



### ALTOS ESTUDOS SOBRE A PROVA NO PROCESSO PENAL

SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luís Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coord.); MENDONÇA, Andrey Borges de *et al.* Salvador: JusPODIVM, 2020.

\* Por Antonio Magalhães Gomes Filho

O estudo da prova penal é praticamente inesgotável, tantos são os aspectos históricos, filosóficos, sociológicos, políticos, práticos – e sobretudo jurídicos – que envolvem as atividades destinadas a tornar certos os fatos em julgamento.

Como qualquer procedimento cognitivo, o probatório judicial está imerso num determinado contexto social e a sua finalidade não é exclusivamente a de formação do convencimento judicial numa situação concreta, mas, antes disso, de propiciar o consenso da coletividade, de nome da qual será proferida a decisão.

Dito de outro modo: a prova judiciária não se destina ao estabelecimento de uma verdade circunscrita ao processo – até porque este não é um fim em si mesmo, mas instrumento de solução de conflitos –; para que tal escopo seja atingido, o julgamento sobre os fatos deve seguir determinados padrões e rituais, por meio dos quais a coletividade possa reconhecer-se.

Daí a diversidade dos sistemas probatórios, desde os primitivos (que hoje consideramos irracionais), em que o fundamento era a crença da interferência de forças sobrenaturais na solução justa da contenda, até os modernos, assentados na superioridade da razão e dos conhecimentos científicos.

O mesmo vale para entender-se a formação de dois diferentes sistemas probatórios na Europa continental e na Inglaterra: no Continente desenvolveu-se

a técnica do inquérito, na qual a busca de uma verdade absoluta era praticamente ilimitada e constituía verdadeira obsessão do juiz inquisidor – admitindo-se qualquer tipo de informação, até mesmo com o recurso à tortura. Mesmo depois das transformações introduzidas no processo penal pela Revolução liberal do século XVIII, a consagração do sistema misto ou reformado permitiu que traços inquisitórios se mantivessem nesse sistema, confundindo-se o livre convencimento com uma liberdade quase incontrolada na aquisição da prova.

Ao contrário, na tradição inglesa, depois levada aos outros países de *common law*, as características dos julgamentos pelo júri popular conduziram a um modelo em que a atividade probatória é confiada às partes e, ao mesmo tempo, limitada por uma série de regras de exclusão (*law of evidence*), cujo objetivo é evitar que o convencimento dos jurados seja contaminado por informações irrelevantes ou errôneas. Nessa ótica, interessa menos a verdade do que o bom método para chegar a ela.

Essa diferença tradicional não impediu que na evolução mais recente desses dois modelos muitas daquelas características tenham se alterado. E tal mudança ocorreu muito especialmente a partir do final da Segunda Guerra – sobretudo com a internacionalização das garantias processuais relacionadas à prova, propiciada pela edição dos documentos supranacionais de direitos humanos –, sendo possível constatar então uma progressiva e recíproca influência entre os dois sistemas.

Mais do que isso, nos últimos tempos, o fenômeno da globalização, com suas conhecidas e inegáveis repercussões em todos os setores, tem produzido extraordinárias transformações no direito e no processo. Como observa Taruffo, de um lado, a globalização trouxe um rápido e forte incremento da frequência de controvérsias transnacionais; de outro, tem propiciado uma tendência à uniformidade cultural que se manifesta, no âmbito jurídico, pela difusão e circulação de temas de ordem geral, como o das

garantias constitucionais, dos direitos humanos, do justo processo, da efetividade da tutela e outros.

Para o processo penal – especialmente na disciplina das provas –, esse movimento é particularmente percebido quando se levam em conta as características atuais da criminalidade organizada e do terrorismo, que assumiram definitivamente uma feição transnacional, exigindo providências excepcionais no âmbito da cooperação internacional, com reflexos diretos e imediatos na disciplina da investigação e da prova. Se é válida a afirmação generalizada de que “o crime não tem fronteiras”, impõe-se, em consequência, um modelo processual e probatório que supere as tradicionais diferenças entre os diversos sistemas nacionais, no sentido de uma repressão mais eficaz, sem desprezar – ao mesmo tempo – os valores universalmente aceitos de proteção dos direitos individuais.

Nessa linha, Mireille Delmas-Marty fala de uma *hybridisation* do processo penal, que tem como características mais relevantes a previsão de garantias judiciais na fase de investigação com a figura do juiz de garantias (não um juiz investigador, mas um juiz suficientemente neutro para intermediar os interesses da persecução e da defesa) e o princípio de que os procedimentos probatórios devem ser realizados em contraditório, que combina os registros escritos (próprios do modelo inquisitório) com as regras de exclusão próprias do modelo acusatório.

