



A PROVA PENAL CONSTITUCIONALIZADA E A INDISPENSABILIDADE DO CONTROLE EPISTÊMICO

THE CONSTITUTIONALIZED CRIMINAL PROOF AND THE INDISPENSABILITY OF
EPISTEMIC CONTROL.

Gerald Henrico Freitas Carvalho⁵³
Waldir Miguel dos Santos Júnior⁵⁴

RESUMO

Vislumbrar em um processo sua legitimidade constitucional significa dizer que nele estão presentes as garantias constitucionais inerentes a todos; não se trata de idealismo político ou de qualquer outra ideologia. Trata-se, pois, da satisfação do raciocínio-lógico que coloca em paridade de armas os sujeitos do processo, diante de garantias que preservem a pessoa, mas que também sejam fundamentos à legitimidade processual. Nesse contexto, uma das principais vertentes de debate processual é a atividade probatória e, dada essa importância das provas no processo constitucional, especialmente no penal, é necessário que elas estejam em conformidade com as garantias e direitos assegurados, de modo que sejam legitimadoras do processo. Ora, se o sistema processual inquisitório permitia à atividade probatória caráter ilimitado, o sistema acusatório, por outro lado, exige que as mesmas sejam produzidas em consonância com a legalidade, sendo inócua toda atividade probatória com lastro em prova ilícita. Tal tema é atual e iminente, principalmente em razão de o cenário político atual não corresponder às expectativas sociais, especialmente no que tange aos diversos escândalos de corrupção. Nesse viés, provar tais atos e punir os agentes políticos é, de fato, tarefa necessária à dignidade da nação; entretanto, um processo que tenha por finalidade interesse tão nobre, não pode nutrir-se de práticas inquisitoriais, como propôs o Ministério Público Federal. Ademais, culmina o presente trabalho na necessidade do controle epistêmico da prova penal, controle esse indispensável: se a prova é indispensável ao processo, mais ainda imprescindível é o resguardo à cadeia de custódia da prova, capaz de assegurar que o trajeto percorrido pela prova, desde a fase de investigação, obedeceu aos critérios lícitos da referida cadeia. Além disso, o acesso da defesa a todo esse percurso e às fontes de prova não poderá sofrer óbice, tratando-se de direito indiscutível, resguardado pela ampla defesa, pelo contraditório e pela paridade de armas.

Palavras-chave: prova; controle epistêmico; processo constitucional.

ABSTRACT

To glimpse in a process its constitutional legitimacy means to say that in it are present the constitutional guarantees inherent in all; it is not about political idealism or any other ideology. It is, therefore, the satisfaction of logical reasoning that puts parity of arms, the

⁵³ Graduando em Direito FAC.

⁵⁴ Mestre em Direito Processual PUC Minas. Professor de Direito Penal FAC. Advogado criminalista.



subjects of the process, in the face of guarantees that preserve the person, but which are also grounds for procedural legitimacy. In this context, one of the main aspects of procedural debate is probative activity and, given the importance of evidence in the constitutional process, especially in criminal cases, it is necessary that they be in compliance with the guarantees and rights ensured, so that they are legitimating the process. However, if the inquisitorial procedural system allowed the probative activity to be unlimited, the accusatory system, on the other hand, requires them to be produced in accordance with legality, and any probative activity with unlawful evidence is innocuous. This issue is current and imminent, mainly because the current political scenario does not meet social expectations, especially with regard to the various corruption scandals. In this bias, to prove such acts and punish political agents is, in fact, a necessary task for the dignity of nation; however, a process whose purpose is so noble an interest, can not be nourished by inquisitorial practices, as proposed by the Federal Public Ministry. In addition, the present work culminates in the need for epistemic control of the criminal evidence, which is indispensable control: if the evidence is indispensable to the process, even more indispensable is the safeguard to the chain of custody of the evidence, able to ensure that the path covered by the evidence, since the research phase obeyed the licit criteria of said chain. In addition, the access of the defense to all this course and to the sources of evidence can not suffer an obstacle, being an indisputable right, protected by the ample defense, the contradictory and the parity of arms.

Keywords: proof; epistemic control; constitutional process.

1. INTRODUÇÃO

O zelo pelos princípios e pelas garantias advindas da promulgação da Constituição da República de 1988 consiste na luta árdua e pertinente para que de fato todos estejam sob o manto do Estado Democrático de Direito, o qual não se efetiva se não estão abrangidas todas as pessoas, independentemente de condições distintivas de qualquer natureza.

O estudo aqui realizado preocupa-se, de modo geral, com a tarefa que tem o sistema processual penal de ser um legitimador ao Estado Democrático, demonstrando que de outro modo tal Estado seria de Exceção; partindo deste viés, a atividade probatória tem grande prestígio dentro do processo, pois garante um processo legítimo e permite sê-lo afirmado democrático.

Dessa forma, o marco teórico que rege o presente trabalho consiste na inadmissibilidade de provas ilícitas no processo, especialmente pleiteando o direito já garantido constitucionalmente de a defesa rastrear as fontes da prova, além de revelar a necessidade de todas as partes do processo prezarem pelo controle epistêmico da prova, de tal modo que a cadeia de custódia da prova esteja íntegra e, a partir de tal higidez, possa garantir à prova caráter lícito; caso contrário, a ilicitude da prova seria inegável.

Inicialmente, o trabalho terá caráter de problematização e de conceito, interligando o conceito da prova à sua função no devido processo constitucional.



No seguinte abrange temas que convergem numa só direção: a necessidade de se desentranhar da cultura e da mentalidade de toda a comunidade como um todo, especialmente os operadores do direito, a inquisitorialidade. Por isso, se cuidará de demonstrar os traços inquisitoriais do código de processo penal de 1941, passando a observar um viés que busca desmistificar o processo como meio de condenação, considerando-o na verdade como o meio hábil à realização da democracia, vislumbrando, ainda, a nova formatação da atividade probatória.

Por fim, demonstrará como ainda são perigosas e tendenciosas as práticas inquisitoriais no processo penal, apresentando uma solução a tal cultura, pelo menos no que tange ao instituto da prova, denunciando as ofensas que sofrem os princípios constitucionais, especialmente os da inocência ou não culpabilidade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da paridade de armas.

Assim, o objetivo precípuo do presente estudo consistirá na demonstração da atividade epistemológica aplicada ao trajeto probatório no processo penal, demonstrando como a cadeia de custódia sustenta o valor das provas e como as mesmas são improcedentes quando não respeitada a cadeia de custódia.

2. DA PROVA PENAL

A atual conjuntura do processo penal, ou do que se pretende dele a partir da promulgação da Constituição de 1988, valoriza demarcadamente o instituto da prova penal, diante dos princípios da inocência e do juiz imparcial. Ambos princípios exigem a atividade probatória como meio assecuratório de uma decisão correta e coerente.

A finalidade da prova consiste na busca pela reconstrução dos fatos, de modo que a decisão judicial seja coerente com a verdade processual que se constrói mediante a atividade probatória.

Com isso, a atividade probatória assume duas vertentes: a primeira consiste na própria realização da coincidência entre os fatos ocorridos e o processo; a segunda vertente, por sua vez, condiciona às provas tanto as acusações quanto à fundamentação da decisão. Ou seja, o instituto da prova tem grande valor e trata-se, não menos, de um grande legitimador de todo o processo.

