

VIII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO I**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Educação Jurídica

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - PR

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - SP

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - MS

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Comissão Especial

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UFRJ - RJ

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - PB

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - MG

Prof. Dr. Rogério Borba - UNIFACVEST - SC

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Dani Rudnicki; Gustavo Noronha de Avila; Renata Botelho Dutra. – Florianópolis: CONPEDI, 2025.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-171-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito Governança e Políticas de Inclusão

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. VIII Encontro Virtual do CONPEDI (2; 2025; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VIII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

O GT 61 - Direito penal, processo penal e constituição I por nós coordenado mostrou-se fiel à tradição do Conpedi de discutir, em alto nível, os temas mais atuais da pesquisa jurídica. Neste GT, em específico, todos trabalhos tiveram um compromisso com a busca e a aplicação de um direito penal e processual penal conforme com a Constituição Federal de 1988 e seus valores e princípios. Foi uma longa e profícua tarde de sábado, com muita dedicação e empenho a fim de demonstrar a qualidade da pós-graduação em Direito no país.

O primeiro estudo, da lavra de Fernando Antonio Holanda Pereira Junior, intitulado “A EXPANSÃO DOS CONSENSOS PENAIIS: UMA CRÍTICA DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA COMO POLÍTICA PÚBLICA CRIMINAL” trouxe uma rara e oportuna visão crítica das propostas de consensos na área do direito penal.

O trabalho de Matheus Henrique De Freitas Urgniani e Pedro Henrique Marangoni, “A FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL EM RAZÃO DA VIOLAÇÃO DA CADEIA DE CUSTÓDIA”, investe em discussão processual imperiosa para garantia do devido processo legal.

Sebastian Borges de Albuquerque Mello e José Henriques Mutemba apresentaram no artigo “A JUSTIÇA RESTAURATIVA NA EXECUÇÃO PENAL MOÇAMBICANA: UM MODELO ALTERNATIVO À RETRIBUIÇÃO E À PREVENÇÃO ESPECIAL NEGATIVA” não apenas uma possibilidade de repensar a execução penal, mas igualmente um pouco do sistema penal de Moçambique.

AUTÔNOMAS?” apresenta interessante discussão dogmática sobre temas que tem repercutido por demais na jurisprudência, dogmática e mídia.

A tecnologia voltou a ser analisada no texto “DEEPPAKES E AS IMPLICAÇÕES QUANTO À INTEGRALIDADE DAS PROVAS DIGITAIS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO” As autoras Maria Paula Matos Medeiros, Marina Quirino Itaborahy e Ana Rosa Campos debatem o status das provas digitais em meio a tantas possibilidades de falsificação.

Deise Neves Nazaré Rios Brito, em “DOLO EVENTUAL E SUBJETIVAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL CONTEMPORÂNEO: Análise conceitual da tipicidade subjetiva à luz da teoria clássica do delito e da filosofia”, com fundamento no processo que se seguiu ao incêndio da boate Kiss no Rio Grande do Sul discorre sobre o conceito fluido de dolo eventual.

O tema da lavagem de capitais retorna no texto “ENTRE A LEGALIZAÇÃO E A ILUSÃO DE CONTROLE: uma análise crítica da lei nº 14.790/2023 no combate à lavagem de dinheiro nas apostas digitais”. Roberto Carvalho Veloso, Monique Leray Costa e Ronald Luiz Neves Ribeiro Junior debatem sobre as possibilidades e alcance da legislação neste ponto nebuloso da vida social que são as apostas agora digitais.

Em seguida, a persistente discussão do sistema acusatório foi trabalhada por Yuri Anderson Pereira Jurubeba , Fernanda Matos Fernandes de Oliveira Jurubeba e Tarsis Barreto Oliveira. Neste sentido, foi discutido, no artigo "INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 3º-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL SOB A ÓTICA COLEGIADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL", a interpretação dos tribunais superiores ao desenho acusatório do processo penal brasileiro.

Rodrigo Teles de Oliveira, no trabalho "JUIZ GARANTIDOR OU JUIZ-INQUISIDOR?

