ser adotado para os processos relativos a drogas foi sancionada.

²⁹⁸ Ver HC 80.207-9 do STF, publicado no DJ 30/04/2004.

O artigo 27 da Lei 10.409/2002 versava sobre o procedimento a ser adotado para os processos por crimes definidos naquela lei, entretanto nenhum crime era definido nela, afinal, o Capítulo III foi vetado completamente. Assim, alguns entendiam que a parte procedimental da Lei 10.409/2002 seria inaplicável, já que só se aplicaria aos crimes nela definidos, mas ela não definiu nenhum crime. Outros seguiram a linha de raciocínio de aplicar a parte procedimental aos crimes relativos a drogas da Lei 6.3668/76. Esta última corrente prevaleceu.

Portanto, a Lei da década de 1970 regulava a parte material penal, enquanto a Lei de 2002 disciplinava a parte procedimental.

No aspecto processual, estabeleceu uma fase preliminar ao recebimento da denúncia (art. 38).

Ela também ampliou institutos de repressão como a ação controlada (art. 33) e a delação premiada (art. 32, § 2º).

Quatro anos depois foi promulgada a atual lei antidrogas, Lei nº 11.343/2006, que revogou as leis de 1976 e de 2002.

Embora seja uma lei já produzida no novo milênio, Maria Lúcia Karam afirma que:

Essa nova lei brasileira em matéria de drogas, na realidade, é nova apenas no tempo, não trazendo qualquer alteração substancial, até porque, como acontecia com aquelas duas outras leis por ela revogadas, suas novas ou repetidas regras naturalmente seguem as diretrizes dadas pelas proibicionistas convenções internacionais de que o Brasil, como quase todos os demais Estados nacionais, é signatário.²⁹⁹

De fato, a atual lei incorpora a “teoria da diferenciação” e a sanha expansionista do combate às drogas.

O art. 33 da Lei 11.343/2006 reproduziu as leis anteriores com os múltiplos verbos considerados aptos para a caracterização do tipo penal do tráfico.

Também se ampliou a pena mínima de 3 para 5 anos de reclusão, além de ter proibido a concessão de fiança, anistia, graça, indulto, liberdade provisória e a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos para os delitos tipificados nos arts. 33, *caput*, e § 1º, e 34 a 37 daquela lei.

A infiançabilidade e a impossibilidade de concessão de anistia graça e indulto para os crimes de tráfico de drogas decorrem de mandamento constitucional (art. 5º, XLIII), no que Salo de Carvalho denomina de Constituição penal dirigente.³⁰⁰ Entretanto, o legislador ordinário foi além do rigor do constituinte ao não permitir a aplicação de penas restritivas de direitos nem a concessão de liberdade provisória.

²⁹⁹ KARAM, 2015, p. 105-119.

³⁰⁰ CARVALHO, 2016, p. 292.

A dureza do legislador, contudo, foi abrandada pela jurisprudência. Prevaleceu no âmbito do Supremo Tribunal Federal o entendimento no sentido de ser inconstitucional a impossibilidade de conversão de pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.³⁰¹ O Senado Federal, nos termos do art. 52, X, da Constituição, por meio da Resolução nº 5, de 2012, suspendeu a expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” contida no art. 33, § 4º.

O Supremo julgou igualmente inconstitucional a proibição de liberdade provisória aos presos em flagrante por crimes do arts. 33, *caput*, e § 1º, e 34 a 37, por entender incompatível com a Constituição a prisão provisória *ex lege*.³⁰²

Outra medida legal de maior rigor repressivo diz respeito aos prazos para conclusão do inquérito.

A Lei 10.409/2002 estabelecia o prazo de 15 para encerramento das investigações no caso de indiciado preso e 30 dias, caso estivesse solto, podendo haver duplicação dos prazos, desde que justificadamente. Já a atual lei fixa o prazo de 30 dias para encerramento do inquérito no caso de indiciado preso e 90 dias quando estiver solto, podendo dobrar-se o prazo motivadamente.

A lei de 2006, assim como a de 40 anos antes, proibiu o apelo em liberdade para os condenados por tráfico de drogas. Previu, no entanto, a possibilidade de recurso sem se recolher à prisão para os primários e de bens antecedentes, o que não havia na legislação pretérita.

A principal inovação da Lei 11.343 em comparação às legislações brasileiras anteriores foi a previsão de impossibilidade de prisão do usuário de drogas.

Como afirmado anteriormente, a possibilidade de sursis da pena, de transação penal e de suspensão condicional do processo restringiram o alcance da prisão daquele que fosse submetido à persecução penal por porte de drogas para uso próprio. Todavia, mesmo que remota, permanecia a possibilidade de prisão (ainda que fosse em regime aberto).

A atual lei, contudo, deixou expressa a vedação à prisão do consumidor de drogas. É bem verdade que, embora não seja lavrado auto de prisão em flagrante, a captura da pessoa continua sendo possível para sua condução até o juízo competente ou para assunção de compromisso de comparecimento e lavratura de termo circunstanciado de ocorrência.

Não obstante semelhante previsão de inaplicabilidade de prisão em flagrante existir para os crimes de menor potencial ofensivo e contravenções de maneira geral desde a Lei 9.099/95 (art. 69, parágrafo único), há uma peculiaridade que distingue o crime do art. 28 da Lei

³⁰¹ Ver o HC 97.256/RS.

³⁰² Ver o RE 1038925/SP.

11.343/2006 das demais infrações de menor potencial ofensivo. Nas infrações abrangidas pela Lei dos Juizados Especiais não se impõe prisão em flagrante àquele que for encaminhado ao juízo competente ou assumir compromisso de comparecimento, o que significa que, caso o autor do fato não compareça ao juízo ou se negue a firmar compromisso de comparecimento, é possível a prisão em flagrante. Já no caso do porte de drogas para consumo pessoal não há qualquer possibilidade de prisão, ainda que haja negativa de assunção de compromisso.

A Lei 11.343/2006 também aboliu qualquer chance de prisão como pena aos usuários, mesmo que não seja o primeiro processo criminal ou que se recuse a cumprir as sanções não privativas de liberdade.³⁰³

Uma polêmica em torno do art. 28 diz respeito a definir se o porte de drogas para consumo pessoal permanece sendo infração penal.

Alguns advogam ter ocorrido sua descriminalização, já que não se enquadra nem no conceito de crime nem no de contravenção trazidos no art. 1º do Decreto-Lei 3.914/1991 (Lei de Introdução ao Código Penal).³⁰⁴ Outros defendem ter sido mantido o caráter penal da conduta, pois está previsto no capítulo III – Dos crimes e das penas, a sanção prevista, embora não privativa de liberdade, é explicitamente denominada de pena pelo legislador e, por fim, nem todas as infrações penais preveem pena privativa de liberdade, o que não lhes retira a natureza penal.

Ainda que os Tribunais sigam compreendendo ser uma infração penal, o Superior Tribunal de Justiça tem afirmado que condenações pela conduta prevista no art. 28 não são aptas a configurar reincidência³⁰⁵ nem maus antecedentes.³⁰⁶

³⁰³ Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

³⁰⁴ Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

³⁰⁵ REsp 1795962/SP

³⁰⁶ AgRg no AgRg no AREsp 1605930/SP

Outra inovação da Lei 11.343/2006 em relação às leis passadas é a criação da figura do chamado tráfico privilegiado. Se, de um lado, foi majorada a sanção mínima no tipo básico, de outro previu-se uma redutora de pena.

O art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 trouxe a possibilidade de aplicação de uma causa de diminuição de pena de 1/6 a 2/3 (apesar de o instituto ser comumente chamado de tráfico privilegiado, a rigor não se trata de privilégio, afinal não é um tipo penal derivado, com alteração dos limites mínimo e máximo da pena, mas apenas uma circunstância que incide sobre o tipo básico, reduzindo-se a pena na terceira fase da dosimetria).

A redutora de pena é aplicada àqueles condenados pelo tipo do art. 33, *caput*, ou § 1º, quando o agente for primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

O dispositivo legal é dotado de um certo grau de subjetividade no que vem a ser a “não dedicação a atividades criminosas”, o que acaba por permitir sua não aplicação por parte de alguns juízes, uma vez que, em regra, o tráfico é uma atividade exercida de maneira comercial, com intuito de lucro. Assim, magistrados deixam de reconhecer a diminuição de pena por entenderem que a participação no comércio ilícito de drogas já caracterizaria uma dedicação a atividades criminosas.³⁰⁷

O entendimento que prevalecia era de que o chamado tráfico privilegiado também era equiparado a crime hediondo. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, editou o enunciado de súmula nº 512 neste sentido.³⁰⁸

No julgamento do HC 118.533/MS, em 23 de junho de 2016, o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu afastar o caráter hediondo do crime de tráfico quando incidente ao caso concreto a causa de diminuição de pena do § 4º. No mesmo ano, o Superior Tribunal de Justiça cancelou o enunciado de súmula 512, seguindo a orientação do STF.

A Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), seguindo a jurisprudência, deixou expresso na Lei de Execuções Penais não ser hediondo ou equiparado o delito de tráfico privilegiado para fins de progressão de regime.³⁰⁹

Observa-se, assim, que apesar de a Lei atual ser “apenas mais uma dentre as legislações dos mais diversos países que, reproduzindo os dispositivos criminalizadores das proibicionistas

³⁰⁷ SEMER, 2019, p. 252.

³⁰⁸ A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas.

³⁰⁹ § 5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

convenções da ONU”,³¹⁰ têm sido as Cortes Superiores as responsáveis por suavizar a sua incidência, o que, no entanto, não tem sido suficiente para refrear seus efeitos danosos, particularmente no que toca à imensa massa carcerária produzida pela criminalização das drogas, inclusive pelo fato de nem sempre o entendimento ser observado por juízes e tribunais locais.

De acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), por meio do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – período de janeiro a junho de 2022, havia 215.466 presos por delitos elencados nas Leis 11.343/2006 e 6.368/1976, o que corresponde a quase 29% da população carcerária brasileira localizada em presídios estaduais.³¹¹

Em se tratando de encarceramento feminino, as 15.152 presas por delitos dessas leis equivalem a 54,85% das mulheres enclausuradas em unidades estaduais.³¹²

No Estado do Maranhão, 14,22% das pessoas presas respondem ou responderam por crimes das leis de drogas, totalizando 7.588. O percentual de mulheres reclusas por crimes das Leis 11.343/2006 e 6.368/196 chega a 47,77%, com 601 presas.

No âmbito nacional, os crimes de drogas (tráfico e associação para o tráfico) são responsáveis por 56,69% dos reclusos por crimes hediondos ou equiparados em unidades estaduais e 51% nas federais³¹³. Quando o recorte é feito apenas com mulheres, o percentual chega a 76,18% das ergastuladas estaduais.

No Maranhão, tráfico e associação para o tráfico correspondem às imputações de quase 40% dos reclusos por delitos hediondos ou equiparados de maneira geral. Delimitando-se ao universo feminino no estado, quase 75% das internas por crimes hediondos respondem ou responderam por crimes da Lei de Drogas.

De acordo com o DEPEN, o custo médio do preso no Brasil chega a R\$ 2.919,00 (dois mil, novecentos e dezenove reais) mensais. Multiplicando-se esse valor pela quantidade de presos por crimes de drogas em todo o país, chega-se à cifra mensal de R\$ 628.945.254,00

³¹⁰ KARAM, 2015, p. 105-119.

³¹¹<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTdiMDc0MGMtNWl5My00Mjc3LWE5OWItMGZhMTBlMzg3MG4iwiwiCi6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> acesso em 07 de março de 2022.

³¹²<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTdiMDc0MGMtNWl5My00Mjc3LWE5OWItMGZhMTBlMzg3MG4iwiwiCi6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> acesso em 07 de março de 2022.

³¹³<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTdiMDc0MGMtNWl5My00Mjc3LWE5OWItMGZhMTBlMzg3MG4iwiwiCi6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> acesso em 07 de março de 2022.

(seiscentos e vinte e oito milhões, novecentos e quarenta e cinco mil e duzentos e cinquenta e quatro reais) por mês com presos relacionados a delitos de entorpecentes.

Mesmo com o elevado número de pessoas presas e com o alto custo de manutenção da máquina punitiva, a política de proibição de determinadas drogas segue em voga no país.

É comum se dizer que o no Brasil se prende muito e se prende mal. Tal afirmativa vem ao encontro dos baixos parâmetros de suficiência probatória para condenação nos delitos de tráfico, uma vez que não há limites objetivos que possam distinguir usuário de traficante, além da supervalorização dos elementos de prova produzidos pela acusação.

CAPÍTULO 3 - CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA

A verdade estabelecida judicialmente deve ser controlável, articulada e justificada, sendo resultado de um processo cognitivo complexo.³¹⁴

Ao se falar na questão probatória no processo penal brasileiro, tradicionalmente se defende o princípio do livre convencimento do juiz, pois todas as provas possuiriam valor relativo.

A fluidez da força probatória dos elementos, que seriam sopesados pelo juiz segundo o caso concreto, no entanto, abre margem para decisões sem controle de racionalidade.

O princípio do livre convencimento se irmana ao da verdade real, permitindo que o magistrado fique despreendido de amarras em suas decisões, o que contribui para um decisionismo.

O ato de convencimento judicial, no entanto, não pode estar arrimado em provas cuja confiabilidade não esteja confirmada, sob pena de comprometer-se a qualidade da prestação jurisdicional.

Neste contexto, a cadeia de custódia da prova funciona como controle epistêmico de ingresso do elemento no processo e como garantia de uma decisão judicial com maiores chances de acerto.

3.1 Conceito e etapas da cadeia de custódia

O estudo das provas tem sido pouco explorado pela doutrina jurídica, que se limita a tratar das normas processuais a respeito do tema, deixando de lado questões epistemológicas, que vão além do direito.

Em uma concepção racionalista da prova, a liberdade do julgador “não é absoluta, encontrando-se limitada pelas regras gerais da epistemologia”.³¹⁵

Se a atividade probatória é voltada ao convencimento do julgador, é preciso, num sistema que pretende conter o poder punitivo, que a persuasão do juiz seja justificada racionalmente.³¹⁶

³¹⁴ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer-Beltrán. 2ª ed. Bolonha: Editorial Trotta, 2005, p. 69.

³¹⁵ FERRER-BELTRÁN, 2021, p. 98.

³¹⁶ BADARÓ, 2017. p. 517-538.

Neste contexto, o instituto cadeia de custódia da prova funciona como filtro epistêmico para a entrada de elementos probatórios. Isso significa, portanto, que a verificação da observância da cadeia de custódia precede a valoração da prova.^{317_318}

A temática da cadeia de custódia da prova foi introduzida no código processual penal por intermédio da Lei nº 13.964/2019, embora ela já fosse exigível mesmo antes da entrada em vigor da lei.³¹⁹

Até então, o assunto ficava quase que inteiramente restrito aos estudos dos profissionais das áreas periciais, sendo olvidado pela doutrina jurídica.

Geraldo Prado conceitua cadeia de custódia da prova como “método do qual se pretende preservar a integridade do elemento probatório e assegurar sua autenticidade em contexto de investigação e processo”.³²⁰

Segundo Manuel Monteiro Guedes Valente cadeia de custódia é:

[...] uma *técnica jurídico-científica processual* que tem como fundamento [e pressuposto], fim e limite conservar a *identidade* (originalidade) e a *autenticidade* (integridade) da *prova* recolhida, apreendida com a realização de um meio de obtenção de prova constitucional e legalmente admissível – v.g., busca domiciliária e apreensão -, de modo a ser *submetida*, nos casos determinados por lei ou por despacho judicial, a *meio de prova* – perícia técnico científica – por *funcionário ou pessoa habilitada legal, técnica e cientificamente* – v.g., perito criminal.³²¹

Na conceituação de Claudemir Rodrigues Dias Filho, cadeia de custódia é:

Uma sucessão de eventos concatenados, em que cada um proporciona a viabilidade ao desenvolvimento do seguinte, de forma a proteger a integridade de um vestígio do local de crime ao seu reconhecimento como prova material até o trânsito em julgado do mérito processual; eventos estes descritos em um registro documental pormenorizado, validando a evidência e permitindo sua rastreabilidade, sendo seu objetivo-fim garantir que a evidência apresentada na corte se revista das mesmas propriedades probatórias que o vestígio coletado no local de crime.³²²

O respeito à cadeia de custódia serve ao controle epistêmico do elemento probatório que pode vir a ser introduzido em uma persecução criminal, de modo a se garantir sua autenticidade e sua integridade.

³¹⁷ 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, v. 4, n. 1, p. 277-300, jan./abr. 2018.

³¹⁸ Há, contudo, corrente no sentido de que a quebra da cadeia de custódia repercute na valoração probatória. Ver BADARÓ, 2017. p. 517-538.

³¹⁹ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 172.

³²⁰ *Ibid.*, p. 162.

³²¹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Cadeia de custódia da prova**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2020, p. 93.

³²² DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues. Cadeia de custódia: do local do crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 98, n. 883, p. 436-451, maio 2009.

