

GERALDO PRADO

PROVA PENAL E SISTEMA
DE CONTROLES EPISTÊMICOS

A quebra da cadeia de custódia das
provas obtidas por métodos ocultos

Marcial Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO I	
1. Estado de direito e presunção de inocência	15
2. O dispositivo probatório e a legitimidade da persecução penal.....	21
CAPÍTULO II	
3. A verdade processual e o estado de direito.....	35
4. A reforma processual brasileira e o dispositivo probatório	38
5. O dispositivo probatório e o exercício do direito de defesa	41
CAPÍTULO III	
6. O dispositivo probatório e o direito de rastrear as fontes de prova	43
7. Primeiro dispositivo do sistema de controles epistêmicos: a etapa preliminar de admissibilidade da denúncia como filtro contra acusações infundadas ou com lastro em prova ilícita.....	45
8. A <i>Discovery</i> e o sistema de controles epistêmicos: segundo dispositivo	48
CAPÍTULO IV	
9. Os métodos ocultos de investigação	59
10. O nexó funcional entre legalidade processual e prova	63
11. A execução das medidas cautelares como objeto do controle de legalidade.....	68

CAPÍTULO V

12. A preservação das fontes de prova e a fiabilidade da prova: a cadeia de custódia	77
13. Os riscos que derivam da quebra da cadeia de custódia	83
14. Os procedimentos probatórios e sua indevida expansão: a suspeição que incide sobre o material remanescente	86
BIBLIOGRAFIA	93

INTRODUÇÃO

O livro que o leitor tem em mãos nasceu de duas iniciativas isoladas que, por circunstâncias especiais, terminaram por conjugar-se.

Com efeito, em razão do gentil convite de Flávio Cardoso Pereira para escrever um artigo em homenagem ao Professor Michele Taruffo me senti animado a retomar os estudos sobre a prova penal e o processo no estado de direito, tema caro ao homenageado.

A experiência de mais de duas décadas como magistrado criminal, pesquisador e professor influenciou na minha decisão, pois a defesa de uma concepção racional-legal de justiça revelou-se no dia-a-dia do sistema penal, com alguma frequência, o único recurso com o qual as partes poderiam contar para deter práticas decisionistas que ainda estão impregnadas em nossa cultura.

Conceber o processo como entidade epistêmica e defender a importância de controles empíricos não é tarefa que esteja isenta de críticas.

Espero que durante a sustentação da tese central possa ter apresentado razões suficientes para responder a objeções que resultam, em sua maioria, do desenvolvimento dos estudos jurídicos nesta nova etapa da cultura jurídica brasileira.

Creio que um processo penal regido pela presunção de inocência deve tutelar com muito cuidado a atividade probatória, por meio da adoção de um rigoroso sistema de controles epistêmicos que seja capaz de dominar o decisionismo, que é identificado no texto como a «possibilidade de decisão arbitrária, dependendo unicamente da possibilidade de decidir».¹

¹ CHRISTENSEN, Ralph. La paradoja de la decisión judicial. Teoría de sistemas y desconstrucción. *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: decadencia o*

O sucesso de uma empresa do gênero depende sempre de compromissos políticos em torno das concepções de estado de direito e devido processo legal e da maturidade do debate sobre as funções do próprio processo penal neste marco de referências.

Ao tempo em que escrevia as primeiras linhas do artigo-homenagem, em seguida à aposentadoria no tribunal de justiça do Rio de Janeiro, fui procurado por advogados que, para empregar as palavras de Pierre Bourdieu, estavam dotados de especial lucidez epistemológica e encontravam-se comprometidos em termos de vigilância ética.² Esses advogados, citados ao final do trabalho, entenderam de questionar o modo arbitrário devotado por algumas autoridades quanto à preservação da cadeia de custódia das provas, particularmente em relação ao produto das intervenções cautelares promovidas *inaudita altera pars*.

As consultas deram origem a pareceres e um deles foi apreciado por ocasião do julgamento do HC 160.662-RJ,³ pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Por unanimidade foi acolhida a tese da quebra da cadeia de custódia e o tribunal declarou a ilicitude da prova com base nos contundentes e bem fundamentados votos da Ministra Assusete Magalhães, relatora do *habeas corpus*, e do Ministro Rogério Schietti.

Creio que se trata de importante avanço no âmbito do direito brasileiro orientado ao objetivo de conferir concretude às garantias constitucionais em áreas sensíveis até bem pouco tempo intocadas por doutrina e jurisprudência.

O desafio colocado pelos pareceres justificou a ampliação da obra e o aprofundamento de vários assuntos correlatos, indispensáveis à compreensão das premissas e conclusões. Entre os temas coadjuvantes sublinho a nova perspectiva analítica pela qual enfoco os sistemas processuais e que espero tenha o potencial de reabrir os debates em área cuja negligência tende a custar caro à democracia.

Bem, o que deveria ser um artigo transformou-se em livro e ficam meus agradecimentos ao Professor Marcelo Porciuncula e à editora Marcial Pons pelo interesse demonstrado em publicar a obra.

O leitor notará que embora haja encerramento, não há um «capítulo» específico dedicado à conclusão. Tampouco existem sínteses em forma de «orelha de livro». A exemplo da cadeia de custódia, os argumentos aqui também estão

evolución? Juan Pablo Montiel (Org.). Barcelona: Marcial Pons, 2012, p. 130.