Esse trabalho recognitivo das provas é um trabalho de reconstrução de um fato passado, para aferir o que for possível, sabendo-se que reconstruir um fato exatamente nos moldes em que ele ocorreu é tarefa impossível, fazendo-se presente o devir de Heráclito,

filósofo grego que admirava como a realidade a todo instante se modifica e como é impossível que algo seja inteiramente e exatamente igual ao que era antes.

Desse modo, nos ensinamentos de Aury Lopes Jr., este salienta que:

O processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico. Como ritual, está destinado instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato. Nesse contexto, as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime). (LOPES JR., 2013, p. 535).

Ao ter participação decisiva na reconstrução de um possível fato delituoso, a prova adquire a importante função de fundamentar a decisão do magistrado que, no processo penal, absolverá o acusado ou o condenará. O presente estudo não terá por objeto temas como medida de segurança ou absolvição imprópria, que aqui não terão grande relevância em relação ao assunto principal.

Enfim, a decisão do magistrado precisa se apresentar num caráter sempre lógico e não discricionário, principalmente em relação à condenação do acusado que, na maioria das vezes, consiste na supressão do direito fundamental de liberdade do réu. Assim, a atividade coerente do juiz será necessariamente realizada a partir da atividade probatória. Aury Lopes Jr. assim pondera:

Em suma, o processo penal tem uma finalidade retrospectiva, em que, através das provas, pretende-se criar condições para a atividade cognitiva do juiz acerca de um fato passado, sendo que o saber decorrente do conhecimento desse fato legitimará o poder contido na sentença. (LOPES JR., 2013, p. 538).

Em relação à convicção do juiz (a sua imparcialidade será tema enfrentada adiante), o clássico teórico italiano Malatesta demonstra as faces objetiva e subjetiva da prova, num cenário em que estas causam tamanho impacto ao processo:

A prova, dissemos nós, é, em conclusão, a relação particular e concreta entre o convencimento e a verdade. Ora visto que a natureza de toda a relação é determinada pela natureza de seu termos, é por isso na consideração dos dois termos daquela relação, que se chama prova, é na consideração da verdade objetiva e da convicção subjetiva, que nós encontramos os princípios supremos da prova em geral. (MALATESTA, 1927, p.89).

Desse modo, o destaque dado pelo citado autor ao instituto da prova em íntima relação com a necessidade de um julgador imparcial, caso em que sua subjetividade estará limitada pela atividade probatória e não meramente por um trabalho indutivo do juiz. A prova, então, tem a finalidade de “fixação dos fatos no processo” (CARNELUTTI, 1982). Daí

porque a palavra convicção não combina com o instituto da prova em processo democrático, em que o juiz não detém protagonismo, sendo mais um sujeito do processo.

2.1. Indícios X Provas

Pertinente se faz a diferenciação entre o que é indício e o que é prova, palavras utilizadas erroneamente em alguns casos como sinônimas, o que não são.

Destaca-se, inicialmente, que o artigo 239 do Código de Processo Penal dispõe que “considera-se indício a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. (BRASIL, 1941).

Muitas vezes, o fato típico que constitui crime deixa vestígios, principalmente na “cena do crime”. Um projétil, por exemplo, diante de um crime de homicídio constitui uma ferramenta importante para desfecho da situação. Mas nessa situação, não é o referido indício a própria prova, não constitui ele meio de prova.

Assim, a prova tem um caráter muito mais valorado, obtendo valor probatório que os indícios não detêm. Portanto, conforme o que se exemplificou no parágrafo antecedente, o indício é um caminho que pode levar até à prova, mas não possui o valor desta, que é produzida sobre o âmbito do contraditório e da ampla defesa.

Acerca deste estado de maior complexidade da prova penal e sua relação com o indício, Waldir Miguel dos Santos Júnior:

Nesse sentido, a distinção entre indício e prova é fundamental em um Estado de Direito que quer ser democrático: o primeiro deve estar delimitado pelo outro, isso não quer dizer que são excludentes, muito pelo contrário, significa que não são estanques. (SANTOS JR., 2016, p. 92).

Aury Lopes Júnior (2013) ressalta que não se devem confundir os dois institutos (prova e indício), e que o indício não é prova, ainda que esteja no Título VII do Código de Processo Penal. Seguindo, pois, o princípio da presunção da inocência, que mais adiante receberá maior destaque, ninguém poderá ser condenado a partir dos indícios, justamente por este não possuir a força probante das provas.

Como exemplo da utilização dos indícios, tem-se o disposto no artigo 312 do CPP, em relação à prisão preventiva:



Art. 312 A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (BRASIL, 1941). **(Grifo nosso)**.

A decretação da medida cautelar é uma possibilidade que se vislumbra justamente para fins de que o processo prossiga sem ser danificado, numa fase em que ainda não há prova suficiente que embase uma condenação. Nesse raciocínio, os indícios suficientes de autoria seriam basilares à possibilidade da preventiva, por exemplo; noutro ponto, diante dos princípios constitucionais, os indícios não possuem legitimidade que lhes permitam fundamentar uma condenação. Firmemente, Aury Lopes Jr. afirma:

Por fim, se os indícios de autoria justificam uma prisão cautelar (na visão do senso comum teórico, com a qual não concordamos) ou um sequestro de bens, pois a cognição é sumária e limitada ao *fumus commissi delicti*, jamais legitimam uma sentença penal condenatória. (LOPES JR., 2013, pp.707-708).

Como a confiabilidade dos indícios é bem menor do que a confiabilidade das provas, aqueles não podem substituir a necessidade destas numa condenação, sob o crivo de que, a partir de sua função, os indícios “limitam ou filtram o conteúdo da acusação.” (SANTOS JÚNIOR, 2016, p. 92).

3. PROCESSO CONSTITUCIONAL: O NOVO CONCEITO DA PROVA PENAL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO

Destaca-se que, dentre os princípios e garantias fundamentais previstos no artigo 5º da Carta Magna promulgada em 1988, estão presentes o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório e, especialmente, a inadmissibilidade da obtenção de provas por meios ilícitos, que, além de serem direitos e deveres dos indivíduos, limitam também o poder de atuação do Estado, como forma de garantir que o processo assegure o princípio da dignidade da pessoa humana.

O processo constitucional, qualquer deve pautar-se pelo interesse público, mas é importante frisar que este interesse não permite a supressão dos direitos individuais. Além disso, o poder que o Estado possui não pode se apresentar autoritário e arbitrário, é preciso que esse poder seja democraticamente exercido, passando por um recorte constitucional. Na obra *Processo Penal Constitucional e Estado Democrático de Direito*, Ronaldo Brêtas coloca:



Em razão disso, a manifestação do poder do Estado, exercido em nome do povo, que se projeta no pronunciamento jurisdicional (e, também, no pronunciamento legislativo) tem de ser realizada sob rigorosa disciplina constitucional principiológica, qualificada como devido processo constitucional. (DIAS, 2012, p. 35).