Segundo Nereu Giacomolli e Maria Eduarda Azambuja Amaral, é importante distinguir função da finalidade da cadeia de custódia: sua função é assegurar a autenticidade da prova; sua finalidade é permitir maior grau de precisão à decisão judicial.³²³

O cumprimento das normas relativas à cadeia de custódia é o sustentáculo da fiabilidade da prova.

A fiabilidade de uma prova é pressuposto de sua valoração, isto é, não pode ser valorada uma prova (em nosso sistema nem sequer poderia ser introduzida no processo) produzida sem a observância da cadeia de custódia. Só podem ser valoradas pelo Judiciário provas que tenham sua confiabilidade comprovada.³²⁴

Nessa esteira entende Manuel Monteiro Guedes Valente:

A violação da cadeia de custódia da prova – técnica jurídico-processual de garantia e de tutela da identidade (originalidade) e autenticidade (integridade) da prova recolhida em sede de atuação policial -, viciada nas espécies da ilegitimidade, da ilegalidade e da ilicitude, é abraçada pela inadmissibilidade de prova em processo e, mesmo que fosse admitida em processo, é abraçada pela inadmissibilidade de valoração da prova e, por esta razão, impõe-se a destruição de qualquer efeito jurídico probatório que não seja contra quem violou a norma constitucional ou legal[...]³²⁵

Duce e Baytelman também afirmam ser a acreditação uma exigência para a admissibilidade da prova.³²⁶

Abellán afirma haver um duplo controle de admissibilidade da prova: um de natureza processual, em que se analisam pertinência, necessidade e legalidade da prova, e outra de natureza científica, em que se verifica a validade científica da prova.³²⁷

Giacomolli defende que, apesar de o substrato fático sobre o qual recai a prova no processo penal seja, em regra, a respeito da inocência ou culpa, sua delimitação e a sanção criminal, é possível que recaia sobre questões processuais.³²⁸

O controle da cadeia de custódia corresponde a uma prova sobre a prova, ou seja, uma comprovação de que a prova produzida é confiável e, portanto, pode ser utilizada pelo juiz em uma decisão.

³²³ GIACOMOLLI, Nereu José; AMARAL, Maria Eduarda Azambuja. A cadeia de custódia da prova pericial na Lei nº 13.964/2019. *Revista Duc In Altum*, Cadernos de Direito, v. 12, n. 27, p. 67-100, mai./ago. 2020.

³²⁴ Em posição contrária, Gustavo Henrique Ivahy Badaró entende que eventual quebra da cadeia de custódia da prova não acarreta a inadmissibilidade da prova, mas compromete sua valoração. Ver em BADARÓ, 2017. p. 517-538.

³²⁵ VALENTE, 2020, p. 91.

³²⁶ BAYTELMAN, Andrés; DUCE, Mauricio. *Litigación penal*. Juicio oral y prueba. Santiago: Universidad Diego Portales, 2004, p. 165.

³²⁷ ABELLÁN, 2010.

³²⁸ GIACOMOLLI; AMARAL, *Op. cit.*, p. 161.

A prova pericial costuma carregar consigo a qualidade de evidência, que, segundo Martins, “instaura um desamor do contraditório”.³²⁹ Aquilo que é considerado evidente, portanto, dispensa prova. A evidência contém em si um caráter alucinatório.³³⁰

A necessária prova sobre prova, vem, então, como forma de constranger a alucinação causada pelo evidente.

Convém trazer as lições de Ferrer-Beltrán:

A prova sobre a prova, por outro lado, pressupõe um controle sobre a confiabilidade das provas existentes, que as confirme ou as infirme. Trata-se de provas que não versam direta nem indiretamente sobre os fatos do caso, mas sobre outras provas, sendo essenciais em muitos casos para uma correta valoração individual da prova, com vistas a determinar o grau de confiabilidade que oferece.³³¹

As provas sobre provas, portanto, destinam-se a fortalecer ou acreditar a fiabilidade de outras provas relevantes.³³²

Quanto a esse aspecto, nenhuma incompatibilidade há com o sistema adotado no direito brasileiro, do livre convencimento motivado, como ensinam Zoraida García-Castillo *et al.*:

Se podría cuestionar esta intención por violatoria del principio de libertad para valorar la prueba, pero debe precisarse que estos elementos se aportan para la confiabilidad de la prueba, que es una premisa epistémica que debe cumplir el elemento probatorio para poder ser considerado como prueba de los hechos.³³³

O magistrado, ao deparar-se com uma prova pericial, tem o dever de agir como um porteiro, controlando seu ingresso no processo, admitindo a entrada daquelas que obedecerem métodos científicos e forem confiáveis e excluindo os elementos que tiverem baixa qualidade científica, conforme aponta Fernando Luna:

El juez está llamado a convertirse en custodio del método científico, a los fines de distinguir entre buena y mala ciencia, es decir, debe ocupar la posición de garante de la admisibilidad de las pruebas científicas desde la perspectiva metodológica, procurando siempre determinar la fiabilidad de las pruebas, sean estas científicas o no.³³⁴

A produção da prova material em juízo, segundo Baytelman e Duce, obedece a duas lógicas: a da desconfiança e a do sentido comum.³³⁵

³²⁹ MARTINS, 2011, p. 3.

³³⁰ *Ibid.*, p. 5.

³³¹ FERRER-BELTRÁN, 2021, p. 130.

³³² VÁZQUEZ, 2014.

³³³ GARCÍA-CASTILLO, Zoraida *et al.* **Elementos técnicos y racionales para la valoración de la confiabilidad de la prueba científica**: referencia a tres áreas de la Ciencia Forense. Isonomía [online]. 2020, n.53, pp.31-69. Epub 09-Jun-2021. ISSN 1405-0218.

³³⁴ LUNA, Fernando. El mito del cientificismo en la valoración de la prueba científica. **JURÍDICAS CUC**, v. 14, n. 1, p. 119-144, 2018.

³³⁵ BAYTELMAN; DUCE, 2004, p. 164.

Pela lógica da desconfiança, objetos e documentos que venham a ingressar no processo devem ser acreditados, ou seja, é preciso que haja uma confirmação de que aquele objeto é aquilo que a parte diz ser.

Já pela lógica do sentido comum, há objetos ou documentos cuja necessidade de acreditação é reduzida ou inexistente em razão de sua natureza ou autenticidade.

Como método, a cadeia de custódia está albergada dentro da cláusula do devido processo legal, sendo mais bem destrinchada por institutos dotados de conhecimentos técnicos e científicos sobre os materiais que interessam à perícia. Não cabe ao legislador detalhar a maneira de como se proceder em relação à custódia de cada tipo de vestígio, competindo essa tarefa aos órgãos técnicos.

A cadeia de custódia da prova tem em seu fundamento o princípio da mesmidade: a prova valorada pelo juiz é efetivamente aquele material encontrado no local de crime.³³⁶

Local de crime, por sua vez, vem a ser “toda porção do espaço que tenha vestígios de um delito, incluindo aqueles gerados antes, durante e depois da execução dos fatos em análise”.³³⁷ É no local de crime onde são colhidos vestígios, que podem vir a se tornar evidências.

O reconhecimento de um vestígio deflagra a cadeia de custódia, que possui as fases externa e interna. A partir do reconhecimento, o agente público deve isolá-lo e preservá-lo. Como ensinam Jesus Antônio Velho *et al.*, “A ação do profissional que primeiro tem contato com a cena é crucial para a cadeia de custódia”.³³⁸

O procedimento da cadeia de custódia normalmente se inicia com policiais militares,³³⁹ os quais devem estar capacitados para reconhecer vestígios e preservar o local de crime, que pode ser alterado em casos excepcionais como para socorrer vítimas ou garantir a segurança das pessoas em casos de incêndios ou existência de explosivos, por exemplo. Tais ações devem ser devidamente registradas.³⁴⁰

Como dito acima, ao contrário do que possa se supor, o respeito à cadeia de custódia não é função apenas dos peritos, mas de todos os agentes públicos que tenham contato com o vestígio.

A importância do trabalho dos milicianos na cadeia de custódia é lembrada por Moises Ceschin:

³³⁶ PRADO, 2021, p. 151.

³³⁷ VELHO, 2020, p. 22.

³³⁸ *Ibid.*, p. 80.

³³⁹ *Ibid.*, p. 37.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 45.

Assim, de tal sorte, os policiais militares nas ocorrências ordinárias, principalmente, naquelas em que o corpo técnico de peritos oficiais do Instituto de Criminalística, ou congêneres em acordo ao delito constatado, não se fazem presentes por motivos alheios ao serviço executado pela Polícia Militar, possam respeitar naquilo que lhe competem, as imposições legais de preservação da cadeia de custódia, a fim de garantir e subsidiar diligências posteriores de interesse da persecução criminal. O não comparecimento de peritos oficiais ao local de crime, muitas vezes se dá pela falta de profissionais disponíveis no âmbito territorial, pela dinâmica dos acontecimentos e dos agentes envolvidos, pelo pequeno clamor do delito praticado entre outros fatores administrativos ligados ao órgão pericial.³⁴¹

Os militares, nos casos de drogas, costumam ser os *first responders*, ou seja, aqueles que primeiro têm contato com o material ilegal, contudo, diante de situação flagrancial, não há como se aguardar a chegada de peritos, havendo a necessidade de pronta atuação policial:

Os *first responders*, sejam eles policiais, investigadores independentes dos direitos humanos ou qualquer outra pessoa, desempenham um papel fundamental em todo o processo de exame do local de crime. As suas responsabilidades iniciais correspondem a preservar a integridade do local e da evidência. Ademais, eles são responsáveis pelo primeiro registro do local do crime, das evidências e de todas as atividades ocorridas no local. Como, na maioria dos casos, os *first responders* não possuem conhecimento técnico-científico pericial; logo, oferecer treinamento adequado para capacitar estas pessoas é uma tarefa crucial.

Em circunstâncias ideais, os peritos forenses, que receberam o treinamento adequado, rapidamente assumem o trabalho no local do crime. Entretanto, há situações que exigem que os *first responders* (que normalmente não atuam na atividade pericial forense) realizem alguns procedimentos básicos de reconhecimento antes da chegada dos peritos forenses responsáveis pelo exame de local de crime — caso haja o risco das evidências materiais serem destruídas, perdidas ou contaminadas. Em situações em que não há uma perspectiva para a realização do exame pericial no local de crime por peritos forenses, as responsabilidades dos *first responders* poderão ser estendidas para além da atividade de preservação e de documentação. Estas situações normalmente ocorrem se o local do crime está localizado em uma área remota, se os peritos forenses qualificados não estão facilmente disponíveis, ou se a ação do sistema de segurança pública e de justiça criminal não é a adequada.³⁴²

O isolamento do local de crime é importante para se evitar contaminação, degradação ou alteração dos elementos.³⁴³

Localizados vestígios, “estes devem ser marcados, para que possam ser descritos, fotografados e assinalados em um croqui”.³⁴⁴

O art. 158-A, III, do Código de Processo Penal impõe a descrição detalhada do vestígio conforme encontrado no local de crime ou no corpo de delito, podendo ser ilustrada por

³⁴¹ CESCHIN, Moises. Comentários sobre apreensões realizadas por policiais militares em locais de crime frente aos Arts. 158-a usque 159-d do código de processo penal (cadeia de custódia) quando ausentes peritos oficiais – proposta para adoção de protocolos e equipamentos a fim de adequação institucional a nova legislação. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v.8, n.6, p. 43125-43144, jun.,2022.

³⁴² ONU. Escritório das Nações Unidas Sobre Drogas e Crime. Conscientização sobre o local de crime e as evidências materiais em especial para pessoal não-forense. Viena, 2010.

³⁴³ VELHO, 2020, p. 79.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 84.

fotografias, filmagens ou croqui. É fundamental que a fixação seja com os corretos referenciais para se entender a possível cena de crime.

A etapa de coleta consiste no recolhimento do vestígio a ser submetido à análise pericial.

Essa fase deve seguir os protocolos cientificamente aceitos para o vestígio ser admitido como prova,³⁴⁵ uma vez que as medidas adotadas pelas agências oficiais devem respeitar as características e a natureza do vestígio. Sempre que possível, os vestígios devem ser coletados na sua totalidade.³⁴⁶

A Portaria 82/2014 da Secretaria Nacional de Segurança Pública, no item 3 do anexo I, estabelece regras mínimas de coleta.

De acordo com o art. 158-A, V, do Código de Processo Penal, o acondicionamento do vestígio coletado deve ser realizado de maneira individualizada em recipiente adequado, conforme suas características físicas, químicas e biológicas, com o registro de data, hora e nome de quem realizou o ato.

Em relação às substâncias sólidas de interesse da toxicologia, como são as drogas, sua coleta e seu acondicionamento podem ser realizados em sacos plásticos fechados mecanicamente e lacrados, individualizando-se com data, hora e nome do responsável pela coleta e acondicionamento, evitando-se contaminação de amostras.³⁴⁷

Quanto ao transporte de vestígios, este deve ocorrer utilizando-se as condições adequadas para manter as características originais. Cada tipo de vestígio exige procedimentos e técnicas específicas para preservar o vestígio.

Na etapa de processamento, já na fase interna, “o vestígio é transformado em evidência ou prova, ou seja, ele chega bruto às mãos dos peritos, que o processam e o analisam para se tornar uma prova”.³⁴⁸

Velho *et al* subdividem essa etapa em quatro, que vão desde o recebimento, o qual, pelo art. 158-B, VII, CPP é uma etapa distinta, até a elaboração do laudo pericial: coleta/preservação; extração/exame; análises periciais; e formalização dos resultados.³⁴⁹

A etapa de armazenamento está relacionada à guarda, em condições adequadas do material a ser processado guardado para realização de contraperícia, descartado ou

³⁴⁵ VELHO, 2020, p. 94.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 97.

³⁴⁷ MARINHO, Girlei Veloso. **Cadeia de custódia da prova pericial**. Dissertação (mestrado). Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2010.

³⁴⁸ VELHO, *Op. cit.*, 2020, p. 145.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 145.

transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente, nos termos do art. 158-B, IX, CPP.

É necessário que as unidades de perícia sejam dotadas de uma central de custódia (art. 158-E, CPP), que é um ambiente controlado, propício ao armazenamento adequado para cada tipo de vestígio. Além disso, órgãos que não sejam de perícia oficial devem ter centrais provisórias de vestígios para serem guardados antes do encaminhamento aos institutos de perícia.³⁵⁰

Por fim, o descarte é o momento em que se libera o vestígio, mediante autorização judicial, quando pertinente, com o devido cumprimento da legislação vigente e das regras ambientais e de biossegurança.

Velho *et al* defendem que o descarte só pode ocorrer após o cumprimento da pena.³⁵¹

A documentação não se confunde com a cadeia de custódia, todavia pode ser considerada seu elemento mais importante, pois é o que garante a rastreabilidade do vestígio.³⁵²

Giacomolli e Amaral ensinam:

[...] o princípio da documentação assegura que toda amostra deve ser documentada, desde seu nascimento no local do fato, passando pela sua análise e descrição final, até o trânsito em julgado do mérito processual, de forma a se estabelecer um histórico completo e fiel de sua origem e trajetória.³⁵³

Especificamente quanto aos feitos criminais relativos a tráfico de drogas, conforme já afirmado, em regra são iniciados a partir de capturas feitas policiais militares, os quais, portanto, são os primeiros agentes públicos a terem contato com o objeto ilícito, o que reforça a relevância de se estabelecer protocolos de atuação desses servidores, orientando-os sobre como proceder no cumprimento da cadeia de custódia e no seu registro:

A história cronológica aferida no texto normativo corresponde a informações de grande primazia, pois traz informações como local, data, horário, condições do ambiente, condições do vestígio, se estava de posse de alguém ou foi encontrado no ambiente, etc. Neste sentido, muitas dúvidas que são trazidas a Ação Penal, pelo simples fato que, de forma frequente, as equipes policiais militares não exaurem nos Boletins de Ocorrência o aspecto descritivo dessas condições, fato este que merece regulamentação específica, visto que a inovação legal sobre cadeia de custódia é clara neste sentido. Assim, seria oportuno a Administração Policial Militar regulamentar os procedimentos de preenchimento de Boletins de Ocorrência, atentando para a questão normativa trazida pelos Arts. 158-A *usque* Art. 158-F, mediante Protocolos Operacionais Padrão (POP), como já é feito para outras situações relativas ao serviço operacional.³⁵⁴

³⁵⁰ VELHO, 2020, p. 155.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 157.

³⁵² GIACOMOLLI; AMARAL, 2020.

³⁵³ *Ibid.*

³⁵⁴ CESCHIN, 2022.

Convém frisar ser útil ao procedimento a instalação da câmeras nos fardamentos dos agentes de segurança como forma de se registrar o trajeto do material apreendido.

A possibilidade de se conhecer a origem do elemento probatório confere ao Judiciário transparência nos métodos de produção da prova.