A essa transformação somam-se outras tantas mudanças trazidas pelas novas formas de criminalidade e pela evolução dos conhecimentos científicos que podem servir ao esclarecimento dos fatos discutidos no processo, que igualmente conduzem a um necessário reexame das questões do direito probatório.

Pense-se, como primeiro exemplo, no vasto rol de infrações penais praticadas por meio das modernas tecnologias da informática, do processamento e da transmissão de dados.

Nesses crimes, a ação típica realiza-se com o emprego de um sistema de processamento de dados e arquivos digitais, cuja característica é a imateria-

lidade ou intangibilidade, pois tais dados consistem em impulsos elétricos, invisíveis a olho nu. Assim, o dado digital não depende do suporte físico originário para existir, podendo ser transferido a outros dispositivos eletrônicos, sem perder sua essência. Daí a possível separação entre o suporte físico originário e o dado digital.

Bem se percebem, diante disso, as dificuldades em adaptar-se um sistema probatório construído para a percepção de uma realidade material a essas peculiaridades do mundo digital.

Outras questões desafiadoras e atuais do direito das provas estão relacionadas à utilização do saber científico como elemento de informação válido para a formação do convencimento judicial.

Hoje é cada vez maior sua importância, pois os inegáveis progressos da ciência e da técnica muito podem contribuir para o esclarecimento mais preciso das questões de fato discutidas no processo. Mas essa constatação também traz à tona alguns desafios para a teoria e a prática judicial.

De um lado, a necessidade de utilizar no processo conhecimentos cada vez mais especializados envolve o risco de o juiz e as partes se transformarem em destinatários passivos de informações incompreensíveis, cuja idoneidade para a reconstrução dos fatos nem sempre pode ser concretamente verificada. Diante da crescente complexidade da ciência, a máxima segundo a qual cabe sempre ao juiz a última palavra a respeito dos resultados da perícia (*iudex peritus peritorum*) perdeu sua eficácia, pois nem sempre o profissional do direito possui conhecimentos suficientes até mesmo para exercer algum tipo de controle sobre aquilo que é afirmado pelo perito.

Lembre-se o exemplo dos testes de DNA, muitas vezes apresentados como prova definitiva e irrefutável. Embora de grande valia para a determinação de certos fatos que interessam ao processo, a sua aceitação sem um mínimo de controle sobre a sua base científica e os procedimentos realizados pode levar a conclusões distorcidas.

Sob outro aspecto – e aumentando o perigo de se aceitarem como definitivas as conclusões periciais-, também é preciso sublinhar que nenhum conhecimento humano pode considerar-se absoluto e infalível. Bem ao contrário, é a própria evolução das ciências que mostra a provisoriedade dos seus enunciados, pois são justamente os erros que permitem chegar a novos conhecimentos, que, por sua vez, serão igualmente superados por teorias mais sofisticadas. Em outras palavras, a ciência não pode assegurar uma verdade isenta de erros, até porque os métodos de pesquisa são corretos somente na medida em que são aceitos pelos estudiosos em determinado momento histórico, podendo ser considerados equivocados numa ocasião sucessiva.

De qualquer modo, uma vez que não é possível desconhecer ou menosprezar a grande utilidade de tais conhecimentos para a formação do convencimento judicial, o que deve ser buscado é o indispensável equilíbrio entre a autoridade do saber especializado e a necessidade de apresentar-se à sociedade uma decisão fundada em uma argumentação coerente e compreensível. Afinal, embora se reconheça ao perito a capacidade para resolver um problema técnico, a tarefa do juiz é muito mais complexa, pois deve decidir, em nome da comunidade, sobre questões que envolvem também valores éticos, políticos e sociais (Denti).

Essas breves observações evidenciam a oportunidade e importância da publicação destes Altos Estudos sobre a Prova no Processo Penal pela Editora Juspodivm, organizados pelos ilustres Procuradores da República Daniel de Resende Salgado, Ronaldo Pinheiro de Queiroz e Luís Felipe Schneider Kircher.

Trata-se de valiosa coletânea de trabalhos sobre os mais variados temas teóricos e práticos da prova penal, agrupados em tópicos que versam sobre: (a) a verdade e os atores processuais; (b) o contexto da investigação; (c) os meios de obtenção de provas; (d) os meios de prova; (e) o contexto da instrução probatória; (f) o contexto da valoração da prova; (g) o ônus da prova e o contexto

da decisão e da justificação. Seu maior mérito é apresentar ao leitor enfoques aprofundados e completos de cada assunto estudado, ao mesmo tempo que permite o confronto entre as diversificadas opiniões de cada um dos autores.

Agradeço aos organizadores e autores a honra de apresentar tão relevante contribuição às nossas letras jurídicas, convencido do seu sucesso editorial.

---

**Antonio Magalhães Gomes Filho** é professor titular da Faculdade de Direito da USP.