Desse modo, o processo, em especial o penal, necessita expressar-se democrático, partindo do plano constitucional, em restrita observância de direitos e garantias fundamentais; destarte, a dialética processual e a participação, características do devido processo constitucional, são formadoras do modelo acusatório de processo penal, contrário ao modelo inquisitório, marcado pela horizontalidade e hierarquização do Estado sobre o cidadão (DAMASKA, 2000), tratado como mero objeto de direito.

3.1. O Código De Processo Penal de 1941

O processo penal brasileiro sofreu profundas modificações com a promulgação da Constituição da República de 1988, mas a origem do Código de Processo Penal está na ditadura de Vargas e foi criado por decreto-lei em 1941, um ano após o decreto que instituiu o Código Penal. O surgimento do CPP, nas lições de Eugênio Pacelli: “Inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, o CPP brasileiro foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem.” (OLIVEIRA, 2011, p.5).

O modelo inquisitório demonstra como o processo penal é um reflexo do momento histórico vivido na sua criação; nasce daí a necessidade de se compreender o processo penal sob o prisma constitucional, pois este novo viés tem o caráter democrático.

Não havia que se falar, portanto, em princípios e, muito menos, na força destes como fonte do direito processual penal; assim, dignidade da pessoa humana, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa não faziam parte do objetivo do processo: a condenação e a supressão de direitos autoritariamente, representando a força do Estado sobre as pessoas e não a soberania popular. Sobre aquele momento, Pacelli relata:

Voltando ao passado, o princípio fundamental que norteava o CPP, então, era o da presunção de culpabilidade. Manzini, penalista italiano que ainda goza de grande prestígio entre nós, ria-se daqueles que pregavam a presunção de inocência, apontando uma suposta inconsistência lógica no raciocínio, pois, dizia ele, como justificar a existência de uma ação penal contra quem seria presumivelmente inocente? (OLIVEIRA, 2011, p.6).



É de grande relevância destacar que no processo inquisitorial, homiziava-se o autoritarismo pelo “bem geral”, pela “paz social”, discurso ainda presente na atualidade. Geraldo Prado denuncia acertadamente este disfarce: “O autoritarismo, todavia, expressava-se pela superioridade do coletivo sobre o individual, mas o coletivo não equivalia à sociedade civil e sim ao Estado.” (PRADO, 2014, p. 25).

Além do dogma da verdade real que será trabalhada no item 3.2, o processo penal desde 1941 estava marcado por diversas facetas contrárias a um modelo processual que em seu cerne garantisse a liberdade individual; em vez disso, o processo se pautava no interesse público que não era do povo, mas sim, de um Estado autoritário.

Portanto, é preciso romper com a cultura inquisitorial, partindo do fortalecimento das bases constitucionais do processo, reconhecendo-as como bases de todo o ordenamento jurídico.

3.2. A verdade real e a necessária limitação à atividade probatória

É conhecido que o sistema processual inquisitorial fora marcado por diversas atrocidades processuais, entre elas a busca pela verdade (reprodução histórica do ocorrido), que tinha como resultado catastrófico o decisionismo e a parcialidade do magistrado, de modo que o Estado se via desimpedido de fazer o que fosse “preciso” para conseguir “descobrir a verdade”.

Como o Código de Processo Penal brasileiro é de 1941, as provas e os meios de prova não estavam bem delimitados e definidos na legislação, tendo em vista que era inquisitorial o processo. Ora, se o objetivo do sistema inquisitório pauta-se na maquiavélica ideia de que os fins (verdade real) justificam os meios (construir provas a todo custo), era prescindível a regulamentação e a limitação da atividade probatória. Acertadamente, pondera Geraldo Prado:

A simplicidade das normas de regência do Código de Processo Penal (CPP) de 1941, sobre o assunto, levava em conta a ideia-força de que os fins justificavam os meios. E a presunção de que o processo seria capaz de se constituir em instrumento de acesso à verdade demitia a lei da tarefa de regular as atividades probatórias e definir o papel das partes na formação da convicção judicial. (PRADO, 2014, p.21).

Há uma grande necessidade de que seja limitada a atividade probatória, superando o interesse da punição como objetivo do processo e definindo sua principal e primordial função

o respeito à Carta Magna e os direitos nela previstos; somente assim, o processo deixará de tratar o acusado como objeto (sistema inquisitório) e o colocará como sujeito de direito, que de fato é (sistema acusatório).

Ademais, a verdade deve pautar por aquilo que o processo for licitamente testado, de modo que o resultado seja a verdade processual. A transição da verdade real para a verdade processual consiste também em mais um marco da transição inquisitorial antidemocrática para o sistema acusatório constitucional.

A prova, neste momento, adquire nova configuração e sua limitação se dá mediante a necessidade da adequação das práticas probatórias ao processo constitucional e ao Estado Democrático de Direito. Prado assim assevera:

Enquanto o passado inquisitorial brasileiro fundava o processo na busca da verdade real, como chave para a admissão de quaisquer práticas probatórias capazes de sustentar o convencimento do juiz acerca da culpabilidade do suspeito e/ou acusado, e, portanto, a temática da prova estava despida de maior complexidade, a domesticação do poder punitivo pelo Estado de direito reconheceu o caráter sensível e sofisticado da atividade probatória. (PRADO, 2014, p.21).

Portanto, a limitação à atividade probatória consiste num importante marco de transição entre a inquisição e os ideais iluministas.

3.3. O Processo Penal Constitucional e o novo conceito de prova

A transição política vivida no país ao fim da década de 1980 proporcionou também a transição do sistema processual penal brasileiro, que tenta se desvencilhar das amarras inquisitórias para assumir a feição acusatória. Nessa nova formação (de processo constitucional), o objetivo do processo, em especial do penal, passa a ser, primariamente, a preservação dos princípios assegurados na Constituição.

Flaviane de Magalhães Barros e Felipe Amorim Machado identificam, com bastante acerto, essa necessidade supracitada de ser processo um dos reflexos da Constituição da República: “Assim, o que sustenta a noção de processo como garantia são os princípios constitucionais do processo definidos no texto constitucional.” (BARROS; MACHADO, 2011, p.17).

Mas é importante ressaltar que o processo ainda está marcado por traços inquisitoriais e que as mudanças ocorridas não foram imediatas a partir da Constituição, mas graças a ela e dela derivaram-se as mudanças, em especial quanto ao acusado, preservado pelos princípios constitucionais.

Dizer que o processo penal parte da configuração constitucional, significa inclinar-se à afirmação de que nele haverá um juiz imparcial; além disso, com essa configuração, o acusado no processo deixa de ser objeto de direito e passa a ter status de sujeito de direito, situação que assegura os princípios da presunção de inocência ou não culpabilidade e da dignidade da pessoa humana, de modo que não podem ser deixados de lado no processo, como alerta Waldir Miguel dos Santos Júnior:

Negligenciar o princípio da presunção de inocência significa negligenciar o próprio processo penal como um todo, pois dele decorre: ônus probatório a cargo da acusação; do direito ao silêncio do investigado ou acusado; enfim, de todo um esforço de construção de um processo penal democrático e a efetivação de direitos fundamentais estão estruturados em cima dele, se ele ruir, tudo vem abaixo. (SANTOS JÚNIOR, 2016, p. 62).