Por outro lado, Baytelman e Duce entendem que a total rastreabilidade é fruto de uma concepção formalista. Segundo eles, a origem ou a integridade do elemento de prova pode ser demonstrado por meio testemunhal. Eventual vício nos registros da cadeia de custódia seriam sanáveis por depoimentos testemunhais.³⁵⁵ Importante destacar que os autores entendem que a prova testemunhal é a prova por excelência em um juízo oral no sistema acusatório.³⁵⁶

Ainda segundo Prado, é imprescindível o controle de admissão de acusações penais, devendo o magistrado não apenas examinar a existência de justa causa para propositura da ação, mas também a legalidade da atividade anterior a ela, ou seja, a licitude do acesso às fontes de prova e a sua manutenção em condições de serem consultadas pelas partes.³⁵⁷

Além do princípio da mesmidade, fundamenta-se a cadeia de custódia no princípio da desconfiança.

De acordo com Marina Gascón Abellán, as provas periciais recebem uma aura de infalibilidade, impedindo qualquer reflexão crítica sobre elas, principalmente por advirem de órgãos oficiais da polícia científica.³⁵⁸ Ainda de acordo com a autora, quanto maior a expectativa de valor probatório depositada em uma prova, mais rigorosos devem ser os controles, já que a qualidade epistêmica da prova científica depende da validade metodológica e da qualidade técnica, a qual depende de todo processo que conduz desde o descobrimento ou registro do vestígio ou da amostra até sua análise em laboratório.³⁵⁹

A prova pericial costuma carregar consigo a qualidade de evidência, que, segundo Martins, “instaura um desamor do contraditório”.³⁶⁰

Aquilo que é considerado evidente, portanto, dispensa prova. A evidência contém em si um caráter alucinatorio.³⁶¹

Como apontado anteriormente, a prova pericial não está isenta de erros e os atores processuais não podem comportar-se com vassalagem diante do resultado da prova técnica, especialmente porque não se conhece todo o trajeto do material submetido à perícia.

³⁵⁵ BAYTELMAN, DUCE, 2004, p. 173.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 35.

³⁵⁷ PRADO, 2021, p. 131

³⁵⁸ ABELLÁN, 2013. p. 182.

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 184.

³⁶⁰ MARTINS, 2011, p. 3.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 5.

Nesse ponto, importante a observação de Girlei Veloso Marinho:

Outro motivo que contribui para a queda do referido paradigma é o uso de avançadas tecnologias nos órgãos perícia oficial sem conhecer os registros quanto à integridade dos elementos de prova recebidos. Porém não sabendo se foram originados de local do fato devidamente preservado e se o material recebido para exame sofreu contaminação. Os equipamentos fabricados com alta tecnologia possuem um elevado grau de sensibilidade, captando a mínima contaminação que houver na amostra e possibilitando a produção de resultados não concordantes com a verdade.

(...)

Caso o material encaminhado aos órgãos de perícia de natureza laboratorial por perito oficial ou por autoridade policial não tenha passado pelo crivo de uma cadeia de custódia bem definida produzirá uma prova pericial sem confiança, sem segurança e sem transparência.³⁶²

Em similar linha de pensamento, Tavares e Casara afirmam que a prova pericial pode ser contaminada pela falta de formação como por má-fé de quem a maneja.³⁶³

Não se aceita no campo processual penal presunções advindas do direito administrativo ou do direito civil como a presunção de veracidade e de boa-fé dos agentes públicos.

Para Martins, “A presunção é apanágio da evidência”. Quando se presume algo, aparta-se da necessidade de prova.³⁶⁴

Assim, o Estado-Persecutor, ao pretender introduzir uma prova pericial em um processo, ao afirmar que aquele é o laudo pericial do objeto encontrado na cena do crime deve demonstrar o que está dizendo. A única presunção existente no processo penal é a de inocência.

Geraldo Prado afirma que “Uma presunção genérica de boa-fé dos envolvidos no processo de arbitramento da responsabilidade penal é incompatível com as legítimas expectativas de proteção das pessoas no e pelo processo penal”.³⁶⁵

Duce e Baytelman, de igual modo asseveram: “*Nadie, incluidos los jueces, tiene por qué depositar ninguna confianza especial en la afirmación realizada por la parte. En el juicio no hay confianzas preestablecidas*”.³⁶⁶

Prosseguem os autores:

[...] por fuera del mundo de la prueba, no tiene por qué haber concesiones para nadie (tanto al fiscal como al defensor les pagan para decir lo que están diciendo...), y eso incluye también a las proposiciones fácticas que dicen “este objeto (o documento) es aquello que yo afirmo que es[...]”³⁶⁷

Com semelhante forma de pensamento, Valente preceitua:

³⁶² MARINHO, 2010.

³⁶³ TAVARES; CASARA, 2020, p. 82.

³⁶⁴ MARTINS, 2011, p. 10.

³⁶⁵ PRADO, 2021, p. 19.

³⁶⁶ BAYTELMAN; DUCE, 2004, p. 164.

³⁶⁷ *Ibid*, p. 164.

Impõe-se aos operadores judiciários uma atuação criadora, geradora e conservadora de *confiança* – só possível quando aqueles têm comportamento diário sistemático, coerente, consistente e íntegro na prossecução dos atos processuais, que vão ser entranhados no processo, e na prossecução de técnicas jurídicas garantidas da integridade do processo penal [...]³⁶⁸

Destarte, a confiança no material probatório não advém de quem o produz, mas sim do que é demonstrado a partir da esmerada conformidade com os procedimentos estabelecidos para a cadeia de custódia da prova que se pretende introduzir no processo.

Confiança, de acordo com Martins, está vinculada à noção de adesão, que corresponde ao conteúdo afetivo da crença. No grau máximo de adesão, a crença é denominada confiança.³⁶⁹

O dever estatal não é apenas o de preservar a idoneidade do elemento periciado, mas de demonstrar a confiabilidade da prova, apresentando todo seu histórico, como ensina Marinho:

O Estado também não tem apenas o dever de preservar a integridade e idoneidade da prova, mas, também de mostrar a história da prova, ou seja, a sua origem, sua natureza, como foi coletada, hora e data de cada ato, como foi acondicionada, transportada, armazenada e analisada com registro de todos os atos integrante da cadeia de custódia.³⁷⁰

Esse também é o entendimento de Daniel Diamantaras de Figueiredo e Denis Sampaio:

Pode-se dizer, assim, que incumbe aos órgãos da persecução penal cumprir todo o procedimento definido para manter a cadeia de custódia da prova, sendo o seu ônus demonstrar o regular cumprimento durante o trâmite do processo, isto é, o uso de forma adequada dos métodos e das regras da cadeia de custódia, e que esta foi mantida ao longo de todo o período até o julgamento. Em outras palavras, a desincumbência do ônus probatório deverá ocorrer com a comprovação de que todas as etapas e métodos da cadeia de custódia foram cumpridas (arts, 158-6 a 158-F).³⁷¹

O Estado de direito traz com ele a ideia de desconfiança nas ações do poder público, o qual deve sempre mostrar a legitimidade de seu comportamento.

Somente as provas submetidas ao correto procedimento de cadeia de custódia e cuja comprovação seja trazida aos autos podem ser consideradas válidas para fins de admissão e posterior valoração no processo, de modo a permitir uma decisão judicial com maior grau de racionalidade e segurança.

Janaína Matida, de igual maneira, assevera que não é bastante haver a preservação fática, mas que seja esclarecido todo o percurso do vestígio:

Não basta que se realize uma custódia fática a qual reflita o menor ou maior cuidado que agentes que guardem posse do objeto, individualmente, julguem ser devidos à sua preservação. Os novos dispositivos assentam que a confiabilidade dependerá do

³⁶⁸ VALENTE, 2020, p. 62.

³⁶⁹ MARTINS, 2011, p. 10.

³⁷⁰ MARINHO, 2010.

³⁷¹ FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras de. Cadeia de custódia: ônus da prova e direito à prova lícita. **Boletim IBCCrim**, v. 29, n. 338, p. 12-14, jan. 2021.

necessário oferecimento de um detalhado rastreio, nos moldes definidos normativamente.³⁷²

Baytelman e Duce, contudo, criticam o excesso de formalismo no tocante à cadeia de custódia, pois objetos muito singulares podem ser reconhecidos como aqueles existentes no local de crime por testemunha, acreditando aquele objeto e permitindo seu ingresso no processo, mesmo que a cadeia de custódia não tenha sido rigorosamente observada, desde que demonstrada a fidelidade e as condições de conservação.³⁷³ Nesses casos, os autores dizem que o debate fica em torno da credibilidade, não da admissibilidade.

Como não se podem presumir, no processo criminal, as alegações do Estado-Persecutor e que deve o poder público demonstrar a legitimidade de suas ações, compete ao ente estatal não apenas respeitar a cadeia de custódia, mas comprovar no processo sua preservação, documentando todo o trajeto do vestígio.

3.2 Cadeia de custódia e os princípios do contraditório e da ampla defesa

A Constituição Federal, no seu art. 5º, LV, garante aos litigantes os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Na clássica distinção das gerações dos direitos fundamentais, contraditório e ampla defesa são garantias inseridas na primeira dimensão, ou seja, são os direitos e garantias fundamentais titularizados pelos indivíduos e são oponíveis ao Estado.³⁷⁴

No âmbito internacional, o direito de defesa é albergado pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 no art. 11, pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos no art. 14, 3, pela Convenção Americana de Direitos Humanos no art. 8º.

O direito de defesa vai além da mera possibilidade de se apresentar alegações no processo, sendo dividido em três garantias: direito de informação, direito de manifestação e direito de ver seus argumentos considerados.³⁷⁵

O direito de defesa no processo penal ramifica-se em dois: defesa técnica e autodefesa. A primeira é realizada por profissional com formação jurídica (advogado ou defensor público), enquanto a segunda é aquela feita pelo próprio imputado.

³⁷² MATIDA, Janaína. A cadeia de custódia é condição necessária para a redução dos riscos de condenações de inocentes. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 27, p. 17–26, 2021. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/269>. Acesso em: 25 jul. 2023.

³⁷³ BAYTELMAN; DUCE, 2004, p. 172-173.

³⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 563.

³⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 646-647.

Não se mostra suficiente que o direito de defesa seja exercido apenas formalmente, sendo imprescindível uma defesa efetiva e que ambas as partes processuais estejam em pé de igualdade de oportunidades, no que se costuma denominar de paridade de armas.

O contraditório que se forma no campo processual serve como método de demonstração da verdade, pois somente o que for submetido à possibilidade de refutação pela parte adversa pode ser tido por verdadeiro. Faz parte, portanto, da estrutura dialética do processo.

Partindo-se do garantismo, no processo penal de caráter democrático é imposto à acusação os ônus argumentativo e probatório para confirmar sua hipótese acusatória e o direito da defesa de refutar essa hipótese.³⁷⁶

Ferrajoli sustenta que para ser uma hipótese acusatória tomada por verdadeira, não é suficiente sua compatibilidade com as provas, mas também que não seja contraditada por dados virtualmente disponíveis.³⁷⁷

A possibilidade de refutação da acusação pela defesa só há quando vigoram os princípios do contraditório e a ampla defesa. Ademais, em sendo o processo um mecanismo de preservação dos inocentes, o ônus da prova compete à acusação, pois a inocência é presumida.

Essas garantias só são efetivadas se a acusação for formulada de maneira precisa, com base em indícios de autoria delitiva, cabendo ao órgão acusador apresentar todos os elementos que sustentam sua versão, de sorte a se permitir ao acusado rebatê-los, e ser tempestiva, concedendo tempo para o acusado trabalhar em sua defesa e vir antes da fase instrutória.³⁷⁸

Se a verdade é construída dialeticamente, a primeira ação é da acusação, pois a ela cabe o ônus de demover a presunção de inocência, exibindo as provas que entender possíveis de afirmar a culpa do acusado.

Só há oportunidade de efetivo exercício do direito de defesa se puder o defensor ter acesso a toda extensão das provas carreadas aos autos pela acusação.

A defesa, então, possui a prerrogativa de falsear os elementos e os argumentos trazidos pela acusação, tendo a possibilidade, inclusive, de verificar o método de prova.³⁷⁹

O exercício do contraditório, porém, só é efetivado se a defesa tiver acesso a todos os elementos informativos e probatórios obtidos pelo acusador e puder rastrear sua trajetória, pois, do contrário, não seria possível identificar eventuais provas obtidas por meios ilícitos.

³⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 138.

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 144.

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 558-559.

³⁷⁹ *Ibid.*, p. 564.

A possibilidade de rastreamento daquilo se pretende classificar como prova é essencial ao efetivo exercício do contraditório e do direito de defesa, razão pela qual a documentação da cadeia de custódia é imprescindível.

Prado afirma que “A defesa, por sua vez, tem o direito de conhecer a totalidade dos citados elementos informativos para rastrear a legalidade da atividade persecutória, pois de outra maneira não haveria como identificar provas ilícitas”.³⁸⁰

Não basta para identificação de eventual licitude ou ilicitude da prova a análise do material trazido pelo acusador aos autos. Não cabe à acusação suprimir do conhecimento da defesa elementos de informação colhidos. O órgão acusatório deve apresentar os elementos obtidos, de maneira a se permitir que a defesa apresente suas argumentações sobre ele e eventual contraprova.

Interessante a afirmação de Prado que diz: “Defender-se o acusado fazendo uso exclusivo do material probatório selecionado pelo acusador é o sonho que todo inquisidor nutre relativamente à posição de seu adversário processual”.³⁸¹

Nos Estados Unidos da América vige a fase processual do *Discovery*, que se trata, conforme afirmado por Franklyn Roger Alves Silva, de um procedimento de compartilhamento de informações.³⁸²

Busca-se com a *Discovery* evitar a surpresa processual, devendo as partes agirem com transparência e lealdade.

Os elementos sujeitos ao contraditório, portanto, são amplos e devem ser aportados pelo Estado-acusador/investigador e devidamente registrado todo seu histórico, de tal sorte que se permita à defesa averiguar se as ações estatais ocorreram dentro dos parâmetros legais permitidos.

No campo processual penal, a doutrina costuma dividir o direito de defesa em autodefesa, aquela realizada pelo próprio imputado, e a defesa técnica, realizada por profissional da advocacia ou da Defensoria Pública.

³⁸⁰ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 114.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 85.

³⁸² SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 308.

3.3. Cadeia de custódia e vedação à prova ilícita

Em regra, as partes possuem a prerrogativa de comprovar suas alegações por meio de quaisquer meios probatórios legítimos, uma vez que, no processo, prioriza-se a busca pela verdade dos fatos (ou do enunciado fático).

Como apontado anteriormente, a busca pela verdade, todavia, não pode ser o único objetivo processual, existindo limites impostos pelo estado de direito à liberdade de pesquisa. Na constante tensão entre o interesse repressivo estatal e a tutela de direitos e garantias individuais, muitas vezes aquele cede espaço a esta, bloqueando a amplitude dos meios de aquisição de prova.

A Constituição Federal, no art. 5º, LVI, dispõe ser inadmissível prova obtida por meio ilícito.

O art. 157 do CPP, no mesmo sentido, vaticina a inadmissibilidade de provas ilícitas, sendo estas as provas obtidas em contrariedade a normas constitucionais ou legais.

Ferrajoli destaca que, em razão da legalidade processual, apesar de livre a valoração probatória no processo acusatório, é vinculada a maneira de aquisição da prova.³⁸³

Alguns doutrinadores fazem distinção entre provas ilícitas e provas ilegítimas: as primeiras seriam as violadoras de normas constitucionais ou de direito penal material em sua coleta; já as últimas seriam provas cuja produção atenta contra regra processual, malgrado a lei trate ambas as categorias doutrinárias como prova ilícitas.³⁸⁴

Consoante inscrito na Constituição Federal e no Código Processual Penal, a prova ilícita deve ser inutilizada no processo, isto é, não deve ser admitida e, conseqüentemente, não deve ser valorada. Em havendo admissão pelo juiz e posterior reconhecimento da ilicitude, deve ela ser desentranhada.

Foi consagrada nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial a tese de que não apenas as provas ilícitas devem ser inutilizadas, mas também aquelas que forem obtidas por derivação. Deu-se a esse entendimento o nome de teoria dos frutos da árvore envenenada.

Justifica-se a exclusão da prova ilícita derivada porque, caso contrário, haveria uma incitação, ou, ao menos, uma aceitação, a violações de direitos fundamentais.

De acordo com Abellán, dois posicionamentos há sobre o fundamento da exclusão da prova ilícita: o primeiro defende ser a proibição da utilização de prova ilícita decorrente do

³⁸³ FERRAJOLI, 2006, p. 564.

³⁸⁴ LOPES JÚNIOR, 2020, p. 630.

próprio direito ao devido processo legal, enquanto o segundo escora-se na necessidade de se desestimular vulneração a direitos ao se buscarem provas.³⁸⁵

A primeira das correntes é a que entende que o Estado não pode lançar mão de expedientes escusos para alcançar seus interesses punitivos.

A segunda, por sua vez, está assentada na ideia de que a exclusão da prova ilícita ocorre quando se estiver diante da ausência de outros meios para se dissuadir comportamentos estatais ilegais.

Em que pese a autora apresentar argumentos desde o ponto de vista dos Estados Unidos da América e da Espanha, no Brasil, a vedação ao uso de prova ilícita está expressa na Constituição Federal, não existindo, assim, motivos outros para se buscar justificativas para a exclusão ou não da prova.

A inadmissibilidade probatória não se restringe a provas obtidas por métodos ilegais.