Continuando, Juliana Gurjão Monteiro e Newton Torres dos Santos Cruz, em "O PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL NO MINISTÉRIO PÚBLICO: AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE AFETARAM A NATUREZA JURÍDICA DO PIC", analisam a importante questão da Investigação Preliminar feita pelo Ministério Público. O texto analisou a repercussão das Decisões Conjuntas das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nº 2.943, 3.309 e 3.318, e das ADI nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, na natureza jurídica do PIC e sua condução no âmbito do MP.

Por último, Marcelo Wordell Gubert e Flavia Piccinin Paz trabalham, em visão restrita à dogmática, as provas atípicas no processo penal. A partir da epistemologia da prova penal, apresentam o impacto das tecnologias emergentes e os limites constitucionais.

Foram trabalhos importantes e que certamente contribuirão imensamente com o avanço dos temas na nossa realidade.

Desejamos uma ótima leitura!

Dani Rudnicki

Gustavo Noronha de Avila

Renata Botelho Dutra

PROVAS ATÍPICAS NO PROCESSO PENAL: O IMPACTO DAS TECNOLOGIAS EMERGENTES E OS LIMITES CONSTITUCIONAIS

ATYPICAL EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEDURE: THE IMPACT OF EMERGING TECHNOLOGIES AND CONSTITUTIONAL LIMITS

Marcelo Wordell Gubert ¹

Flavia Piccinin Paz ²

Resumo

O artigo analisa a produção da prova no processo penal contemporâneo, com ênfase na distinção entre provas típicas e atípicas e nos desafios decorrentes da introdução de novas tecnologias. A pesquisa, desenvolvida na Universidade Estadual do Paraná – UNESPAR, campus de Paranavaí, no projeto intitulado "Provas Atípicas no Processo Penal: O Uso de Novas Tecnologias e o Posicionamento dos Tribunais Superiores", adota abordagem qualitativa e fundamentação teórica crítica. Inicialmente, examina a epistemologia da prova penal, destacando a necessidade de harmonizar a legalidade formal com a racionalidade crítica e o contraditório substancial. Em seguida, diferencia a prova típica da atípica, abordando seus critérios de admissibilidade e limites constitucionais. Posteriormente, investiga o impacto das novas tecnologias no âmbito probatório e os riscos de flexibilização excessiva dos princípios processuais. A análise demonstra que, embora a inovação tecnológica traga ganhos investigativos, também acarreta sérios riscos à autenticidade e confiabilidade da prova, exigindo a reafirmação dos filtros constitucionais e epistêmicos. Conclui-se que a modernização da atividade probatória deve ocorrer com responsabilidade crítica, garantindo a proteção dos direitos fundamentais e a preservação do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Processo penal, Prova típica, Prova atípica, Novas tecnologias, Garantismo constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

This article examines the production of evidence in contemporary criminal procedure, with

the need to reconcile formal legality with critical rationality and substantial adversarial proceedings. It then differentiates typical and atypical evidence, addressing their admissibility criteria and constitutional limits. Subsequently, it investigates the impact of new technologies on the production of evidence and the risks of excessive flexibilization of procedural principles. The analysis demonstrates that, although technological innovation enhances investigative capabilities, it also poses serious risks to the authenticity and reliability of evidence, requiring a reaffirmation of constitutional and epistemic safeguards. It concludes that the modernization of evidence production must occur through critical responsibility, ensuring the protection of fundamental rights and the preservation of the Democratic Rule of Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal procedure, Typical evidence, Atypical evidence, New technologies, Constitutional guarantees

Introdução

A produção da prova no processo penal é um dos campos mais sensíveis e complexos do direito, refletindo diretamente as transformações sociais, tecnológicas e institucionais que marcam a sociedade. Com as novas tecnologias, como o reconhecimento facial, a análise de dados digitais e o uso de inteligência artificial na investigação criminal, aparecem novos desafios à dogmática processual penal, exigindo uma reavaliação crítica dos tradicionais critérios de admissibilidade e validade das provas.