Com esse novo formato (sendo o juiz imparcial e o acusado sujeito de direitos sob o manto da presunção de inocência), outro princípio estará em destaque, qual seja, o da separação das funções no processo; será necessário que a acusação prove as suas alegações, buscando levar ao julgador provas do alegado.

Portanto, o processo penal constitucional tem em sua essência a garantia dos direitos fundamentais, de modo que seja, assim como deve ser todo o ordenamento jurídico, uma expressão do Estado de Direito. Neste viés, é importante demonstrar como a prova se insere na formatação do processo desde o rompimento com o regime ditatorial e promulgação da Constituição em 1988.

3.3.1 A função da prova e a vedação das provas ilícitas

O instituto da prova adquire ainda mais importância quando o princípio da presunção de inocência deposita o ônus probatório à acusação, que deverá demonstrar a veracidade dos fatos alegados, a fim de buscar o convencimento do magistrado. Assim, a prova que se pretende produzir no processo também deverá observar as garantias constitucionais. Como destaca Pacelli (2011), ao órgão acusador caberá provar a existência do crime e também a autoria deste delito.

Com as alterações dadas ao CPP em 2008, através da Lei 11.690, deu-se uma atenção especial ao instituto da prova, sua qualidade e inserção no processo, sem a contaminação inquisitorial ou inconstitucional deste. Faz Geraldo Prado uma análise dos artigos 155 à 159 do Código de Processo Penal, de acordo com a “minirreforma” ocorrida. Assim, o referido autor apura:

Da exigência de que elementos informativos não se confundam com provas (art. 155) à previsão de assistente técnico, relativamente às perícias (art. 159), o que se observa é que o ingresso do contraditório no cenário da produção da prova e os efeitos provocados quanto à avaliação denotam o duplo esforço: pela melhor prova possível, como meta para a acusação suplantar a presunção de inocência; por um trajeto normativo indispensável para a aquisição desta prova, sua introdução no processo e, ao final, sua avaliação pelo juiz, como condições de validade das atividades probatórias (art. 157). (PRADO, 2014, pp. 38-39).

A prova penal, portanto, é de suma importância para o processo, sendo ela a construção da verdade processual e da decisão ao final do processo proferida, a partir de sua apreciação. Não obstante, a Constituição da República, no inciso LVI do artigo 5º, prevê que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 1988); sendo tal vedação fora inserida no Código de Processo Penal em 2008, a partir da Lei 11.690.

A vedação supracitada, constante da Constituição da República de 1988, ratificada e introduzida no Código de Processo Penal em 2008 tem, claramente, o culhão de limitar o poder estatal frente a uma relação desproporcional de Estado e indivíduo, que precisa estar de algum modo amparado, não só por causa sua, mas também em prol de um Estado de Direito que pretenda ser Democrático.

Se para a condenação fosse possível a produção de provas ilícitas, os fins justificariam os meios e essa máxima não prevalece em um devido processo constitucional, isto é, se não houvesse limitação quanto à atuação probatória, o caminho traçado retrocederia ao sistema inquisitório de processo que em nada condiz com os princípios constitucionais e com o Estado Democrático de Direito.

3.4. As medidas propostas pelo MPF como retrocesso à inquisitorialidade

Como demonstrado, ficou bem evidenciada a dissonância entre o CPP de 1941 e o viés constitucional de processo a partir da Constituição de 1988. Os princípios constitucionais assegurados, em especial a presunção de inocência, o contraditório e a ampla defesa, bem como a vedação das provas ilícitas são princípios basilares e que têm como razão imediata de existência o rompimento com o modelo anterior de processo, visto que o modelo inquisitório ignorava quaisquer barreiras a fim de perseguir a condenação.

Noutro ponto, o cenário atual vivido na política brasileira está marcado por diversos episódios que maculam e causam descrédito imenso por parte da população em geral. Esse descrédito culmina em grandes anseios e revolta por parte da sociedade.

No entanto, a resposta a esses anseios, ou melhor, a resposta jurídica a esse cenário político atual deve estar pautada na Constituição da República de 1988 e práticas processuais condizentes com o modelo acusatório e de processo, e ainda, condizentes com a própria busca pelo Estado de Direito que quer ser Democrático.

Mas a resposta jurídica dada pelo Ministério Público Federal não foi convincente para o Estado Democrático de Direito; muito pelo contrário, o MPF propôs dez medidas contra a corrupção, que atentaram muito mais contra a própria Constituição do que contra a corrupção, representando um retrocesso ao sistema inquisitório.

Com tais medidas, recorda-se a máxima maquiavélica de que os fins justificam os meios e, ademais, remota àquela ideia de que o processo seria o coletivo frente o individual, mas o coletivo, como já dito nesse capítulo, era o Estado, frente a um indivíduo tido como objeto do processo e não sujeito de direito.

Ressalta-se que o tema fulcral deste estudo não é a proposta feita pelo MPF, mas não é possível ignorar tais medidas após um relato histórico do que foi, do que é e do que pretende ser (constitucional-democrático) o processo penal.

Cabe destacar algumas das referidas medidas, aceitas como legítimas à quem promove a ideia de que os meios são justificados pelos fins, e tidas como atentatórias à quem reconhece a dificuldade para a conquista de garantias fundamentais.

Inicialmente, o Anteprojeto de Lei 2, no artigo 3º (Medida 1), dispõe:

Art. 3º Os testes de integridade consistirão na simulação de situações sem o conhecimento do agente público, com o objetivo de testar sua conduta moral e predisposição para cometer ilícitos contra a Administração Pública. (MPF, 2015).

Ou seja, desrespeitando-se o princípio da dignidade da pessoa humana, a presunção de inocência ou não culpabilidade e ainda desrespeitando a honra subjetiva do indivíduo, o artigo supracitado prevê a possibilidade de se forjar um flagrante, de modo que um “crime” ganha existência antes mesmo da ação do agente administrativo, visto que a iniciativa para configuração do delito não parte deste.

Aceitar o flagrante forjado significa relativizar e flexibilizar o inciso LVI do artigo 5º da Carta Magna, aceitando-se que se entranhe prova ilícita ao processo; além do flagrante forjado, vale ressaltar que a medida 7 proposta veio a propor dez hipóteses ao artigo 157 do Código de Processo Penal, que permitem a prova ilícita no processo penal.

Adiante, a medida 4 tem como fundamento a celeridade processual e como objetivo a celeridade, visando a barreira aos recursos que sejam meramente protelatórios, segundo a

proposta do MPF. Entretanto, configura-se a medida como um retrocesso ao sistema inquisitório, como se o processo penal não fosse para o réu, no sentido de considerá-lo sujeito de direito, mas sim como se a satisfação processual é a condenação, o alcance da pretensão punitiva.

O anteprojeto 7 propõe em seu artigo primeiro:

Art. 1º Acresça-se o art.580-A ao Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, nos seguintes termos: “Art. 580-A. Verificando o tribunal, de ofício ou a requerimento da parte, que o recurso é manifestamente protelatório ou abusivo o direito de recorrer, determinará que seja certificado o trânsito em julgado da decisão recorrida e o imediato retorno dos autos à origem.” (MPF, 2015).