Como visto anteriormente, a regra no direito processual é em favor da ampliação dos meios de prova, podendo as partes requererem a produção de provas outras que não apenas aquelas previstas na lei processual. Nesses casos, são chamadas de provas atípicas.

É necessário, todavia, se ter parcimônia quanto a esse entendimento para que não se aceite a possibilidade de deturpação das provas típicas.

Quando se tratar de uma prova típica, deve ela ser produzida em conformidade com a lei, não devendo ser aceita como atípica uma prova produzida em desarmonia com o regramento legal.

Importante apresentar o pensamento de Prado a respeito:

Em outras palavras, a violação da tipicidade na obtenção, formação e produção de elementos probatórios é antijurídica, levando à inadmissibilidade da prova (quer se trate de meio de prova, quer cuide de meio de obtenção de prova), não confundindo com a livre obtenção, formação e produção de elementos probatórios naqueles casos em que não existe prévia tipificação da prova (prova atípica).

É intuitivo que a violação da norma jurídica probatória deve gerar consequências. A consequência primeira será a sua inadmissibilidade.³⁸⁶

A inobservância das etapas da cadeia de custódia, então, leva à inadmissibilidade e à consequente não valoração da prova, uma vez que se trata de prova ilícita, uma vez que produzida em violação às normativas legais.

Sob o prisma garantista, o respeito às formas e aos procedimentos probatórios trazidos na lei é uma garantia processual de segundo grau, ou seja, uma garantia das garantias, pois, para

³⁸⁵ ABELLÁN, 2022, p. 131-132.

³⁸⁶ PRADO, 2021, p. 140-141.

Ferrajoli, “a observância do rito não é só uma garantia de justiça, mas também uma condição de confiança dos cidadãos na justiça”.³⁸⁷

Assim, a aquisição de prova que viole garantias do devido processo legal deve ser considerada inválida, não se perquirindo acerca de sua necessidade, utilidade ou de seu peso probatório, mas sendo inadmitido seu ingresso no processo ou desentranhada, caso já tenha sido introduzida.

3.4 Cadeia de custódia da droga na Espanha

Em 3 de outubro de 2012, o Conselho Geral do Poder Judiciário, a Procuradoria-Geral, o Ministério da Justiça, Ministério da Fazenda, Ministério do Interior e Agência Espanhola de Medicamentos e produtos sanitários celebraram um Acordo Marco de colaboração, que estabeleceu um protocolo de atuação para apreensão, análise, custódia e destruição de drogas tóxicas, estupefacientes e substâncias psicotrópicas.

Ao acordo aderiram em 2015 a Delegação do Governo para o Plano Nacional Sobre Drogas e a Agência Estatal.

O acordo tem por objetivo agilizar processos de destruição da droga e solucionar problemas de armazenamento de substâncias apreendidas, sendo aplicado apenas aos casos criminais, não às infrações de caráter administrativo.

A criação de um protocolo buscou garantir condições de conservação das fontes de prova, evitando que os materiais apreendidos criassem riscos à saúde pública e até mesmo a prática de novos crimes, com eventual reinserção das drogas para comercialização.

Houve, por intermédio do guia prático, uma sistematização da atuação dos diversos órgãos intervenientes (Judiciário, Ministério Público, polícia, laboratórios etc.) com a padronização desde o momento de apreensão da substância até sua destruição.

No protocolo se estabeleceram critérios a serem seguidos por todos os órgãos envolvidos na apreensão, documentação, tomada de amostras, análise, conservação e destruição do material.

Em reunião no dia 26 de outubro de 2012 as instituições acordantes consideraram a elaboração de um guia para detalhar o protocolo, com o intuito de dar concretude às questões referentes à documentação, tomada de amostras, cadeia de custódia e conservação das drogas, de modo a padronizar fluxos e documentos utilizados e conferir segurança jurídica.

³⁸⁷ FERRAJOLI, 2006, p. 572.

Em 2013 foi elaborado o primeiro guia prático de atuação sobre apreensão, análise, cadeia de custódia e destruição de drogas tóxicas, estupefacientes ou substâncias psicotrópicas.

Em 2017 o guia foi revisado e atualizado, editando-se o segundo guia prático.

3.4.1 Da apreensão das drogas

Ao serem apreendidas drogas, a autoridade de segurança pública ou de vigilância aduaneira levantará o correspondente atestado, no qual se incluirá a ata de apreensão, contendo informações sobre a substância: descrição, numeração, peso bruto (ou uma estimação), embalagem, origem, características externas, aparência, fotos etc. Sempre que possível, será realizado registro fotográfico e/ou em vídeo.

As unidades apreensoras etiquetam as substâncias com os meios que permitam assegurar a durabilidade da identificação após a devida contagem de unidades, sua pesagem bruta e amostragem.

Há, ainda, instrução acerca da numeração para identificação das evidências.

3.4.2 Extração e Recolhimento de Amostras

As forças de segurança ou a vigilância aduaneira, no exercício de suas atribuições, farão a contagem de unidades que compõem a apreensão, sua pesagem bruta e a retirada de amostras. Logo depois, devem etiquetar as substâncias apreendidas com os meios técnicos disponíveis e que melhor garantam a durabilidade da identificação.

Em seguida, deve ser feito o registro no sistema informatizado próprio. A rotulagem e a cadeia de custódia devem incluir imediatamente o identificador único atribuído pelo sistema para cada volume.

Além disso, as unidades responsáveis pela captura realizarão as diligências pertinentes perante o órgão judicial interveniente para conhecer o correspondente número do processo judicial inicial, bem como o "Número de Identificação Geral" (NIG), de 19 caracteres, que o pedido de registro de processo nos sistemas de gestão processual atribuído automaticamente e que se manterá ao longo da sua vida processual. Ambos os dados devem ser incorporados à rotulagem do estoque e à cadeia de custódia; o NIG de forma consecutiva, sem espaços, vírgulas ou símbolos.

Para registrar a amostragem será lavrada a correspondente "Ata de Tomada de amostras", que incluirá todos os dados disponíveis no momento.

Entende-se por "tomada de amostras" o recolhimento apenas das substâncias necessárias à prática da análise, através de uma amostragem praticada em conformidade com a

tabela constante no anexo IV do acordo, seguindo as diretrizes operacionais e sob a direção científica do órgão oficial. As substâncias resultantes da amostragem serão recebidas pelo órgão oficial encarregado da análise ou pela Unidade de Recepção, Custódia e Destruição (URCD) para adaptação da amostra para análise e obtenção da alíquota.

3.4.3 Colocação à disposição judicial e solicitação de destruição

Realizada a amostragem e etiquetada, serão postas à disposição do juízo competente as substâncias mediante remissão à ata de apreensão e entregues as substâncias às sedes de armazenamento, salvo em hipóteses excepcionais em que seja necessário que fiquem depositadas pelo tempo mínimo imprescindível nas dependências policiais.

Assim que colocado à disposição judicial, as autoridades de segurança ou de vigilância aduaneira (dentro de suas competências) solicitarão autorização judicial para proceder a destruição das substâncias, conservando as amostras necessárias para garantir ulteriores comprovações ou investigações.

3.4.4 Análise da Amostra

As substâncias que resultem da amostragem serão recebidas pelo organismo oficial encarregado da análise ou pela Unidade de Recebimento, Custódia e Destruição (URCD), que emitirá o correspondente certificado de recebimento, no qual deverão constar no mínimo os dados estabelecidos no anexo II, os quais se dividem em dados relativos à apreensão, dados judiciais, dados do organismo oficial encarregado do recebimento e dados relativos à substância recebida.

Nos dados da apreensão devem constar: unidade apreensora, número de atestado, data de apreensão ou do ofício e dados administrativos aportados pelo aplicativo DrogasAEUA.

Nos dados judiciais, deve haver identificação do juízo ou tribunal, número do procedimento judicial, número de identificação geral, nome dos réus com a atribuição de amostras correspondente a cada um dos imputados.

Devem constar, nos dados do organismo oficial responsável pelo recebimento, a identificação do órgão, data de entrega, número de expediente atribuído pela agência receptora, identificação e assinatura dos funcionários que entrega e recebe a amostra.

Por fim, quanto aos dados da substância recebida, em primeiro lugar, verificam-se e, se for o caso, são aceitos os dados constantes no ofício policial de referência quanto ao tipo de substância(s), o peso bruto e/ou unidades da(s) substância(s) apreendida(s). Em seguida, se procede à verificação e aceitação, se for o caso, dos dados que constar no ofício policial de referência, relativo ao tipo de substância(s), ao peso bruto e/ou unidades da(s) substância(s)

entregue(s) e aceitação, se for o caso, dos dados contidos no Registro de Apreensão relativos ao tipo de substância(s), ao peso bruto e/ou unidades da(s) substância(s) apreendidos.

Em seguida, prepara-se a parte alíquota da amostra e sua posterior análise, a qual se dará consoante a seguinte ordem de prioridade: juízos rápidos (diligências urgentes); causas com preso em que há dúvida sobre tipo, quantidade ou pureza da droga ou, inclusive, quando não existe análise inicial de narco-teste, mas o laudo afirma haver droga; casos com preso em que se afirma a existência de drogas, mas não sua quantidade ou pureza; por fim, causas sem preso.

Realizada a análise, o órgão oficial remeterá ao juízo de origem um relatório pericial no qual constarão o número de unidades que compõem cada carregamento, os pesos bruto e líquido da amostra, peso bruto do carregamento e o peso líquido, obtido por extrapolação do que está indicado na “ata de amostragem”, o peso líquido da amostra analisada, a riqueza em princípio ativo (indicando o método para sua obtenção), sua classificação legal e dados administrativos relacionados à causa.

As contraprovas, se solicitadas, serão realizadas com as amostras, com as partes alíquotas delas ou com o homogeneizado obtido das unidades que compõem a amostra.

3.4.5 Cadeia de Custódia

Denomina-se “Cadeia de Custódia” o conjunto de documentos e registros em que refletir, pelo menos, as pessoas que intervieram em cada tempo e lugar, nos diferentes processos pelos quais a amostra ou a remessa inteira passou, momento em que tenha ocorrido, processos pelos quais tenha passado e locais de custódia até sua destruição final.

Na verdade, o protocolo confunde a cadeia de custódia e sua documentação.

Prevê o Acordo espanhol que todas as operações, desde a intervenção da droga até a sua destruição, serão documentadas em suporte físico ou eletrônico para comprovar e garantir a cadeia de custódia.

Esses registros devem ser anexados aos autos remetidos ao juízo, deixando-se cópia deles com cada uma das instituições afetadas em cada etapa do processo.

Para a identificação exata do volume, deve ser registrado o número do processo judicial e o juízo competente e, havendo modificação de competência, o juízo que assumir a causa deve notificar o órgão responsável pelo depósito da droga.

3.4.6 Destruição da Droga

Sempre que possível, deve a droga ser destruída no início do procedimento, devendo ser conservadas apenas as amostras suficientes para garantir ulteriores investigações ou comprovações, em conformidade com o art. 367 da lei processual penal espanhola.

Quando o imputado for posto à disposição judicial, no primeiro contato que tiver com ele, será questionado se há alguma manifestação a fazer sobre a destruição antecipada da droga.

O documento traz mais detalhes acerca da destruição da droga. Menciona, inclusive, que deve haver uma “ata de destruição”, cujo modelo consta no anexo V, na qual serão identificados meios onde se realizou o transporte, números dos selos de segurança que tenham sido necessários, número de pacotes, peso bruto da carga e descrição do volume, devendo se fazer acompanhar dos tíquetes de pesagem de entrada (com carga) e saída (sem carga).

As unidades das forças de segurança presentes, assim como a vigilância aduaneira, no exercício dos poderes legalmente atribuídos, serão encarregadas de certificar a destruição através da lavratura da referida ata. Quando a unidade responsável pela destruição não coincide com a responsável pela apreensão, a primeiro enviará cópias à segunda para serem anexadas ao atestado. Em todos os casos, as forças de segurança ou a vigilância aduaneira enviarão à autoridade judiciária competente e à unidade de recepção, custódia e destruição onde se encontrava a droga ou ao organismo responsável pela análise, cópias das atas devidamente preenchidas e cópias dos tíquetes de pesagem, para que procedam ao cancelamento dos registos no sistema de informática Gestão de Apreensões de drogas.

3.4.7 Destruição de amostras conservadas Sempre será comunicado ao laboratório oficial a resolução do procedimento.

Encerrado o processo por decisão judicial definitiva, o órgão jurisdicional competente determinará a destruição da amostra ou parte da alíquota preservada após a realização da análise, seguindo os trâmites, documentações e ações previstos no guia.

3.4.8 Plantas de Cannabis

Há, ainda, um tratamento específico quanto à planta cannabis no anexo VI do guia.

Nos últimos anos, grandes problemas vêm sendo gerados com as plantas de cannabis para sua custódia até a sua destruição.

O armazenamento dessa substância está gerando enormes problemas, dada as características desse tipo de droga, o que não ocorre com outras substâncias:

- Saúde pública: as plantas recebidas para depósito são elementos orgânicos que são apodrecem, são parasitados por insetos e lagartas que se transformam em borboletas, emitem odores, partículas, etc, com riscos para a saúde e riscos para a saúde para o pessoal que trabalha nestas instalações, bem como para os cidadãos;
- Espaço de armazém: o alto volume ocupado por plantas de maconha reduz muito a capacidade de armazenamento dos armazéns de drogas, o que cria dificuldades na localização de depósitos disponíveis e implica que os processos de destruição devem ser mais frequentes.
- De natureza técnica: uma vez que a sua guarda costuma envolver também importantes problemas técnicos, como falhas nos sistemas de alarme do armazém devido à alta geração de umidade devido ao processo de putrefação.

Soma-se a isso o fato de a sua preservação se revelar absolutamente desnecessária e inútil, já que sua rápida degradação e putrefação tornam impossível proceder a novas determinações ou análises posteriores sobre os efeitos depositados, contra o que acontece com as drogas inertes (cocaína, drogas sintéticas, haxixe). Além disso, trata-se de substância que não pode ser devolvidos ao interveniente independentemente do teor da sentença.

Por tudo isso, a Comissão de Acompanhamento de Acordos aprovou um adendo específico para a gestão dos volumes de cannabis, que está incorporado ao Guia como Anexo VI, que detalha todo o procedimento a ser adotado.

3.5. Cadeia de custódia da droga em Alcântara/MA

A pobreza probatória produzida em juízo com poucos depoimentos testemunhais de fardados que realizam a apreensão da droga e a captura do acusado é contrastada com a imprescindibilidade da prova produzida em laboratórios equipados com modernas máquinas por quem veste jaleco.

O paradoxo reside no fato de que, para a condenação, aliam-se o que Maria Gorete de Jesus chama de “saber policial”³⁸⁸ e o saber científico.

Nesse sentido, em regra, o “saber policial” do militar detecta aquele que deve ser abordado, é concretizada sua prisão e a apreensão da substância, que é transportada até a polícia civil, de onde segue para o Instituto Laboratorial de Análises Forenses (ILAF), local onde é produzida a prova pericial em se tratando de verificação de drogas de uso proibido em se tratando de episódios ocorridos na comarca de Alcântara/MA.

³⁸⁸ JESUS, 2016, p. 75.

3.5.1 Instituto Laboratorial de Análises Forenses – ILAF

As substâncias apreendidas pela polícia sob suspeita de drogas na comarca de Alcântara/MA são levadas para serem submetidas à perícia no Instituto Laboratorial de Análises Forenses (ILAF) em São Luís/MA.

No Estado do Maranhão há três institutos de perícia oficial encarregados de periciar drogas, sendo os outros dois localizados em Timon e em Imperatriz.

O ILAF em São Luís é um órgão submetido ao Departamento de Perícia Oficial da Grande Ilha, que está subordinado à Direção Geral de Perícia, chefiada pelo(a) Perito(a)-Geral, fazendo parte da estrutura organizacional da Secretaria Estadual de Segurança Pública. Importante destacar que o ILAF e os demais órgãos de perícia oficial não integram o corpo da Polícia Civil.

No dia 11/07/2023 visitei o ILAF, ocasião em que fui recebido pelo diretor do instituto, Rogério Luís Souza Carvalho.

O órgão, desde 2021, submete-se a ensaios de proficiência do Instituto Nacional de Meteorologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO). No ano de 2022, o ILAF participou pela primeira vez de ensaio de proficiência em análise de drogas em material biológico do Escritório das Nações Unidas Sobre Drogas e Crimes (United Nations Office on Drugs and Crime - UNODC).³⁸⁹

Foram apresentadas as instalações onde são realizadas as perícias e narrado o fluxo do material a partir do momento em que servidores da polícia civil chegam ao local para a entrega do objeto a ser periciado.

De acordo com o diretor, a substância é levada ao instituto por um investigador ou escrivão de polícia e é recebida por um perito.

Antes do recebimento, contudo, é realizada uma conferência entre o material e as informações contidas no ofício redigido pela autoridade requisitante, que é o delegado de polícia. Caso haja desencontro entre informações do ofício e aquilo que é constatado em um primeiro momento pelo perito, este se recusa a receber o material.