² BOURDIEU, Pierre. *O senso prático*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 12.

³ Julgado em 18.02.2014, rel. Ministra Assusete Magalhães. Acórdão não disponível até esta data.

encadeados e a sequência deles me parece essencial para compreender o todo. Apreendê-los implicará ler o livro, que sinceramente espero que agrade.

Tenho profunda gratidão por Ana Gabriela Prado e Juliana Galhardo, que colaboraram com as pesquisas e organização do material. Sem elas não teria conseguido sistematizar o trabalho.

Dedico o livro à Giselle. Ela sabe porquê e é isso que importa!

CAPÍTULO I

1. ESTADO DE DIREITO E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

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.

No Brasil, à luz do inc. LIV do artigo 5.º da Constituição da República, que assegura que «ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal»,⁴ não tem sentido conceber a atuação estatal de verificação da responsabilidade penal de alguém fora das margens instituídas no âmbito da legalidade.

Tomando por paradigma a Constituição da República de 1946, em seguida ao fim da ditadura do Estado Novo, Frederico Marques assinalava que as garantias constitucionais reproduzem os clássicos princípios extraídos da Magna Carta e, em especial, do humanismo de Beccaria e da Revolução Francesa.

Segundo este autor, tais princípios são imanentes à estrutura do estado de direito e condicionam o direito positivo, destinando-se a regular «a aplicação

⁴ Sobre as garantias do devido processo legal: GRINOVER, Ada Pellegrini. Igualdade de partes e paridade de armas: a posição do MP no Superior Tribunal Militar. *O processo em evolução*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 312-6. Sobre o conceito de devido processo legal, formal (procedimental) e material no direito norte-americano: CHERMERINSKY, Erwin. *Constitutional law: principles and policies*. 4th ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2011, p. 557-9; e HALL, Daniel E. *Criminal law and procedure*. 6th ed. Delmar Cengage Learning, p. 283-4.

jurisdicional da lei». Sublinha o mestre, referindo-se ao texto de 1946, que «uma vez que a Constituição foi elaborada em função de ideais democráticos do estado de direito, é preciso situar as fontes primeiras da ordem processual numa linha de princípios que não destoe desse sentido político de toda nossa organização estatal».⁵

As garantias do processo penal são, relativamente às liberdades públicas afetadas pela persecução penal, «garantias materiais dos direitos fundamentais». O estado de direito, portanto, revela-se o lugar por excelência de aferição da compatibilidade entre os direitos individuais em tese vigentes e as práticas coercitivas que de forma monopolística estão em mãos dos agentes que atuam nos aparelhos repressivos estatais.

Adverte Hans Kudlich que no estado de direito a lei processual penal deve ser a «lei de execução da Constituição».⁶

⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 74-75. Após destacar os dois postulados que em sua opinião condicionam a interpretação constitucional, no âmbito do processo penal, que são «a máxima efetividade dos direitos fundamentais» e a «proibição do excesso», Eugenio Pacelli reafirma o papel do Estado democrático de direito pelo prisma da prevalência dos direitos fundamentais. O devido processo legal, segundo se extrai do posicionamento do autor, reúne os princípios constitucionais do processo penal vocacionados a adequar o processo penal, «enquanto sistema jurídico de aplicação do direito penal», às bases constitucionais constituídas por estes princípios, «destinados a cumprir a árdua missão de proteção e tutela dos direitos individuais». OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 31 e 34-5. Paulo Rangel irá ressaltar o caráter reitor do «devido processo legal» relativamente ao arcabouço jurídico-processual. «Todos os outros [princípios] derivam dele.» RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 4-5. Aury Lopes Jr., por sua vez, fixará no caráter adversarial que opõe as partes entre si, no processo penal, e no ideal de equilíbrio que deve pautar a atuação dos sujeitos, o acento que o respeito às regras conformadas aos valores constitucionais imprime ou deve imprimir à controvérsia, cuja legitimidade da solução está na dependência de um sistema de garantias mínimas. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, obra citada, p. 103. Para André Nicolitt, o conceito do devido processo legal está vinculado ao de um «processo justo» e, por essa via, as garantias que o configuram apreendem as experiências históricas de limitação do poder. NICOLITT, André Luiz. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 29-31. Depois de distinguir o devido processo legal consoante as dimensões material e processual, Guilherme Nucci advoga que o prisma processual contempla «um espectro de garantias fundamentais para que o Estado apure e constate a culpa de alguém, em relação à prática de crime». NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 62. Gustavo Badaró também sublinha as espécies de «devido processo legal» e atribui à «face processual do princípio» a qualidade de «princípio síntese, que engloba os demais princípios e garantias processuais assegurados constitucionalmente». BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, p. 42.

⁶ KUDLICH, Hans. *El principio de legalidad en el derecho procesal penal* (en especial, en el derecho procesal penal alemán), obra citada, p. 436. Em verdade, Kudlich remete à proposição de Henkel, citada por Manuel da Costa Andrade: «o direito processual penal como verdadeiro direito constitucional aplicado». COSTA ANDRADE, Manuel. *Sobre as proibições de prova no processo penal*. Coimbra, 2006, p. 12.