O problema que se verifica na proposta do artigo primeiro do Anteprojeto 7 (Medida 4) é a linha tênue que separa protelação de ampla defesa, e o “sujeito de direito” estará numa corda bamba, devendo cair para o lado em que o Tribunal decidir. Muito acertada é a crítica que faz Aury Lopes Jr., no artigo denominado “Mudanças no Sistema Recursal: só esqueceram de combinar com a Constituição...”:

É evidente que isso desloca para o julgador o poder de vida e de morte do direito de defesa a partir dos seus referenciais, do seu “livre convencimento”, com todos os riscos e perigos que encerram o decisionismo e o “decido conforme a minha consciência”. (LOPES JR., 2015).

Ainda para que a Medida 4 tenha seus objetivos alcançados, o Anteprojeto 9 prevê multa para quem propor embargos declaratórios e estes forem considerados meramente protelatórios pelo Tribunal. Ademais, um novo recurso, dependerá de depósito de 10 (dez) vezes o valor da multa.

Essas são algumas das dez medidas corrupção, que não encontra nenhum respaldo na Constituição da República de 1988.

Se o acusado está situado no marco do Estado Democrático de Direito, em processo penal acusatório, conclui-se que ele será presumidamente inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ainda, tal sentença depende da atividade das provas (estas, sob o manto constitucional e sob o crivo do controle epistêmico).

Como, portanto, o acusado devolverá a quantia desviada se ele nem mesmo foi condenado pelo desvio dessa quantia? Aqui se verifica o quão drástica é a busca pela verdade real, sobrepondo princípios norteadores de todo o ordenamento, como é o caso da presunção de inocência ou não culpabilidade.

Ou seja, o que está exposto é que, antes mesmo de formada a culpa, poderá ser decretada a preventiva, e o motivo é social e “coletivo” (vide 3.1): a luta contra a corrupção.

O professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho adverte:

Assim, ninguém é a favor ou pode ser a favor da corrupção; mas ninguém está autorizado a passar por cima da Constituição da República e demais leis e, antes, pelos seus fundamentos, seja lá por que for; e em nome de quem for, por mais nobre que possa parecer o motivo e ainda que seja ele o combate à corrupção. (COUTINHO, 2015).

Neste cenário, as inquisitórias propostas feitas pelo MPF consistem em tratar o agente administrativo como objeto do Estado, o que a Constituição de 88 buscou romper.

4. A INDISPENSABILIDADE DO CONTROLE EPISTÊMICO DA PROVA PENAL

Buscar a verdade no processo é a atividade primordial das provas, que, justamente por isso, detêm um lugar de destaque no processo. Mas, além da licitude e legitimidade das provas, estas ainda precisam estar sob o manto do controle epistêmico, como será abordado.

Inicialmente, é preciso a compreensão sobre a epistemologia e como esta influi para o conhecimento, deixando este de ser algo posto (contemplativo) para se tornar a superação do pré-conceito e do senso comum (operativo).

O vocábulo epistemologia tem origem grega e significa teoria do conhecimento (episteme = conhecimento/ciência; logos= discurso). Neste sentido, entender a epistemologia como uma teoria que tem como ponto de partida uma análise histórica, do presente para o passado, de modo que este trabalho regressivo leve ao conhecimento.

Exponente deste pensamento é o filósofo e historiador Gaston Bachelard. Referido autor é marcado pela oposição ao positivismo de Auguste Comte e por refutar que um conhecimento seja determinado sem o devido estudo histórico do mesmo.

Ou seja, o trabalho epistemológico consistirá não no descrédito do que é aparentemente a “verdade”, mas sim no trabalho recognitivo, no sentido de buscar as fontes e a trajetória histórica que culminou na concepção de referido conhecimento, que poderá, a partir daí, ser dito verdadeiro ou não.

Assim, romper com o aparente, com o senso comum é o primeiro passo para se chegar à legitimação do conhecimento que é colocado. Por isso, Gaston Bachelard propõe uma filosofia epistêmica porque entende que o positivismo, por si só, não pode justificar um conhecimento. Nos ensinamentos de Bachelard:

Tudo aquilo que se nos depara na história do pensamento científico está bem longe de servir efetivamente a evolução desse pensamento. Certos conhecimentos, mesmo sendo justos, fazem cessar demasiado cedo pesquisas úteis. O epistemólogo tem, assim, de fazer uma triagem dos documentos recolhidos pelo historiador. Deve julgá-los do ponto de vista da razão, e mesmo do ponto de vista da razão evoluída, porque só nos nossos dias é que podemos julgar plenamente os erros do passado espiritual. (BACHELARD, 2006, p. 167).

Não se trata de um trabalho empírico ou histórico isoladamente, há de se obter a partir do trabalho cognitivo ou recognitivo uma conclusão raciocinada, mediante uma análise crítica racional, pois “somente só a razão dinamiza a pesquisa, pois só ela sugere, para além da experiência comum (imediate e especiosa) a experiência científica (indireta e fecunda).” (BACHELARD, 2006, p. 167).

Interrogar, pois, a justificação do resultado de uma experiência científica é o que deve nutrir a relação conhecimento-verdade. A ciência é intervencionista e, por esse motivo, não deve caminhar para a certeza totalitária.

É preciso a quebra dos já mencionados objetos de percepção comum, em outras palavras, o conhecimento imediato não pode ser tomado, precipitadamente, como verdade, munido de um absolutismo abstrato; deve o conhecimento ser concebido mediante um trabalho de questionamentos e análises históricas capazes de justificar esse conhecimento.

Portanto, para se validar uma ciência, um conhecimento, é imprescindível o trabalho histórico de modo regressivo, ou seja, partindo do presente para o passado. Assim é o trabalho epistêmico do controle da prova penal.

E a epistemologia, no âmbito da prova penal é exatamente um exercício rastreador do percurso da prova, desde a colheita dos elementos informativos até a instrução probatória no processo penal.

4.1. A cadeia de custódia como sustentáculo do necessário filtro constitucional

O eixo compreensivo da cadeia custódia consiste na imprescindibilidade do controle epistêmico da prova penal. Em se compreender a necessidade da conduta filosófica de se conceber o conhecimento a partir do estudo histórico deste. No contexto processual penal, a instrução probatória deve estar guardada sob o manto desse estudo histórico e de controle epistêmico, sendo imprescindível rastrear as fontes das provas.

Ora, diante das mudanças legislativas do processo penal desde a Constituição promulgada em 1988, é ainda imprescindível uma mudança na filosofia da concepção do processo como processo constitucional. Como já dito no capítulo anterior, é preciso que a

cultura inquisitorial seja desenraizada, dando lugar à concepção de processo como garantia de direitos, e não como execução da repressão autoritária e decisionista.

Ou seja, a tarefa de legitimar o processo penal enquanto modelo constitucional compatível com o Estado Democrático de Direito vai além da função legislativa, envolve todas as partes do processo, especialmente o magistrado, todos na função precípua de contribuir com a compatibilidade entre o processo e o Estado Democrático de Direito.