Divergências podem ocorrer, por exemplo, se no ofício consta informações sobre substância vegetal sólida de cor esverdeada e, ao verificar o objeto o perito visualizar que se trata de substância de coloração branca ou, ainda, se a quantidade de embalagens registrada no

³⁸⁹MARANHÃO. Secretaria de Estado de Segurança Pública. Resultados de análises do ILAF, órgão da perícia oficial do MA, são aprovados pelos programas de controle da qualidade da ONU e do Inmetro. Disponível em: <https://www.ssp.ma.gov.br/resultados-de-analises-do-ilaf-orgao-da-pericia-oficial-do-ma-sao-aprovados-pelos-programas-de-controle-da-qualidade-da-onu-e-do-inmetro/>. Acesso em: 12 jul. 2023.

ofício for um determinado número de invólucros e for apresentado material contendo outra quantidade.

Nesse ponto, é importante destacar não existir normatização nas polícias civil e militar do Maranhão sobre a preservação da cadeia de custódia da droga.

Em havendo conformidade entre o ofício e o objeto, é feita a identificação do que ingressou no órgão, fazendo o perito constar na etiqueta as seguintes informações: data do recebimento, nome da pessoa que recebeu, número da ocorrência, origem do material (de qual unidade de polícia provém o objeto), tipo do material e nome da vítima ou do indiciado.

O material recebido pelo perito é pesado, identificando-se suas massas bruta e líquida, ou seja, com e sem as embalagens que envolvem a própria substância suspeita. São ainda, feitas fotografias da substância.

São extraídas, então, amostras para realizações dos exames e de eventual contraprova, a qual só ocorre se houver requisição.

As amostras são extraídas conforme normativas contidas nas normas ABNT NBR 5426 e 5427.

Cada amostra possui um lacre com numeração própria em que há uma identificação para fins de rastreabilidade no sistema de informática do ILAF.

Após a extração das amostras, o material é inserido em um lacre de segurança. Todos os lacres possuem numeração própria e são identificados.

O material lacrado é levado à sala de custódia inicial, onde permanecem até que os laudos sejam concluídos. Convém ressaltar que os laudos, após serem feitos pelo perito, são revisados pelo chefe do setor. Somente após a chancela da chefia o laudo é considerado concluído.

O laudo pericial preliminar é realizado com testes colorimétricos, enquanto o definitivo é feito por meio de espectroscopia de infravermelho. De acordo com o diretor do ILAF, em alguns casos é utilizado o equipamento de cromatografia gasosa para os exames definitivos, caso não se consiga detectar a presença de substâncias proibidas por meio da espectroscopia de infravermelho.

O laudo provisório fica pronto em cerca de 1h a 1h30m. O definitivo leva em média de 30 a 40 dias para sua feitura.

Com a finalização do laudo, a substância lacrada é conduzida até a sala de custódia final.

Confeccionado o laudo, este é encaminhado por e-mail à polícia civil. No caso de Alcântara e das demais localidades do interior, o e-mail para o qual se destinam os laudos é o da Superintendência de Polícia Civil do Interior (SPCI).

Compete à Superintendência de Polícia Civil do Interior encaminhar para as delegacias a ela subordinadas os laudos remetidos pelo ILAF.

Os materiais que permanecem na sala de custódia final são recolhidos periodicamente pelas unidades de polícia judiciária de onde são eles provenientes para posterior destruição.

3.6 Análise da cadeia de custódia da droga em Alcântara/MA

Foram selecionados para análise todos os processos cujas imputações de tráfico de drogas se deram em virtude de fatos ocorridos entre os anos de 2019 e 2021 na comarca de Alcântara e que tramitam perante a Justiça Comum Estadual.

As acusações de tráfico foram extraídas a partir das denúncias formuladas pelo Ministério Público, independentemente de posterior absolvição ou desclassificação na sentença.

O corte temporal ocorreu porque a Lei 13.964/2019, que trata da cadeia de custódia, passou a vigorar a partir de 23 de janeiro de 2020, sendo, portanto, analisados processos anteriores e posteriores à norma.

Quanto à delimitação territorial, esta se deu em razão de haver maior facilidade de acesso às fontes de pesquisa, já que este pesquisador trabalha na comarca de Alcântara/MA, o que torna mais fácil a obtenção de dados, além de ser uma comarca próxima à capital, onde fica instalado o laboratório de perícias em drogas, e por ser um local onde não há um volume tão grande de processos a serem analisados como seria, por exemplo, na própria comarca da Capital.

Não obstante os processos se restrinjam à comarca de Alcântara, local dos supostos fatos delitivos, quatorze, dos trinta e um inquéritos, foram deflagrados pela delegacia regional de Pinheiro, à qual se subordina a delegacia de Alcântara.

Os outros dezessete foram iniciados e concluídos pela própria delegacia de polícia civil de Alcântara.

Quando ausente delegado responsável pela delegacia de Alcântara, como por exemplo, nos finais de semana, em que funciona o plantão, a delegacia que possui atribuição para a lavratura de prisões em flagrante por fatos em tese criminosos ocorridos em Alcântara é a delegacia regional de Pinheiro.

A lista de processos foi solicitada junto ao secretário judicial da Vara Única da comarca de Alcântara/MA, sendo todos eles virtuais ou virtualizados ao longo do tempo, o que permitiu que fossem baixados do sistema eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão para a pesquisa.

Embora na listagem constassem trinta e três processos, dois deles não se enquadravam nos critérios de seleção pelos seguintes motivos: no processo 217-94.2020.8.10.0064, embora a numeração se refira ao ano de 2020, a denúncia é por fato ocorrido no ano de 2013, tendo havido separação do feito em relação a um dos acusados em razão de ele ter sido citado por edital e não apresentado sua defesa por intermédio de advogado; já quanto ao processo 449-43.2019.8.10.0064, trata-se de fato de 2015, sendo que houve separação do feito quanto a um dos acusados em razão de que a ele imputou-se a prática de delito que permitia a suspensão condicional do processo, portanto crime diverso do tráfico de drogas, porém, em função do descumprimento das condições, houve a retomada do processamento em face dele, o que gerou nova distribuição processual no sistema, sendo ela datada de 2019.

Assim, foram analisados trinta e um processos, sendo quinze antes da vigência da lei e dezesseis posteriores a ela, havendo, portanto, um equilíbrio entre situações prévias e posteriores à vigência legal.

Como forma de identificar a frequência de determinados atos das etapas da cadeia de custódia, foi criado um formulário no Google Forms em que constam trinta e um campos a serem preenchidos, tendo havido uma divisão de perguntas conforme as instituições participantes da cadeia de custódia, com enfoque nas etapas de III a IX do art. 158-B do CPP, já que as etapas I e II não possuem grande aplicação nos casos de prisões em flagrante por tráfico de drogas, enquanto a etapa X não produz efeito na formação do convencimento judicial.

Foram os quesitos separados por órgãos envolvidos na cadeia, conforme os atos a serem praticados por cada um deles.

Os resultados obtidos constam no anexo deste trabalho.

O primeiro elemento de análise foi a vigência da lei quando da data do fato e do laudo definitivo.

Em dezesseis processos a nova lei já estava em vigor desde o início da persecução criminal com a prisão em flagrante, o que corresponde a 51,6% dos processos estudados.

Em outros treze processos não havia previsão legal expressa no Código de Processo Penal sobre a cadeia de custódia quando da prisão flagrancial nem quando da realização do exame pericial definitivo.

Apenas em dois casos a lei não estava vigente quando do flagrante, contudo passou a vigorar quando do laudo definitivo.

Sobre a etapa de fixação, verificou-se tratar de uma etapa com falhas no procedimento por parte da polícia militar ao realizar as capturas em flagrante.

Destaca-se que, em dois processos (0800273-60.2021.8.10.0064 e 0800429-48.2021.8.10.0064) não houve a participação da polícia militar.

Conforme verificado, em apenas seis processos houve descrição do objeto com suas características físicas e local onde foi encontrado em um documento específico da polícia militar.

Não há registro específico dos policiais militares em documento próprio (boletim de ocorrência) em todos os processos.

Em vários processos analisados, como os de nº 0000076-75.2020.8.10.0064, 0000134-78.2020.8.10.0064, 0000146-29.2019.8.10.0064 é possível obter a informação do local onde foi localizado o material a partir do que consta nos depoimentos do inquirido, o que, para alguns juristas, como Giacomolli e Azambuja, não serviria para suprir o vício da cadeia de custódia.

Não se verificou qualquer influência da nova lei quanto à conduta da polícia em se registrar local e características do vestígio apreendido, uma vez que dos seis processos em que houve a inserção dessas informações em um documento específico da polícia militar, metade havia sido redigida antes da vigência da lei.

No tocante à etapa de coleta, apenas em dois casos, o que equivale a 6,5% dos processos verificados, se teve a clareza de qual servidor público fez a apreensão do vestígio tido como droga, com o registro escrito em documento da polícia militar.

Nos demais casos não há menção específica a qual agente de segurança pública efetuou a apreensão da substância.

Ambas as situações em que foi identificado o policial responsável pela apreensão são de 2019, portanto antes da vigência da lei, o que demonstra não ter havido qualquer influência dela nessa conduta dos policiais.

Importante destacar que na maioria dos processos o que se constatou foi o uso da expressão “guarnição” como responsável pela apreensão e a apresentação de uma narrativa, seja nos depoimentos, seja no registro do boletim de ocorrência da PM, na voz passiva analítica. Desse modo, os policiais militares impessoalizam a apreensão, uma vez que “a guarnição” (normalmente uma dupla de policiais) realiza a abordagem e apreensão da droga que é encontrada (uso da voz passiva analítica), sem, contudo, identificar quem praticou a ação.

Em nenhum dos casos há registro de quais pessoas tiveram contato com o material, do recipiente onde foi acondicionada a substância, da existência de lacre de segurança nem do local onde permaneceu o vestígio até sua entrega à polícia civil nem como ele foi transportado até lá.

O não registro dessas informações em nenhum dos casos revela a falta de cuidado com a contaminação da evidência.

Quanto à entrega do material à delegacia de polícia civil, há registro da polícia militar de quem a efetuou em 61,3% dos processos estudados. Em outros 38,7% dos processos não consta a informação na documentação analisada. Esse percentual equivale a doze casos, sendo seis deles antes de a lei entrar em vigor.

Em uma das situações analisadas (processo nº 0800273-60.2021.8.10.0064), foi constatado que a entrega foi realizada por um guarda civil municipal.

Foram encontrados casos em que consta assinatura do militar que entregou, porém não se identifica seu nome, como no processo nº 0000169-72.2019.8.10.0064.

Portanto, é possível se concluir não ter ocorrido qualquer alteração na prática quanto ao cumprimento dessa ação pelos militares em decorrência da mudança legislativa.

A existência de registro próprio do percurso do vestígio desde o primeiro momento em que os policiais militares tiveram contato com ela é primordial para se garantir o princípio da mesmidade.

Não se sabe se o material foi colocado em recipiente adequado e que pudesse preservar suas características.

Não é possível se ter conhecimento de eventual confusão com outra droga apreendida na mesma ocasião, por exemplo.

A deficiência ou insuficiência de registros dos primeiros a terem contato com o material apreendido torna duvidoso o controle sobre o objeto da perícia que chega ao laboratório.

No âmbito da polícia civil, em quase 42% dos processos verificados consta o nome do servidor da polícia que recebeu o material, sendo que nos outros quase 58% não se sabe ao certo quem recebeu.

Daqueles processos em que se identificou o recebedor, sete são anteriores à entrada em vigor da norma e seis são posteriores.

O equilíbrio permite aferir não ter havido alteração no padrão de conduta da instituição quanto a essa etapa da cadeia.

Em alguns casos, verifica-se ter sido ocupante de cargo de delegado, em outros, escrivães ou investigadores e há, até mesmo, ocupante de cargo administrativo que recebeu a droga apreendida, o que revela não haver delimitação das competências de quem deve praticar o ato de recebimento de itens apreendidos.

Em certos processos, não é possível identificar o nome de quem recebeu os materiais arrecadados pela polícia militar, mas consta outros elementos como assinatura e cargo, a

exemplo dos processos nº 0000146-29.2019.8.10.0064, 0000185-26.2019.8.10.0064 e 0000169-72.2019.8.10.0064.

Em relação à descrição da substância recebida pela polícia civil, em praticamente 84% dos casos há uma descrição incompleta, enquanto em cerca de 16% não há qualquer descrição.

Dos cinco processos em que não há descrição alguma, um deles foi depois de entrar em vigor a lei. Em um outro processo, a lei veio a vigorar no dia seguinte.

A descrição do material na polícia civil é normalmente feita por meio de características físicas da droga como sua coloração (substância esverdeada, no caso da droga conhecida como maconha, por exemplo, ou amarelada, no caso do crack) ou sua textura (substância petrificada ou sólida, no caso de crack, por exemplo, ou substância em pó, no caso de cocaína em sal, ou substância vegetal, no caso de maconha).

Em alguns autos de prisão em flagrante consta também a descrição do material em que estava embalada a substância, mas sem tanto detalhamento.

Em nenhum deles há menção à massa, a qual é apenas estimada no processo de nº 0800429-48.2021.8.10.0064.

Apesar de não ser obrigatório o registro de imagens em fotos ou vídeo, esse elemento assegura maior fidedignidade à cadeia.

Nos feitos processuais estudados, mais de 90% deles não continham registros fotográficos da droga recebida na delegacia de polícia civil.

Os três autos de prisão em flagrante que vinham acompanhados de fotos da substância recebida pela polícia são de 2019, portanto, antes da vigência da lei.

Logo, se depreende que a sugestão de registro fotográfico feita a partir da alteração legal, não vem sendo adotada nos feitos relativos a drogas em Alcântara/MA.

Um ponto bastante crítico revelado pela pesquisa diz respeito aos laudos de constatação preliminar.

Em um dos processos, não há laudo de constatação preliminar, que é requisito do auto de prisão em flagrante, conforme determina o art. 50, § 1º, da Lei 11.343/2006.

Nos outros 30 constam laudos assinados por peritos não oficiais, os quais eram policiais ou servidores que trabalhavam na polícia designados para funcionarem como peritos *ad hoc*.

Para os exames preliminares, UNODC recomenda determinados testes colorimétricos, conforme o tipo de substância que se pretende investigar.

Em nenhum dos casos pesquisados, todavia, houve a realização de teste colorimétrico. Logo, não havia qualquer amparo científico que pudesse sustentar ser o material apreendido substância proibida.

Chama a atenção o fato de que em treze processos, ou seja, em quase 42% dos averiguados, não havia sequer a indicação dos motivos pelos quais os peritos nomeados chegaram ao entendimento de que o material por eles analisado seria droga de uso proibido.

Nos demais casos, são apontados os seguintes elementos como justificadores das conclusões periciais preliminares: características, consistência, aparência, coloração, odor, textura e acondicionamento. Na maior parte deles, havia uma soma dos elementos.

Consistência foi utilizada em sete laudos, sendo usada separadamente em apenas um deles e em conjunto com outras expressões em seis.

Justificou-se com base na aparência em nove laudos, sendo que em todos ela estava associada à cor e ao odor.

A palavra características aparece em dois laudos provisórios como razão de se entender que se trata de droga.

Em quatorze laudos cor e odor da substância são identificados como fundamentos para a avaliação preliminar de que se trata de droga ilícita o material periciado.

Acondicionamento e a textura estiveram presentes como um dos motivos de a conclusão pericial provisória ser no sentido de trata-se de droga em um único laudo.

Não há também identificação da amostragem usada para fins de análise preliminar.

Observa-se a fragilidade com que são feitos os laudos de constatação provisórios no processos da Comarca de Alcântara, sem qualquer amparo em métodos cientificamente confiáveis.

As análises são feitas apenas com base em aspectos sensoriais, utilizando os examinadores dos próprios sentidos humanos como tato, olfato e visão e das máximas de experiência como formas de constatação preliminar.

Ainda que não seja objeto do presente estudo, verificou-se que em nenhum dos casos houve relaxamento da prisão por nulidade do laudo de constatação preliminar, o que pode servir de estímulo à manutenção dessas práticas.

Outro aspecto problemático diz respeito à ausência de quantificação da massa da substância submetida à análise preliminar.

Em nenhum dos casos houve pesagem da droga. O mais próximo disso foi apontado no processo nº 0800429-48.2021.8.10.0064, em que se registrou que cada “tijolo” possuía aproximadamente 1 kg e que foram apreendidos mais de 620 deles.

Foi constatado que na polícia civil são feitas apenas referências à quantidade de invólucros em que estão embaladas as drogas, havendo menção à quantidade de “tijolos”, “cabeças”, “trouxinhas”, mas sem quantificar a massa.

No contexto de déficit de registros concatenados do histórico do material apreendido, a ausência de definição da massa da substância recebida na polícia põe ainda mais dúvidas se aquela matéria que chega ao laboratório para ser periciada é realmente a que se refere a polícia, já que, por intermédio das massas seria possível se conferir se há divergências ou convergências.

Não obstante conste uma resposta afirmativa na tabela anexa ao registro da amostragem, ela se deu exclusivamente porque houve algo próximo disso no processo 0800429-48.2021.8.10.0064.

Naquele caso, ficou consignado que foram analisados três “tijolos” dentre mais de 620 apreendidos.

Pelo fato de ter sido registrada alguma fração do total da apreensão para fins de avaliação, foi respondida afirmativamente a pergunta sobre a amostragem.

Sob todos os aspectos, observou-se não ter havido qualquer efeito da Lei nº 13.964/2019 sobre a forma como são produzidos os laudos preliminares.

Após o teste preliminar e antes da remessa para o Instituto Laboratorial de Análises Forenses, nada mais se sabe sobre o material, uma vez que não há registros sobre o local onde foi armazenado nem as condições em que permaneceu.

Não há qualquer registro sobre a guarda do material com lacre de segurança nem quem manipulou a substância e como ela foi transportada ao ILAF.

Enfim, há um vácuo de informações que precisa ser preenchido.

No ILAF, embora haja a informação transmitida pelo diretor no sentido de que quem recebe o material é o perito responsável pela análise, não há, no processo, registro do ato de recebimento no instituto.

Em todos os laudos definitivos, realizados no laboratório, foram identificados os tipos de testes a que foram submetidos os objetos periciados.

Houve, igualmente, a identificação da unidade de polícia judiciária de onde procederam os vestígios periciados em todos os laudos definitivos.

Quanto à referência ao número do procedimento, apenas nos laudos relativos aos processos nº 0800085-67.2021.8.10.0064 e 0800429-48.2021.8.10.0064 não foram consignados os números dos inquéritos policiais, contudo há outros elementos que permitem a identificação da investigação, pois há menção ao número do ofício de requisição e ao nome do investigado.

No laboratório, os laudos contêm um campo específico para descrição do que foi recebido, no qual são apontadas suas características físicas como cor, material que envolve a

substância, o tipo de substância que está contido no material etc. Em todos os laudos a descrição é detalhada.

Da mesma forma, em todos os laudos se verificou que foram realizadas pesagens, havendo identificação das massas brutas e líquidas dos materiais recebidos.

O que chama a atenção nesse ponto é o laudo constante no processo nº 0800429-48.2021.8.10.0064. Nele constam as massas bruta e líquida de, respectivamente, 695 kg e 652 kg, sem qualquer grama adicional, o que pode indicar ter ocorrido um arredondamento da pesagem, ante a grande massa recebida, já que nos demais casos há identificação da massa em gramas e suas frações.

Foi investigado também o tempo entre a prisão em flagrante e o ingresso do material ao Instituto.

No processo nº 0800429-48.2021.8.10.0064 as drogas foram levadas ao laboratório no dia seguinte ao da prisão.

A incapacidade de manter um material de grande volume em uma delegacia de polícia do interior pode ser um fator de explicação para sua rápida remessa ao ILAF.

Apenas em mais um processo houve o mesmo tempo para a entrega da droga no ILAF.

Em dezessete casos o tempo entre a prisão e o exame definitivo foi de menos de um mês.

Em cinco procedimentos o tempo foi acima de um mês, porém abaixo de dois.

Em outros cinco o lapso temporal foi entre dois meses e abaixo de três.

Um único laudo foi confeccionado após três meses, porém abaixo de quatro.

Já em três casos, levou-se mais de quatro meses para que a polícia civil remetesse o material até o local da perícia definitiva.

Em todos os laudos há registro da amostragem utilizada para fins de realização do exame bem como consta fotografia do material.

Em nenhum processo há registro das condições e do local em que estiveram armazenados os vestígios recebidos pelo ILAF.

A partir dos dados levantados, observou-se não ter a nova legislação surtido impacto nos feitos criminais em que há imputação de tráfico de drogas que tramitam na comarca de Alcântara, uma vez que a frequência de atos de registro da cadeia de custódia é similar em processos anteriores à novidade legislativa e naqueles posteriores a ela.

Além do detalhamento normativo dos procedimentos nos âmbitos de cada corporação, é indispensável o treinamento do pessoal sobre como realizar corretamente os registros escritos

dos eventos que compõem a cadeia de custódia e o fornecimento de material adequado à preservação do elemento apreendido.

Em se tratando da polícia militar, observou-se que em alguns processos a narrativa do miliciano ingressa na fase inquisitorial por intermédio de boletim de ocorrência e de testemunho, enquanto em outros não há qualquer documento redigido por servidor militar.

Seria salutar, outrossim, que os milicianos utilizassem câmeras nos uniformes como meio para registrar mais eficazmente todo o percurso do objeto apreendido.

Como forma de observar a cadeia de custódia, sugere-se que cada vestígio apreendido seja identificado e acondicionado em um recipiente com o devido selo de segurança pelo militar que realizou sua apreensão. Por exemplo, se um policial apreendeu uma porção de uma droga no bolso da calça de uma pessoa e outro policial apreendeu outra porção em uma mochila que estava próxima à pessoa presa, recomenda-se que haja dois registros, um para cada porção, e que cada uma seja acondicionada em distintos recipientes.

Após acondicionado e devidamente lacrado, deve o policial evitar que outros tenham contato com o vestígio, registrando onde ele foi mantido e como foi transportado até a delegacia.

Para garantir a rastreabilidade do vestígio a fim de entender seu histórico, sugere-se o fornecimento de cópia à polícia civil, a qual agregará seus registros aos da PM.

No âmbito da polícia civil, deve ser feito o controle de qual servidor recebeu a substância entregue pelos militares e a preservação da substância acondicionada em recipiente com lacre de segurança após a pesagem da massa bruta, além do registro das características do objeto, a referência ao número do boletim de ocorrência da polícia militar e outros dados que permitam a correta identificação do material, à semelhança do que ocorre no ILAF.

É fundamental a aquisição de balanças pela polícia civil para que seja feita a correta aferição da massa do material recebido, além de ser recomendável seu registro fotográfico quando da pesagem.

Propõe-se que apenas seja rompido o lacre para a análise provisória, documentando-se o rompimento.

Também é importante a identificação da quantidade extraída do material para fins de exame preliminar, o que não vem ocorrendo.

Ainda quanto à análise preliminar, é primordial a aquisição de materiais para a realização de testes colorimétricos e a capacitação de servidores para essa função.

Como verificado ao longo da pesquisa, os laudos provisórios são elaborados sem qualquer respaldo técnico-científico, valendo-se os peritos nomeados apenas de informações

sensoriais de tato, olfato e visão aliadas a máximas de experiência. Em outros casos nem sequer é explicitado o motivo pelo qual se concluiu ser o objeto da perícia droga, o que é ainda mais grave.

Após a realização do exame preliminar, é importante que novamente seja colocada a substância em recipiente com lacre de segurança e armazenada em local adequado, sendo todos os atos devidamente registrados.

Não há qualquer registro do que ocorreu com o material periciado entre a data do exame provisório e a remessa até o laboratório.

Portanto, existe um vácuo informacional de um elemento de prova que, em alguns casos estudados, durou mais de quatro meses. Dito de outro modo, não se sabe o que ocorreu com aquela matéria por mais de cento e vinte dias (onde esteve armazenada, em quais condições, quem teve acesso a ela etc.). Nos casos de inquéritos iniciados na delegacia regional de Pinheiro o problema, em tese, é ainda maior, pois há mais instâncias investigativas e mais pessoas envolvidas, passando a droga pelos policiais militares, pela delegacia regional polícia civil de Pinheiro, pela delegacia de polícia de Alcântara e pelo ILAF.

Tal qual sugerido à Polícia Militar, propõe-se que os registros da polícia civil, somados aos da PM, sejam remetidos ao laboratório onde ocorrerá a análise definitiva para fins de verificação dos elos da cadeia.

Dentre as três instituições observadas, o Instituto Laboratorial de Análises Forenses é a que melhor realiza os registros das etapas, contudo não está imune a aprimoramentos.

De maneira geral, as sugestões de aperfeiçoamento das atividades do ILAF são no sentido de se registrar e apresentar junto ao laudo todas as etapas percorridas pelo material.

No laudo definitivo não constam todas as informações do histórico do vestígio.

Não há, por exemplo, informação de quem recebeu a substância, apesar de o diretor do instituto afirmar que é o perito responsável pela feitura do laudo quem recebe.

Além disso, não se leva ao conhecimento do processo, informação sobre a colocação do material nas salas de custódia inicial e final, como relatado pelo diretor do instituto.

Portanto, sugere-se que a trajetória do vestígio seja não apenas documentada internamente no laboratório, mas que seja anexada cópia dessa documentação ao laudo definitivo, como forma de se garantir a lisura de todo o procedimento.

Não obstante pareça algo de menor importância, conforme apresentado ao longo do trabalho, em um estado democrático de direito, o poder estatal precisa se legitimar. Não há no processo penal democrático confiança nos atos estatais nem presunções de legitimidade dos agentes públicos.

Em que pese fugir do escopo do trabalho, é preciso que os juízes se tornem mais críticos aos trabalhos das instituições incumbidas do zelo à cadeia de custódia, exigindo, seja para a admissibilidade da prova, que se demonstre o respeito aos ditames normativos.

Isto significa que, ainda que os agentes públicos atuem de maneira esmerada, sem dolo ou malícia, é necessário comprovar em juízo a obediência aos regramentos legais como forma de se permitir que a prova seja admitida e valorada.

CONCLUSÕES

O processo penal de viés democrático é aquele enxergado como um método de contenção do poder do Estado. Em seu vértice está a presunção de inocência e o respeito aos direitos e garantias individuais previstos constitucionalmente.

Para a acertada aplicação do direito, é necessária a correta definição dos acontecimentos, a qual ocorre após o devido processo legal.

É por intermédio da produção probatória que os fatos ingressam ao contexto processual.

A prova, portanto, tem como objetivo fazer a verdade dos fatos ser levada ao processo. Nesse sentido, o alvo da atividade probatória não seria o convencimento psíquico do julgador.

Concebe-se como verdadeira a afirmação que corresponde à realidade.

A decisão justa, ou seja, aquela que pressupõe a correta fixação fática, depende da boa qualidade da prova.

Nem sempre verdade e prova se entrelaçaram, pois em determinados momentos históricos, o resultado do processo não dependia de qualquer vinculação com a verdade dos fatos postos em discussão.

Embora verdade e prova atualmente caminhem juntas, não se pode confundir *verdadeiro* com *provado*, já que é possível uma assertiva corresponder à realidade, porém não haver prova sobre ela, assim como pode ser uma afirmação considerada provada à luz dos elementos disponíveis e não ser ela correspondente ao real.

A verdade no processo, apesar de desejável de ser alcançada, não pode ser buscada a qualquer preço, sob pena de afronta ao Estado de Direito, em que a legalidade é imposta não só aos particulares como também ao próprio poder público.

O direito à prova, portanto, está condicionado pelos contornos legais e constitucionais traçados.

Partindo-se do garantismo penal, de Luigi Ferrajoli, desconfia-se do poder do Estado, o qual é disciplinado pelas normas jurídicas e controlado pelo Poder Judiciário.

Em sua construção dogmática, Ferrajoli vê os direitos fundamentais como métodos de limitação do poder.

Além das regras jurídicas, há outros fatores que reduzem as possibilidades de se alcançar a verdade na esfera processual como o conhecimento dos fatos somente a partir de rastros do passado, o tempo e a subjetividade do juiz.

Se o objetivo do processo é a busca da verdade e, para isso, as partes devem se das provas, nos casos criminais de tráfico de drogas dois meios de prova são cruciais: prova testemunhal e prova pericial.

Em regra, a prova testemunhal produzida nos feitos relativos a tráfico se resume à oitiva dos policiais responsáveis pela captura em flagrante e o interrogatório do acusado.

As abordagens e prisões em flagrante são costumeiramente realizadas em locais pobres e periféricos e possuem como alvos prediletos jovens negros, o que revela o viés racista das ações da polícia, a qual não sofre rigoroso controle.

Apenas recentemente, o Superior Tribunal de Justiça passou a desenvolver uma jurisprudência para conter buscas pessoais sem critérios claros e ingressos em domicílio sem autorização judicial.

Em relação ao depoimento dos agentes de segurança, vê-se que o Judiciário confere maior credibilidade à palavra dos policiais apenas pelo fato de exercerem essa profissão, o que prejudica a qualidade epistêmica da prova.

Ao revés, as declarações do acusado são desacreditadas por não haver compromisso de dizer a verdade, havendo uma presunção de que ele mente para garantir sua liberdade, configurando, portanto, uma injustiça epistêmica.

Ao lado da prova testemunhal, a prova pericial é necessária para um juízo de condenação pelo crime de tráfico de drogas.

As perícias têm recebido cada vez mais destaque no âmbito judicial em razão da maior relevância que tem a ciência na sociedade moderna.

Se de um lado é valioso o aumento uso da prova técnica decorrente da credibilidade científica, de outro é preciso ter cautela quanto aos riscos existentes por detrás dessas provas, sob pena de sua sobrevalorização, que pode ocorrer tanto ao tratar seus resultados como infalíveis como ao interpretar seus resultados de forma equivocada.

O juiz não pode assumir uma postura vassala em relação a tudo o que afirma o perito, sendo necessária a verificação do cumprimento de critérios de admissibilidade desse tipo de prova.

Os controles empregados pelos magistrados conferem maiores possibilidades de decisões corretas, o que pode, inclusive, repercutir nos resultados desastrosos obtidos pela política de drogas vigente.

O atual quadro da política criminal de drogas é produto do chamado proibicionismo, o qual tem raízes no moralismo e em justificativas médico-sociais.

O pensamento proibicionista alastrou-se ao redor do mundo capitaneado pelos Estados Unidos da América, passando a integrar diversos documentos internacionais.

O Brasil, por sua vez, segue o mesmo pensamento de combate à circulação e uso de drogas.

Embora a lei atual que disciplina a matéria caminhe na trilha da diferenciação entre traficante e usuário, prevendo punições alternativas a estes últimos, seus resultados têm sido danosos nos números do encarceramento, pois não há limites nítidos entre uns e outros, ficando a cargo dos juízes distinguirem o consumidor do fornecedor de drogas, conforme as provas produzidas pelas partes.

Se a decisão judicial depende das provas, estas dependem da admissibilidade pelo juízo.

O magistrado deve atentar-se para critérios racionais para admitir uma prova no processo, sob pena de comprometimento da qualidade de sua decisão.

Uma prova não confiável não é hábil para justificação de uma decisão, pois não há liberdade absoluta do julgador quanto à admissão e valoração das provas.

A existência de filtros epistêmicos traz mais racionalidade aos julgamentos e possibilidade de controle dos atos judiciais.

A obediência à cadeia de custódia, então, busca garantir que uma prova é autêntica e íntegra.

O controle da cadeia de custódia configura a uma prova sobre a prova, isto é, uma demonstração da confiabilidade de uma prova, autorizando-se, assim, sua entrada no processo e sua valoração.

No Estado de Direito, não há presunções em favor do Estado em se tratando de processos criminais, de modo que cabe ao acusador público comprovar que a prova que pretende que seja valorada pelo julgador é íntegra e autêntica.

Como forma de assegurar a autenticidade e a integridade da prova, é importante documentar todo o percurso feito por ela desde o momento em que é reconhecido o elemento até seu descarte e introduzir essas informações no processo.

A rastreabilidade do vestígio é o que permite ao juiz e à parte contrária verificar a legalidade do método de obtenção da prova e, assim, abre espaço para um contraditório efetivo.

O respeito à cadeia de custódia, outrossim, é decorrente da tipicidade probatória, já que apenas provas obtidas e produzidas em conformidade com as previsões legais devem ser aceitas.

No tocante à cadeia de custódia da droga na Comarca de Alcântara/MA, foram analisados 31 processos criminais em que houve imputação do delito do art. 33 da Lei 11.343/2006, sendo quinze anteriores à vigência da lei e dezesseis posteriores a ela.

Foram detectadas, ao longo da pesquisa, omissões quanto ao cumprimento das etapas da cadeia de custódia da droga, sendo mais significativas aquelas ocorridas nos âmbitos das polícias militar e civil, não obstante também haja omissões na conduta do Instituto Laboratorial de Análises Forenses.

A ausência de registros de informações relevantes e a falta de observância de disciplina científica põe em xeque a lisura do procedimento, dificulta ou rastreamento do vestígio e desacredita a prova.

Mesmo no ILAF, embora haja a afirmação por parte da direção do instituto de cumprimento das etapas, é necessário que os registros sejam introduzidos ao processo não haver dúvidas quanto à correção das ações adotadas no laboratório.

Verificou-se a ausência de influência da Lei 13.964/2019 nos métodos utilizados na persecução penal por crimes de tráfico de drogas na comarca de Alcântara/MA pelo menos até o ano de 2021, não havendo adoção de novas práticas nem aumento significativo no cumprimento das etapas da cadeia de custódia por parte de nenhuma das instituições.

Foram, ao final propostas sugestões de aprimoramento das ações praticadas pelas três instituições, de modo a buscar compatibilizar suas condutas com a legislação vigente, as quais, em sendo adotadas, contribuirão com a melhor qualidade do material probatório e permitirão decisões judiciais mais confiáveis sob o ponto de vista epistemológico.

REFERÊNCIAS

ABELLÁN, Marina Gascón. Prueba científica. Un mapa de retos. *In*: VÁZQUEZ, Carmen (Org.): **Estandares de prueba y prueba científica**: ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 184.