Uma das maneiras mais importantes para se chegar a esta legitimidade do processo e romper com a mentalidade inquisitiva é o controle da prova penal, não só limitando a atividade probatória, mas também constituindo um filtro constitucional da prova produzida, desde os meios até sua produção propriamente dita, como sintetiza Geraldo Prado:

Em um processo acusatório este controle vertical dos elementos probatórios, que incide sobre as informações aportadas pelas partes, torna-se indispensável não apenas para assegurar a eficácia do contraditório como também para garantir que o processo, como entidade epistêmica, esteja eticamente fundamentado. (PRADO, 2014, p. 45).

Saber, pois, que a proibição das provas ilícitas será verificada consoante um controle epistêmico pode funcionar como um desestímulo às agências repressivas de utilizar-se de práticas ilegais para obtenção da punição, tomando como exemplo as temerárias medidas propostas pelo MPF.

Sintetizam Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa, acerca da cadeia de custódia da prova:

A cadeia de custódia exige o estabelecimento de um procedimento regrado e formalizado, documentando toda a cronologia existencial daquela prova, para permitir a posterior validação em juízo e exercício do controle epistêmico. (LOPES JR.; ROSA, 2015).

Esse cuidado com a prova consiste no trabalho epistêmico de averiguação de toda a cronologia, a partir do registro do trajeto das evidências, seu manuseio, objetivando a inviolabilidade da prova, observando-se os princípios da “mesmidade” e da “desconfiança”.

À primeira leitura, pode-se inferir que a problemática que envolve a necessidade do controle epistêmico seja a subjetividade do agente estatal; entretanto, evitar a quebra da cadeia de custódia vai muito além desse aspecto subjetivo: trata-se de critérios pautados pela objetividade, ou seja, é uma custódia da prova e não uma fiscalização de quem a manuseia ou transporta.

Segundo Geraldo Prado: “No caso de quebra da cadeia de custódia não se cogita de perquirir sobre a boa ou má-fé dos agentes policiais que manusearam o produto da atividade de investigação dos meios de prova.” (PRADO, 2014, p. 83).

Assim, pelo princípio da “mesmidade”, depreende-se que a prova deverá ser a mesma que foi colhida. Quando não se obedece ao filtro constitucional ou quando se fragmenta a prova colhida (item 4.4), não há obediência ao referido princípio. Desse modo, não há alternativa a não ser o desentranhamento da prova do processo.

Esse desentranhamento é o resultado da ilicitude probatória, conforme o já citado inciso LVI, do artigo 5º da Constituição Federal. Ora, de fato não existe um dispositivo legal específico acerca da cadeia de custódia da prova, entretanto, a partir da “minirreforma” do processo penal ocorrida em 2008, o processo sofreu uma remodelagem que culminou na tripartição do processo, nas fases de: investigação criminal, admissibilidade da acusação e instrução probatória.

Apesar de o processo penal ainda estar longe do que se espera de um devido processo constitucional, a atual estrutura procedimental do processo penal permite ao magistrado, assim que deflagrada a inicial acusatória, decidir pela admissibilidade ou inadmissibilidade da denúncia, qualquer que seja o procedimento.

Essa fase de admissibilidade ou rejeição da inicial acusatória tem grande relevância para o sistema acusatório de processo, reconhecendo, pois, o princípio da presunção de inocência, como bem relata Geraldo Prado:

A concepção de uma etapa intermediária deriva, diretamente, da noção de um processo penal acusatório orientado pela presunção de inocência, cuja superação requisita atividades pautadas pelo respeito à dignidade da pessoa. (PRADO, 2014, p. 46).

O exercício do controle epistêmico deverá ser realizado, desde à investigação, quando o juiz das garantias, tendo seu primeiro contato com elementos indiciários, irá fiscalizá-los, realizando desde logo o controle epistêmico, verificando se a cadeia de custódia está ílesa.

Ou seja, a posteriori, a denúncia feita pelo órgão acusador não goza de absoluta admissibilidade, devendo o magistrado decidir observando os princípios constitucionais-democráticos que circundam o sistema acusatório de processo.

4.2. A fase de investigação, os métodos ocultos e a figura do juiz das garantias

É importante compreender que, ainda que a investigação policial consista em fase pré-processual, são eles que embasam a denúncia e, portanto, dissociá-la totalmente do processo e, conseqüentemente, excluí-los do controle epistêmico é tarefa impossível.

Pois bem, se a fase investigativa guarda relação com o processo e, concluindo que não são estanques aquela e esta, o modelo de processo constitucional deve ser também base para a fase de inquérito.

Por mais que ainda não haja um processo penal formado (que será deflagrado com o oferecimento da denúncia), não pode a fase investigativa destoar da Constituição da República, especialmente por consistir num procedimento administrativo; assim, é impossível falar-se em investigação sem o controle constitucional do referido procedimento. Frisa-se o disposto no art. 5º, inciso LV da Carta Magna: “aos litigantes, *em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;*” (BRASIL, 1988).

Problematizar essa situação vai muito além da análise subjetiva do agente que manuseia ou conduz a produção da prova, como já ficou demonstrado; em verdade, a problematização é objetiva: na atual estrutura vivida, em que, infelizmente, tem-se vulgarizado a utilização dos métodos ocultos de investigação, é obrigação das partes e do juiz prezarem pela preservação da cadeia de custódia da prova.

4.2.1 A investigação no sistema brasileiro

A fase de investigação preliminar consiste basicamente em uma preparação para o processo penal e goza de grande importância, como bem aponta Aury Lopes Júnior:

[...] a fase pré-processual (inquérito, sumário, diligências prévias, investigação etc.) é absolutamente imprescindível, pois um processo penal sem a investigação preliminar é um processo irracional, uma figura inconcebível segundo a razão e os postulados básicos do processo penal constitucional. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 254).

Assiste razão a ideia do referido autor supracitado, uma vez que o percurso traçado deverá respeitar cronologicamente um estudo prévio de investigação pela polícia judiciária, para depois da colheita e reunião de elementos necessários acerca de um determinado fato, o processo possa ser deflagrado.



Como fornecedor de elementos que possam levar o órgão acusador a de fato propor a ação penal, o inquérito policial deve se situar no importante trabalho de proteção ao princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, como bem aduz Waldir Miguel dos Santos Júnior:

Na investigação não cabe nenhuma presunção de culpa, nenhum juízo de valor antecipado, simplesmente porque a investigação prepara tão somente a hipótese acusatória, delimitando o seu conteúdo e impedindo acusações levianas. (SANTOS JÚNIOR, 2016, p.74).

Ainda como lembra o autor supracitado (2016), a fase investigatória consiste/deve consistir em preparação para o processo penal e não em antecipação de uma sentença condenatória.

Entretanto, o inquérito policial passa por crise denunciada não só pela defesa, que apela pelo contraditório e outras garantias, mas também pelo órgão acusador que cobra maior celeridade para conclusão da investigação e do julgador, que além da celeridade, reclama também a confiabilidade dos elementos.

O controle epistêmico apresenta uma maneira de a investigação dar ao processo maior confiabilidade, especialmente pela cadeia de custódia da prova, ou seja, pelo zelo com relação aos elementos informativos colhidos.

Acertadamente, Aury Lopes Jr. afirma a necessidade da investigação, assim sintetizando: “Se a impunidade causa uma grave intranquilidade social, mais grave é o mal causado por processar irresponsavelmente um inocente.” (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 262).