ABELLÁN, Marina Gascón. **O problema de provar**. Trad. Lívia Moscatelli; Caio Badaró Massena. Coordenação científica da tradução Janaína Matida. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022.

ABELLÁN, Marina Gascón. Prueba científica: mitos y paradigmas. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, Granada, v. 44, p. 81-103, dez. 2010.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. *In*: SIDI, Ricardo; Lopes, ANDERSON Bezerra (Org.) **Temas atuais de investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociológica do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BARROS, André; PERES, Marta Peres. Proibição da maconha no Brasil e suas raízes históricas escravocratas. Rio de Janeiro, **Revista Periferia**. v. 3, n. 2, p. 1-22, jul/dez 2011. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/periferia/article/view/3953/2742>. Acesso em 24 jan. 2022.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BAYTELMAN, Andrés; DUCE, Mauricio. **Litigación penal**. Juicio oral y prueba. Santiago: Universidad Diego Portales, 2004.

BIZZOTTO, Alexandre. **A mão invisível do medo e o pensamento criminal libertário**. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de divergência em recurso especial nº. 1.544.057/RJ. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Terceira Seção. Brasília, julgado em 26 de out. 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, nov. 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501734967&dt_publicacao=09/11/2016. Acesso em: 03 mar. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito penal a marteladas**: algo sobre Nietzsche e o direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CARVALHO, Jonatas Carlos de. A Emergência da política mundial de drogas: o Brasil e as primeiras conferências internacionais do ópio. **Oficina do Historiador**. v 7, n. 1, jan/jun 2014.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo**: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

CESCHIN, Moises. Comentários sobre apreensões realizadas por policiais militares em locais de crime frente aos Arts. 158-a usque 159-d do código de processo penal (cadeia de custódia) quando ausentes peritos oficiais – proposta para adoção de protocolos e equipamentos a fim de adequação institucional a nova legislação. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v.8, n.6, p. 43125-43144, jun.,2022.

COSTA, Pietro. Estado de Direito: Uma introdução histórica. *In*: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 95-198.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de drogas? 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

DELMANTO, Júlio. Drogas e opinião pública no Brasil: hegemonia da desinformação. *In*: Bokany, Vilma (Org.) **Drogas no Brasil**: entre a saúde e a justiça: proximidades e opiniões. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2015.

DEL OMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Trad. Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues. Cadeia de custódia: do local de crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 98, n. 883, p. 436-451, maio 2009.

DUCE, Mauricio. **La prueba pericial en los sistemas procesales penales acusatorios en America Latina**. 2. ed. Buenos Aires: Didot, 2013.

ESCOHOTADO, Antonio. **Historia general de las drogas**. Madri: Alianza Editorial, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Epistemología jurídica y garantismo**. México, DF: Distribuciones Fontamara, 2004.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

FIGUEIREDO, Daniel Diamantras de. Cadeia de custódia: ônus da prova e direito à prova lícita. **Boletim IBCCrim**, v. 29, n. 338, p. 12-14, jan. 2021.

FIORE, Maurício. Prazer e risco: uma discussão a respeito dos saberes médicos sobre uso de “drogas”. In: Labate, Beatriz Caiuby et al. (Org.) **Drogas e cultura: novas perspectivas**. Salvador: Edufba, 2015.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2002.

FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice: power and the ethics of knowing**. Oxford: Oxford University Press, 2007

GIACOMOLLI, Nereu José; AMARAL, Maria Eduarda Azambuja. A cadeia de custódia da prova pericial na Lei nº 13.964/2019. **Revista Duc In Altum**, Cadernos de Direito, v. 12, n. 27, p. 67-100, mai./ago. 2020.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

HAI DT, Jonathan. **A Mente Moralista: porque pessoas boas são segregadas por política e religião** Trad. Wendy Campos. Rio de Janeiro: Alta Books, 2020.

HIERRO, Liborio L. El Imperio de La Ley y la crisis de la ley. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 19, p. 287-308, jan./abr. 1996.

JESUS, Maria Gorete Marques de. **O que está no mundo não está nos autos: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas**. Tese (doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016

KARAM, Maria Lúcia. **Legalização das drogas**. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015.

KHALED JÚNIOR, Salah. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. 3. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LUNA, Fernando. El mito del científicismo en la valoración de la prueba científica. **Jurídicas CUC**, v. 14, n. 1, p. 119-144, 2018.

MARANHÃO. Secretaria de Estado de Segurança Pública. Resultados de análises do ILAF, órgão da perícia oficial do MA, são aprovados pelos programas de controle da qualidade da ONU e do Inmetro. Disponível em: <https://www.ssp.ma.gov.br/resultados-de-analises-do-ilaf-orgao-da-pericia-oficial-do-ma-sao-aprovados-pelos-programas-de-controle-da-qualidade-da-onu-e-do-inmetro/>. Acesso em: 12 jul. 2023.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARINHO, Girlei Veloso. **Cadeia de custódia da prova pericial**. Dissertação (mestrado). Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2010.

MATIDA, Janaína. A cadeia de custódia é condição necessária para a redução dos riscos de condenações de inocentes. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 27, p. 17–26, 2021. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/269>. Acesso em: 25 jul. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

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, v. 4, n. 1, p. 277-300, jan./abr. 2018.

MOLINA, José Juan Lucena; García, Miguel Angel Escola; Iranzo, Virginia Pardo. Elementos para el debate sobre la valoración de la prueba científica en España hacia un estándar acreditable bajo la norma ISO 17.025 sobre conclusiones de informes periciales. **Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje**, n. 2, 2011.

ONU. Escritório das Nações Unidas Sobre Drogas e Crime. Conscientização sobre o local de crime e as evidências materiais em especial para pessoal não-forense. Viena, 2010.

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

PRADO, Geraldo. Verdade, certeza e dúvida: as questões em torno da cadeia de custódia das provas no processo penal. In: D'ÁVILA, Fabio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos (Org.) **Direito penal e política criminal**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015.

QUEIROZ, Marcelo. Trabalhando nas ruas: subjetividades policiais e seus dilemas nas situações de perigo iminente ou não. In: SADDY, André (Org.). **Discricionariedade na área policial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

RAMOS, Silvia; MUSUMECI, Leonarda. Elemento suspeito: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro, 2003. **Centro de Estudos de Segurança e Cidadania**, ano 3, n. 8, dez., 2004.

RAMOS, Vitor de Paula. **Prova testemunhal**: do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a epistemologia. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

ROSA, Carlos Augusto de Proença. **História da ciência**: da antiguidade ao renascimento científico. 2. ed. Brasília: FUNAG, 2012. 3v

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. 273f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

RODRIGUES, Thiago. Tráfico, guerra, proibição. *In: Labate, Beatriz Caiuby et al. (Org.) Drogas e cultura: novas perspectivas.* Salvador: Edufba, 2015.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. **Defesa social e direito penal do inimigo: visão crítica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SADDY, André. Atividade apreciativa da administração pública: uma nova visão sobre a discricionarieidade administrativa. Rio de Janeiro, **Revista de Direito Administrativo.** v 277, n. 3, p. 139/168, set/dez 2018.

SEMER, Marcelo. **Princípios penais no estado democrático.** São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando Tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento.** São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa.** 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos.** Trad. Jordi Ferrer-Beltrán. 2. ed. Bolonha: Editorial Trotta, 2005.

TARUFFO, Michele. **Simplemente la verdad: el juez y la contrucción de los hechos.** Trad. Daniela Acatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010.

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade.** São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TUZET, Giovanni. **Filosofía de la prueba jurídica.** Trad. Diego Dei Vecchi. Madri: Marcial Pons, 2021

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Cadeia de custódia da prova.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2020.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas.** 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

VARGAS, Eduardo Viana. Fármacos e outros objetos sócio-técnicos: notas para uma genealogia das drogas. *In: Labate, Beatriz Caiuby et al. (Org.) Drogas e cultura: novas perspectivas.* Salvador: Edufba, 2015.

VÁZQUEZ, Carmen. Conocimientos expertos y deferência del juez: apunte para la superación de un problema. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,** Alicante, n. 39, p. 347-365, jul./set. 2016.

VÁZQUEZ, Cármen. **Prova pericial: da prova científica à prova pericial.** Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

VÁZQUEZ, Carmen; LOPEZ, Mercedes Fernandez. La confirmación del conjunto de elementos de juicio: la admisión de pruebas. *In*: LAGIER, Daniel *et al.* **Manual de razonamiento probatório**. Cidade do México: Suprema Corte de Justicia de La Nación, 2022.

VÁZQUEZ, Carmen. Sobre la cientificidad de la prueba científica em el proceso judicial. **Anuario de psicología jurídica 2014**, Madri, v. 24, p. 65-73, 2014.

VELHO, Jesus Anonio *et al.* *Polícia científica: transformando vestígios em evidências à luz da cadeia de custódia*. Curitiba: InterSaberes, 2020.

VERGOTTINI, Giuseppe de. Constituição. *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmen C, Varriale et al. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

VIEIRA, Maurício Leite; VELHO, Jesus Antonio. Exame preliminar e definitivo de drogas em abuso. *In*: BRUNI, Aline Thaís; OLIVEIRA, Marcelo Firmino de; VELHO, Jesus Antonio (Org.) **Fundamentos de química forense: uma análise prática da química que soluciona crimes**. Campinas: Millennium Editora, 2012.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. **Liberdade e suspeição no Estado de Direito: o poder policial de abordar e revistar e o controle judicial de validade da busca pessoal**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. *In*: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro (Org.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ANEXO A – FORMULÁRIO UTILIZADO NA PESQUISA**ANÁLISE DA CADEIA DE CUSTÓDIA**

Processos de tráfico de drogas da comarca de Alcântara/MA referentes aos anos de 2019 a 2021

1. Número do processo

2. Data do fato

Exemplo: 7 de janeiro de 2019

3. A lei 13.964/2019 já estava em vigor?

Marcar apenas um oval.

SIM

NÃO

ENTROU EM VIGOR COM A INVESTIGAÇÃO EM CURSO

POLÍCIA MILITAR

Análise da cadeia de custódia enquanto a droga esteve na posse da Polícia Militar

4. Há descrição detalhada do material apreendido como droga ilícita (características do objeto, local onde foi encontrada, etc)?

Marcar apenas um oval.

SIM

NÃO

5. Consta o nome do policial que realizou a apreensão do vestígio?

Marcar apenas um oval.

SIM

NÃO

6. Há registro de outras pessoas que tiveram contato com o material apreendido?

Marcar apenas um oval.

SIM

NÃO

7. Há registro do recipiente onde foi acondicionado o vestígio após a apreensão?

Marcar apenas um oval.

SIM

NÃO

8. Foi indicada a colocação de lacre de segurança no recipiente?

Marcar apenas um oval.

SIM

NÃO

9. Há registro do local onde foi armazenado o vestígio enquanto mantido sob custódia da PM?

Marcar apenas um oval.

SIM

NÃO

10. Há registro de como foi transportado o material pela PM até a delegacia de polícia civil?

Marcar apenas um oval.

SIM

NÃO

11. Consta o nome do servidor público que realizou a entrega do vestígio na delegacia de polícia civil?

Marcar apenas um oval.

SIM

NÃO

POLÍCIA CIVIL

Análise da cadeia de custódia enquanto a droga esteve na posse da Polícia Civil

12. Consta o nome do servidor público que recebeu o vestígio na delegacia de polícia civil?

Marcar apenas um oval.

SIM

NÃO

13. Há descrição do vestígio recebido pela polícia civil?

Marcar apenas um oval.

SIM

NÃO

DESCRIÇÃO INCOMPLETA

14. Há registros fotográficos do material recebido pela polícia civil?

Marcar apenas um oval.

SIM

NÃO

15. Há registro das massas bruta e líquida do material quando da análise preliminar?

Marcar apenas um oval.

SIM

NÃO

APENAS MASSA BRUTA

APENAS MASSA LÍQUIDA

16. Consta o nome de quem realizou a análise preliminar?

Marcar apenas um oval.

SIM

NÃO

17. Qual teste foi utilizado na análise preliminar?

18. Há registro da quantidade utilizada para fins de amostragem no teste preliminar?

Marcar apenas um oval.

SIM

NÃO

19. Há registro da manutenção do material em recipiente com lacre de segurança?

Marcar apenas um oval.

SIM

NÃO

20. Há registro do local e das condições em que foi armazenado o vestígio enquanto mantido sob guarda da polícia civil antes do envio ao Instituto Laboratorial de Análises Forenses - ILAF?

Marcar apenas um oval.

SIM

NÃO

21. Consta indicação do nome do servidor que realizou o transporte do vestígio da unidade de polícia ao ILAF?

Marcar apenas um oval.

SIM

NÃO

INSTITUTO LABORATORIAL DE ANÁLISES FORENSES

Análise da cadeia de custódia enquanto a droga esteve na posse do ILAF

22. Consta o nome do servidor que recebeu o material no ILAF?

Marcar apenas um oval.

SIM

NÃO

23. Há indicação da metodologia utilizada para fins de análise definitiva?

Marcar apenas uma oval.

SIM

NÃO

24. Há registro da unidade de polícia de procedência do material a ser periciado?

Marcar apenas uma oval.

SIM

NÃO

25. Há registro do número do processo ou inquérito referente à substância apreendida?

Marcar apenas uma oval.

SIM

NÃO

26. Há descrição do material recebido?

Marcar apenas uma oval.

SIM

NÃO

INCOMPLETA

27. Há registros das massas bruta e líquida?

Marcar apenas uma oval.

SIM

NÃO

APENAS BRUTA

APENAS LÍQUIDA

28. Após quanto tempo desde a apreensão pela polícia o material ingressou no ILAF?

29. Há registro da quantidade utilizada para fins de amostragem no teste definitivo?

Marcar apenas uma oval.

SIM

NÃO

30. Há registro do local e das condições em que foi armazenado o vestígio enquanto mantido sob guarda do ILAF antes do descarte?

Marcar apenas uma oval.

SIM

NÃO

31. Há registro fotográfico do material recebido pelo ILAF?

Marcar apenas uma oval.

SIM

NÃO

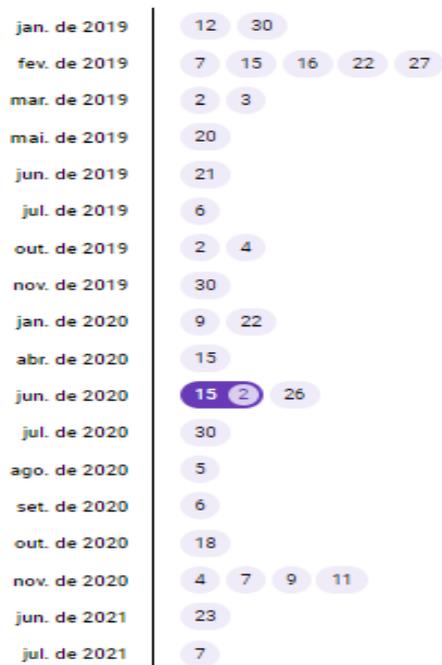
Este conteúdo não foi criado nem aprovado pelo Google.

Google Formulários

ANEXO B – REPRESENTAÇÃO GRÁFICA DA PESQUISA

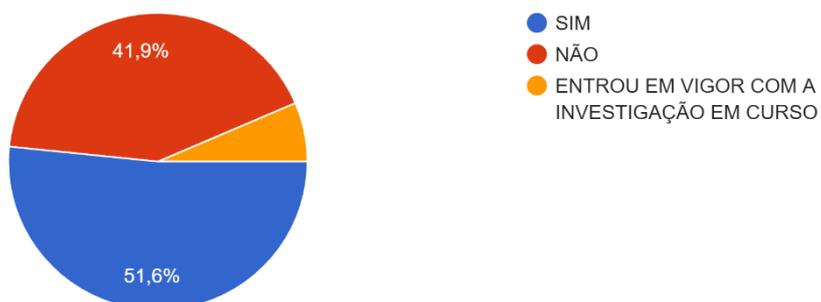
Data do fato

31 respostas



A lei 13.964/2019 já estava em vigor?

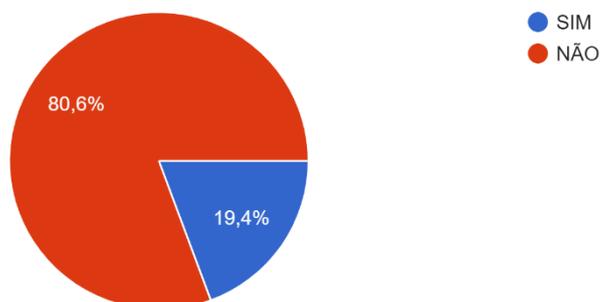
31 respostas



POLÍCIA MILITAR

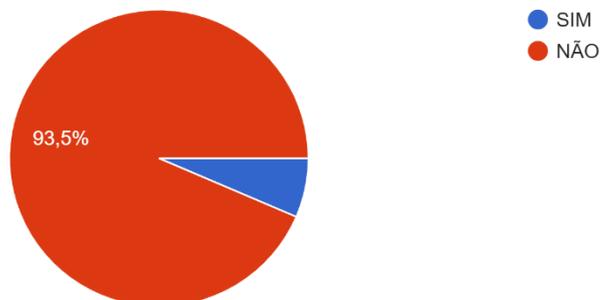
Há descrição detalhada do material apreendido como droga ilícita (características do objeto, local onde foi encontrada, etc)?

31 respostas



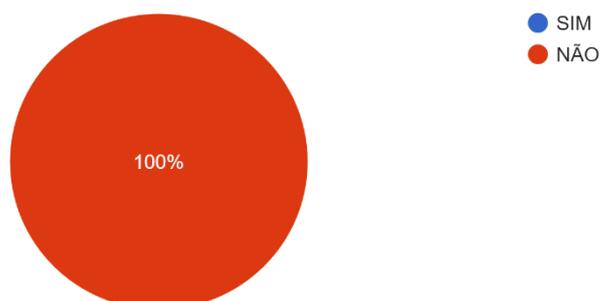
Consta o nome do policial que realizou a apreensão do vestígio?

31 respostas



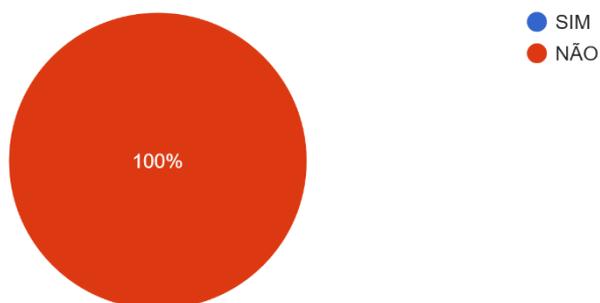
Há registro de outras pessoas que tiveram contato com o material apreendido?

31 respostas



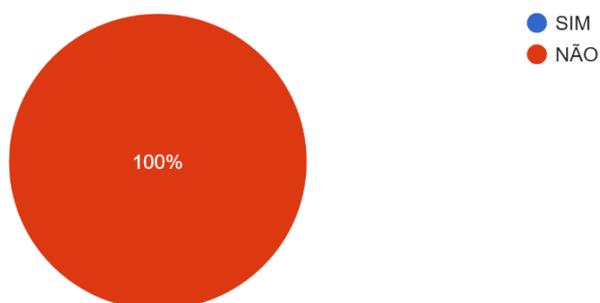
Há registo do recipiente onde foi acondicionado o vestígio após a apreensão?

31 respostas



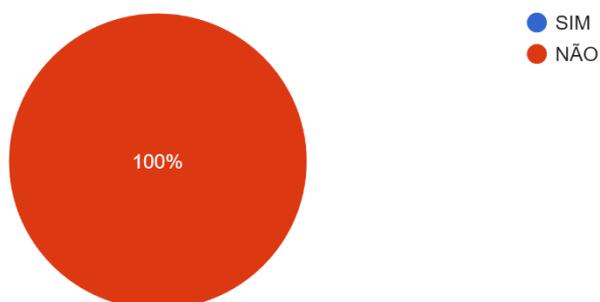
Foi indicada a colocação de lacre de segurança no recipiente?

31 respostas



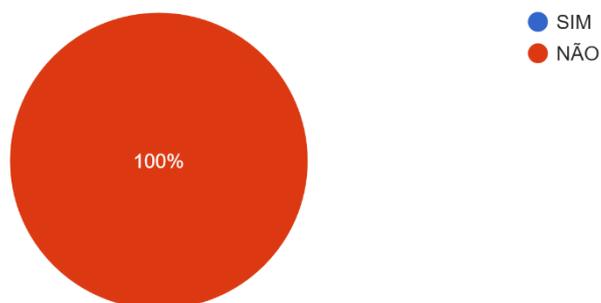
Há registo do local onde foi armazenado o vestígio enquanto mantido sob custódia da PM?

31 respostas



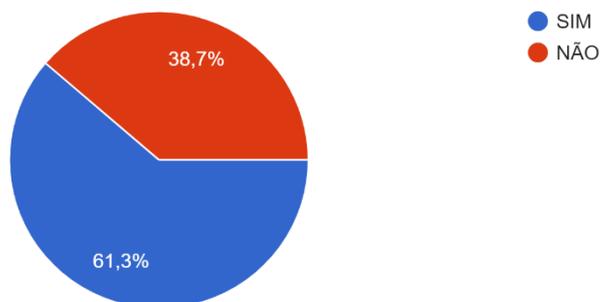
Há registro de como foi transportado o material pela PM até a delegacia de polícia civil?

31 respostas



Consta o nome do servidor público que realizou a entrega do vestígio na delegacia de polícia civil?

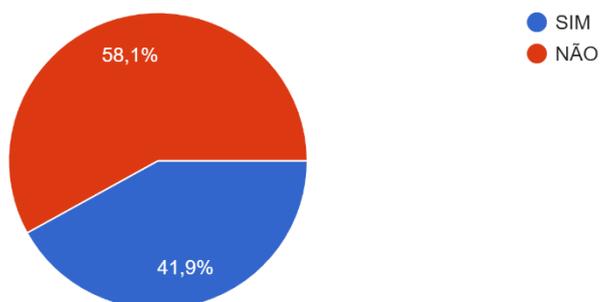
31 respostas



POLÍCIA CIVIL

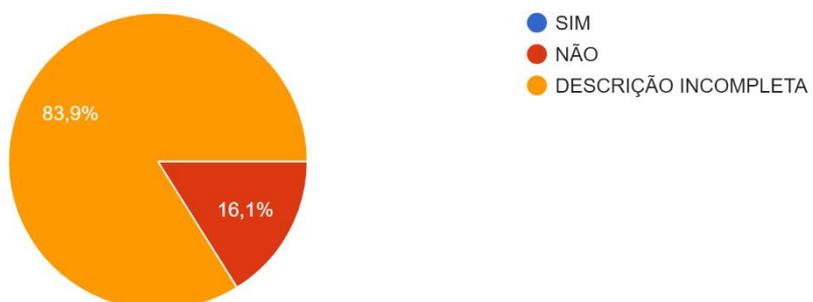
Consta o nome do servidor público que recebeu o vestígio na delegacia de polícia civil?

31 respostas



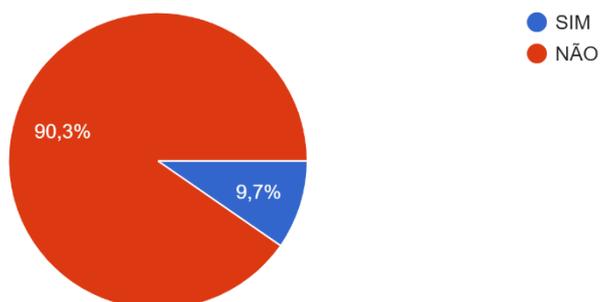
Há descrição do vestígio recebido pela polícia civil?

31 respostas



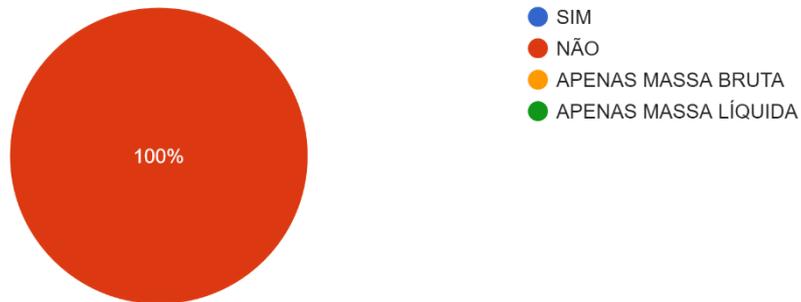
Há registros fotográficos do material recebido pela polícia civil?

31 respostas



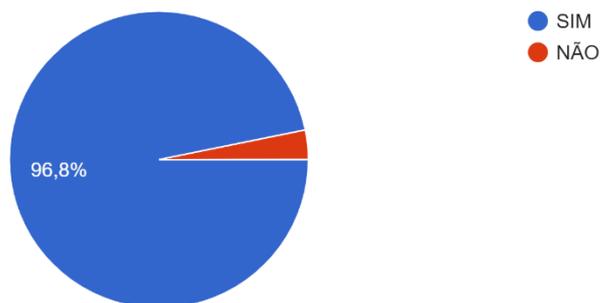
Há registro das massas bruta e líquida do material quando da análise preliminar?

31 respostas



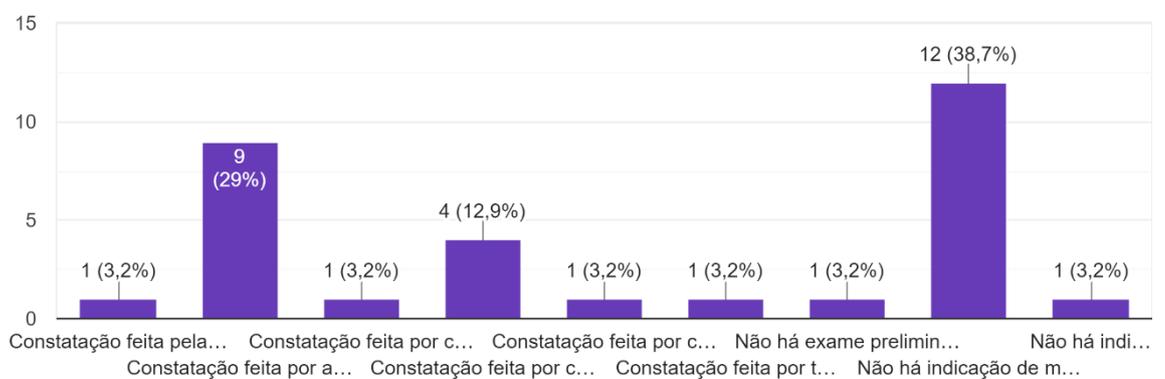
Consta o nome de quem realizou a análise preliminar?

31 respostas



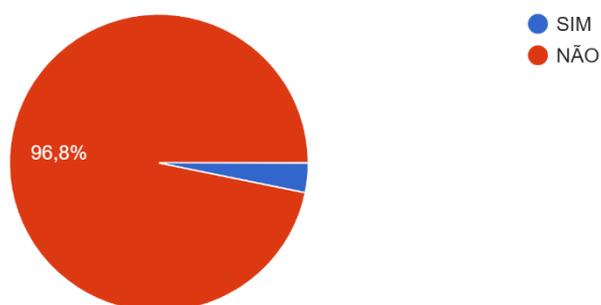
Qual teste foi utilizado na análise preliminar?

31 respostas



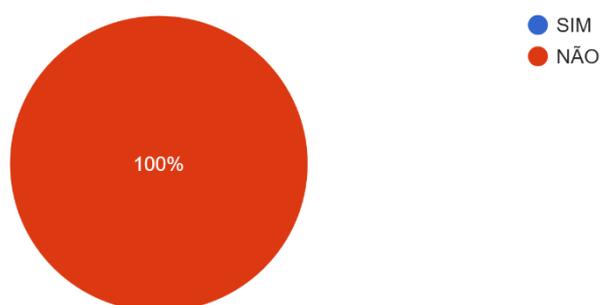
Há registro da quantidade utilizada para fins de amostragem no teste preliminar?

31 respostas



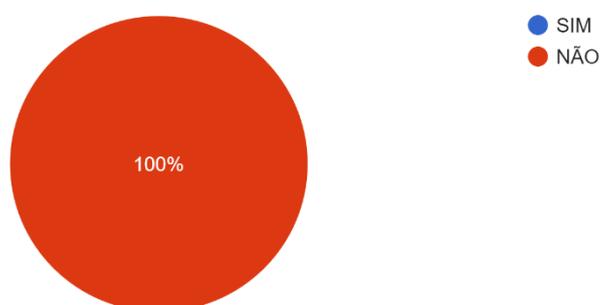
Há registro da manutenção do material em recipiente com lacre de segurança?

31 respostas



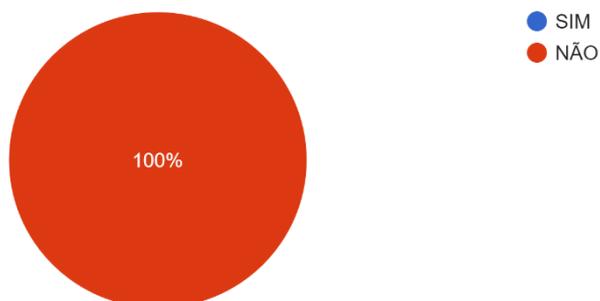
Há registro do local e das condições em que foi armazenado o vestígio enquanto mantido sob guarda da polícia civil antes do envio ao Instituto Laboratorial de Análises Forenses - ILAF?

31 respostas



Consta indicação do nome do servidor que realizou o transporte do vestígio da unidade de polícia ao ILAF?

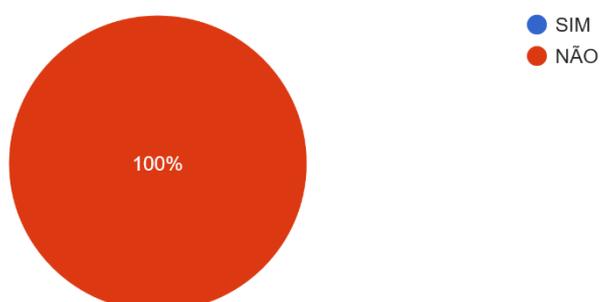
31 respostas



INSTITUTO LABORATORIAL DE ANÁLISES FORENSES

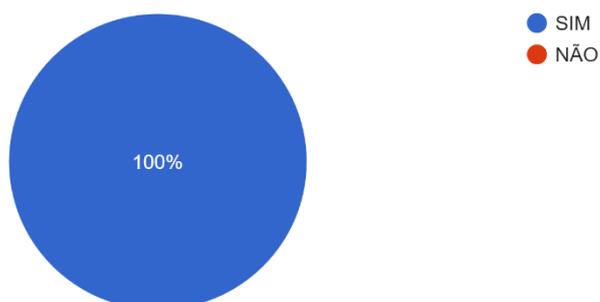
Consta o nome do servidor que recebeu o material no ILAF?

31 respostas



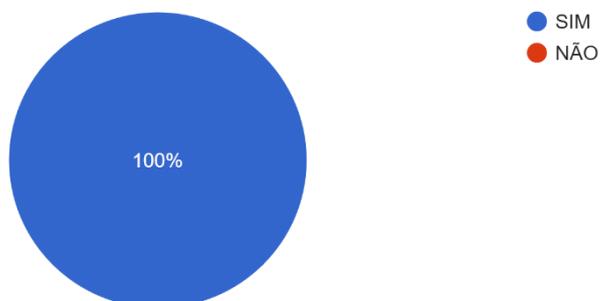
Há indicação da metodologia utilizada para fins de análise definitiva?

31 respostas



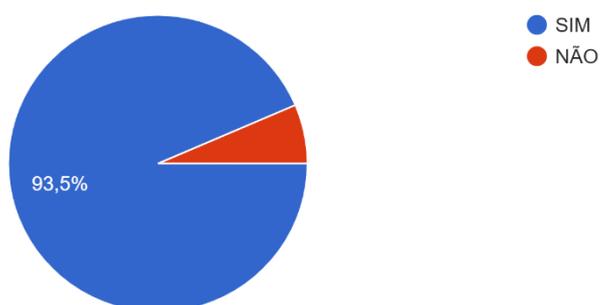
Há registro da unidade de polícia de procedência do material a ser periciado?

31 respostas



Há registro do número do processo ou inquérito referente à substância apreendida?

31 respostas



Há descrição do material recebido?

31 respostas



Há registos das massas bruta e líquida?

31 respostas



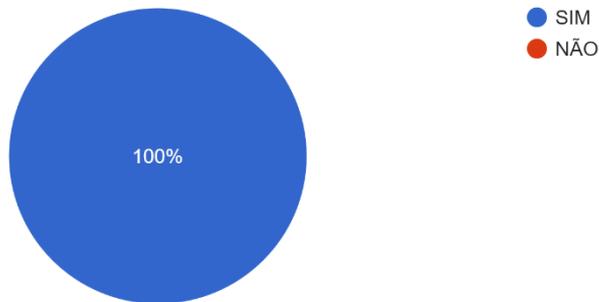
Após quanto tempo desde a apreensão pela polícia o material ingressou no ILAF?

31 respostas



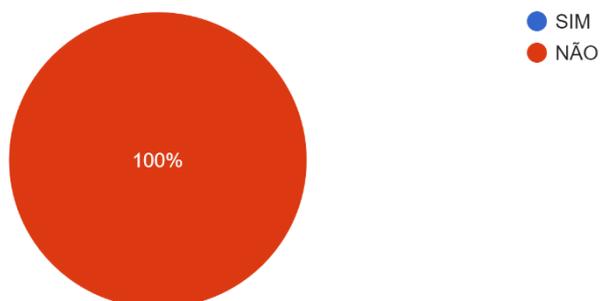
Há registo da quantidade utilizada para fins de amostragem no teste definitivo?

31 respostas



Há registro do local e das condições em que foi armazenado o vestígio enquanto mantido sob guarda do ILAF antes do descarte?

31 respostas



Há registro fotográfico do material recebido pelo ILAF?

31 respostas