Por fim, é importante diferenciar os atos de prova dos atos de investigação, sendo que os primeiros integram o processo, servindo à sentença e, portanto, à convicção do julgador, enquanto os segundos formam um juízo de probabilidade apenas, para que embase a deflagração da ação penal pelo acusador.

4.2.2 Os métodos ocultos de investigação

A utilização dos métodos ocultos de informação – tais como interceptação telefônica, escutas domiciliares e infiltrações – é sim cabível e necessária, observando-se sempre a necessidade que o caso concreto exprimir. No entanto, facilitar a violação de direitos em casos que outros meios de prova mais brandos poderiam ser empregados acaba por converter esses métodos de caráter excepcional em métodos de atuação preliminar.



Essa banalização e preferência pelos métodos ocultos de investigação em vez de métodos menos invasivos e danosos aos direitos e garantias fundamentais acabam por confundir os sentidos, porque muitas vezes não são estabelecidas diferenças entre os meios de prova e os meios de investigação.

Cria-se a ideia de verdade (já criticada no capítulo anterior), remontando-se à cultura de processo penal como busca da verdade real, o que é denunciado por Geraldo Prado:

Esse raciocínio resulta do fato de que, no campo dos métodos ocultos de investigação, as inovações tecnológicas introduzidas parecerem capazes de realizar os objetivos perseguidos pela filosofia da consciência: assegurar o acesso à realidade como objeto autônomo de conhecimento, totalmente desvinculado do sujeito. Algo como ter acesso “à verdade como ela é”, “à verdade real” ou ao “fato puro”. (PRADO, 2014, p.69).

A confiabilidade do material colhido a partir de métodos ocultos de investigação não pode ser garantida senão mediante o controle epistêmico da cadeia de custódia desse material, como bem destaca Geraldo Prado:

A indispensabilidade de um eficiente sistema de controles epistêmicos goza de especial importância nos dias atuais, porque vulgarizou-se o apelo, no âmbito da investigação, aos métodos ocultos de pesquisa (interceptação das comunicações e afastamento de sigilos) e de um modo geral a totalidade dos elementos informativos que subsidiam acusações encontra-se alicerçada em elementos obtidos dessa maneira. (PRADO, 2014, p. 43)

Por isso, há a necessidade de um controle específico na investigação, de modo que seja garantida a própria legitimidade do inquérito. Dada importância da investigação preliminar e em virtude da necessidade de se adequar todo o sistema criminal brasileiro aos moldes constitucionais, uma nova figura aparenta ser uma interessante saída para esse problema.

4.2.3 A figura do juiz das garantias

Uma hipótese de controle da cadeia de custódia da prova penal advém do anteprojeto de lei do novo Código de Processo Penal de 2009, hoje Projeto de Lei 8045/2010 proposto pelo Senado, que prevê, dentre outras mudanças, a criação da figura do juiz das garantias, que atuará na fase de investigação com o fim de preservar as garantias que tem o indivíduo investigado e buscando garantir a adequação da investigação ao modelo constitucional de processo.

Como já destacado, o arranjo do sistema criminal brasileiro, sob a ótica da Constituição de 1988, deve zelar por uma investigação que preze os direitos e garantias fundamentais do investigado.

Claro que poderá ocorrer a relativização de algumas garantias, como liberdade e intimidade, mas a própria necessidade de se relativizar tais direitos deve ser realmente verificada para tanto.

Não se trata, vale ressaltar, de adentrar no mérito da subjetividade do agente estatal e nem é uma hipótese de questionar a capacidade de a autoridade policial conduzir a investigação, entretanto, a figura do juiz das garantias, como explica Waldir Miguel dos Santos Júnior: “sua presença na investigação é o de guardião da legalidade e dos direitos individuais fundamentais do investigado, afastando a lógica inquisitória”. (SANTOS JÚNIOR, 2016, p. 101).

Afastar a lógica inquisitória e adequar a investigação ao sistema acusatório de processo, especialmente a partir da presença do juiz das garantias, significa legitimar a própria investigação criminal, que tem notável lugar no sistema criminal, especialmente no que tange a investigação como base para a propositura da ação penal pelo órgão legitimado.

Não obstante, Geraldo Prado esclarece que “a violência empregada pela polícia tem como alvo os direitos fundamentais das pessoas, razão pela qual o controle dessa força é indispensável” (PRADO, 2014, p. 51).

Ora, se por um lado será indispensável salvaguardar os direitos fundamentais durante a investigação, por outro, os princípios da imparcialidade e do juiz natural estariam a salvo se o juiz que for exercer o controle dessas atividades for uma figura externa ao processo.

A inclusão do juiz das garantias associada a exclusão física das peças do inquérito policial dos autos do processo, seria um bom início de rastreamento da cadeia de custódia da prova, sendo que ainda hoje tais peças são valorizadas na decisão justamente porque o artigo 155 do CPP, apesar de proibir que o juiz decida exclusivamente com base nos elementos informativos, deixa aberta uma janela para que em conjunto com outro elemento (probatório) do processo. Dispõe o referido dispositivo:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, 1941).

Esse perigo de contaminação do julgador e a necessidade de serem diversos juiz da fase de investigação do juiz da fase instrutória podem ser facilmente verificados quando da

teoria da dissonância cognitiva; tal teoria, grosso modo, pode ser entendida quando, havendo uma cognição preexistente aparentemente (uma crença), outra surge em conflito com a primeira, o que gera no sujeito a necessidade de pacificar algo e, muitas das vezes, será comum que o indivíduo desvalorize a segunda informação ou lhe apresente empecilhos que lhe permitem existir, mas sem eficácia.

Ora, se o juiz cria, na fase de investigação, uma premissa e este mesmo juiz se vê diante de outra informação na instrução do processo, haverá o conflito supramencionado, o que coloca em perigo todo o processo, como conclui Aury Lopes Júnior:

[...] os juízes dotados de conhecimentos dos autos (a investigação) não apreenderam e não armazenaram corretamente o conteúdo defensivo presente na instrução, porque eles só apreendiam e armazenavam as informações incriminadoras que confirmavam o que estava na investigação. (LOPES JR., 2014).

Assim, decisões de prisões preventivas e autorizações de métodos ocultos (como quebra de sigilo e interceptações telefônicas), entre outros contatos do juiz com a fase pré-processual irão lhe proporcionar uma crença consciente ou inconscientemente e, durante a fase processual, sua atividade provavelmente estará comprometida.

Nesse viés, é isso que sustenta a necessária exclusão física dos autos do inquérito, ressaltando, por óbvio, provas cautelares ou técnicas irrepetíveis.

Pois bem, é isso que objetiva a criação do juiz das garantias: uma figura imparcial que preserve a investigação e que lhe controle, ao mesmo tempo em que não faça parte do processo, quando deflagrada for a ação penal.

4.3. O direito à defesa de rastrear as fontes da prova

São garantidos pela Carta Magna o contraditório e a ampla defesa, princípios consagrados no artigo 5º, inciso LV da Constituição. Cabe ressaltar, no entanto, que o exercício da ampla defesa vai além da possibilidade de a parte se defender daquilo que lhe é dado conhecimento no processo.

Assim, valendo-se da epistemologia de Gaston Bachelard, como já fora apresentado, o conhecimento não pode ser simplesmente o trabalho receptivo daquilo que lhe é aparente, sendo necessário o esforço racional acerca da concepção do conhecimento.

Logicamente, é direito da defesa o acesso à prova, e esse acesso vai muito além da prova que é utilizada pelo órgão acusador: a colheita, todo o processo de manuseio dos

elementos informativos e, especialmente, as fontes de prova devem ser acessíveis à defesa, como pondera Geraldo Prado:

O conhecimento das fontes de prova pela defesa é fundamental, porque a experiência histórica que procede a expansão da estrutura trifásica de procedimental penal, adequada ao modelo acusatório, contabiliza a supressão de elementos informativos como estratégia das agências de repressão que fundam as suas investigações em práticas ilícitas. (PRADO, 2014, p. 48).

O ônus probatório incumbe a quem alega as acusações, todavia, dizer que o ônus de provar é da acusação não significa dizer que a acusação pode fragmentar os elementos que foram colhidos, levando ao processo apenas o que lhe interessa daquela colheita.

Deveras, os métodos ocultos de investigação que não permitem, inicialmente, o contraditório e a ampla defesa requerem um controle judicial (nesse momento, suspende-se a ideia do juiz das garantias). Esse controle é realizado à distância pelo juiz porque a prova não é produzida em sua presença, o que torna ainda mais preciso que as partes, em especial aquela cujos métodos ocultos incidiram, tenham como se defender, podendo, inclusive apresentar contraprovas e, isso só será possível mediante conhecimento dos elementos e fontes das provas que lhes foram desfavoravelmente produzidas.

Portanto, há de se concluir que o acesso às fontes de prova pela defesa é um importante meio que lhe permite identificar e arguir a existência de provas ilícitas no processo; além disso, quando não há acesso à integralidade dos elementos fica impossibilitado saber se alguma prova aparentemente lícita pode ter sido derivada de outra eivada de ilicitude e, segundo o princípio da desconfiança, referida prova haverá de ser desentranhada, por não haver suporte que lhe dá a segurança de licitude.

É uma espécie de ciclo vicioso: a todo o momento neste estudo, quando se fala da supressão de direitos e a verificação crítica de práticas tendenciosas à prejudicialidade do acusado, há conseqüentemente a percepção de retrocesso à inquisitorialidade.

Diversos são princípios afetados pela supressão do direito de a defesa rastrear as fontes de prova (na íntegra); com o cerceamento de defesa, são afetados os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e, em especial, da vedação das provas ilícitas, pois a forma de obtenção ilícita acarreta a ilicitude da prova produzida e das demais que sejam produzidas por derivação.

5. COSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante todo o exposto, é possível extrair do estudo realizado a necessidade da constante construção do pretendido Estado de Democrático de Direito, senão como mera utopia não servirá ao plano prático das relações sociais.

Se por um lado buscou-se conceituar a prova segundo seu precípua objetivo no processo penal, por outro, demonstrou-se como a inserção da prova no processo carece de um controle específico capaz de fornecer segurança a ela e ao processo.

Esse controle é marcado pela epistemologia, ou seja, por um trabalho incessante em busca de rastrear as fontes e a cadeia de custódia da prova penal, averiguando-se a ocorrência ou não da quebra da cadeia de custódia da prova. Nesse sentido, importante a epistemologia de Gaston Bachelard, pois a crença num conhecimento a partir dos sentidos sensíveis humanos é insuficiente e carece da necessidade de percorrer o caminho que culminou neste conhecimento.

Como ficou evidenciado, falar desse controle da prova no modelo processual penal autoritário não faz sentido, justamente porque o objetivo da prova neste sistema (inquisitório) não é o mesmo que a prova possui no modelo constitucional; no sistema inquisitório, a atividade probatória consistia basicamente na produção da verdade que pudesse embasar a condenação que já era previsível, sobretudo em razão do princípio da culpabilidade, reitor desse sistema processual.

Noutro cenário, qual seja o constitucional, o viés adotado pela atividade probatória é outro, perseguindo não a condenação do acusado, mas sim construindo uma ponte que leve a procedência ou não, de determinada acusação, mediante contraditório, ampla defesa e sob o manto da licitude probatória.

Portanto, dada a limitação da atividade probatória e mudança do cerne de sua função, é preciso, ademais, que a segurança jurídica dessa atividade subsidie a decisão ao fim do processo. Se antes, a prova era meramente um componente de um jogo de cartas marcadas, no cenário defendido neste estudo sua função adquire uma importância tamanha, justamente por ser ônus principal do acusador provar as suas alegações em acordo com as diretrizes democráticas.

Situar o contexto histórico pretérito e presente é um importante mecanismo para compreensão da necessidade do referido controle, porque, se o sistema inquisitorial, marca de uma política autoritária e repressiva, fosse o sistema adotado na atual conjuntura, desnecessária seria a cadeia de custódia da prova.



Ou seja, a partir de um breve relato histórico do processo penal e da verificação da atual estrutura procedimental, o trajeto da prova e seu manuseio requerem um controle capaz de evitar ou detectar a quebra da cadeia de custódia da prova.

REFERÊNCIAS

BACHELARD, Gaston. **A Epistemologia**. Tradução de Fátima Lourenço Godinho e Mário Carmino Oliveira. Lisboa: Editora 70, 2006.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Prisão e Medidas Cautelares: nova reforma do Processo Penal – Lei 12.403/2011**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 7 de dez. 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 4 de out. 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>.

CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **CONSTITUIÇÃO E PROCESSO: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **MPF: As 10 medidas contra a corrupção são só ousadas?** Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo: 2015. Disponível em https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5668-MPF-As-10-medidas-contr-a-corrupcao-sao-so-ousadas; Acesso em 02 abril 2018.

DAMASKA, R. Mirjan. **Las caras de la justicia y el poder del Estado**. Chile: Editorial Chile, 2000.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2 ed.- revista e ampliada - Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury. **Mudanças no Sistema Recursal: só esqueceram de combinar com a Constituição...** Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, 2015. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5674-Mudancas-no-Sistema-Recursal-so-esqueceram-de-combinar-com-a-Constituicao; Acesso em 02 abril 2018.

LOPES JR., Aury Lopes; ROSA, Alexandre Morais da. **A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal**. Consultor Jurídico. São Paulo, 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal#_edn2; Acesso em 05 maio 2018.

LOPES JR., Aury Lopes. **Teoria da Dissonância Cognitiva ajuda a entender imparcialidade do juiz**. Consultor Jurídico. São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>; Acesso em 15 maio 2018.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de J. Alves de Sá. 2 ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PRADO, Geraldo. **Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROSA, Alexandre Morais da. **Dissonância Cognitiva no Interrogatório Malicioso: não era pergunta, era cilada**. Consultor Jurídico. São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-17/limite-penal-efeito-dissonancia-cognitiva-interrogatorio-malicioso>; Acesso em: 15 maio 2018.



SANTOS JÚNIOR, Waldir Miguel dos. **A Adequação da Investigação Policial ao Processo Penal Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.