A expansão dos meios probatórios não tipificados pela legislação — as denominadas provas atípicas — faz com que o sistema garantista do processo penal seja revisto, trazendo questionamentos sobre os limites constitucionais da liberdade probatória, a preservação do contraditório substancial e a proteção dos direitos fundamentais do acusado.

Este artigo insere-se no âmbito da pesquisa desenvolvida na Universidade Estadual do Paraná – UNESPAR, campus de Paranavaí, vinculada ao projeto de pesquisa "Provas Atípicas no Processo Penal: O Uso de Novas Tecnologias e o Posicionamento dos Tribunais Superiores". A investigação busca analisar criticamente como o emprego de meios probatórios atípicos, especialmente aqueles oriundos de novas tecnologias, impacta as garantias processuais, e de que modo os tribunais superiores brasileiros vêm se posicionando diante dessa nova realidade probatória.

A relevância do tema se dá na necessidade de assegurar que a modernização dos instrumentos de prova no processo penal ocorra em consonância com os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da paridade de armas.

Em tempos de crescente inovação, torna-se indispensável reafirmar que a busca da verdade no processo penal não pode justificar a flexibilização indiscriminada das garantias fundamentais, sob pena de fragilizar o próprio Estado Democrático de Direito.

O problema central que orienta este trabalho reside na seguinte indagação: é possível compatibilizar o uso de provas atípicas, especialmente aquelas baseadas em novas tecnologias, com os princípios constitucionais que regem o processo penal brasileiro? Para responder a essa pergunta, o artigo tem como objetivo geral analisar a diferenciação entre prova típica e atípica no processo penal, refletindo sobre os critérios de admissibilidade e valoração das provas em face das inovações tecnológicas e dos parâmetros constitucionais de controle.

Metodologicamente, o estudo adota abordagem qualitativa, fundamentada em revisão bibliográfica e análise teórica crítica da doutrina clássica e contemporânea, complementada pela investigação de tendências jurisprudenciais nos tribunais superiores.

A estrutura do artigo se divide em quatro capítulos principais. O primeiro capítulo apresenta a fundamentação teórica sobre a epistemologia da prova penal, discutindo os modelos de racionalidade aplicáveis e a centralidade das garantias constitucionais.

O segundo capítulo analisa a tipologia da prova penal, diferenciando prova típica e atípica, com foco nos critérios de admissibilidade e limites constitucionais. O terceiro capítulo examina o estado da arte, abordando as tendências na produção de prova, os riscos da flexibilização dos parâmetros tradicionais e a necessidade de reafirmação dos princípios fundamentais.

Por fim, o artigo apresenta as conclusões obtidas, propondo a integração crítica entre inovação tecnológica e garantismo processual como condição para a legitimidade da atividade probatória no processo penal.

Epistemologia da Prova Penal

Para a compreensão da produção da prova no processo penal é imprescindível uma análise crítica sobre a sua função epistemológica e os limites impostos pela legalidade. Ferrajoli (2002), enfatiza que a tipicidade dos meios de prova é condição essencial para assegurar a previsibilidade dos atos processuais e a proteção contra arbitrariedades judiciais. Conforme afirma "a tipicidade dos meios de prova visa garantir a previsibilidade dos atos processuais e a proteção contra arbitrariedades judiciais" (Ferrajoli, 2002, p. 669).

Esta perspectiva posiciona a legalidade como verdadeiro pilar epistemológico: apenas aquilo que é previamente estabelecido em lei pode ser utilizado para fundamentar uma decisão judicial que afete a esfera jurídica do acusado. Dessa maneira, Ferrajoli constrói uma teoria garantista da prova, em que a validade do meio probatório decorre da sua previsão legal e não da sua mera eficácia pragmática.

A crítica de Ferrajoli à liberdade irrestrita da prova encontra o apoio de Gomes Filho, que alerta para os perigos de uma atividade probatória orientada exclusivamente pela lógica da eficiência. Segundo o autor, "a busca da verdade não pode justificar o abandono dos parâmetros de legalidade e contraditório que estruturam o processo penal" (Gomes Filho, 2019).

Essa advertência reforça a necessidade de considerar a tipicidade como uma proteção estrutural contra práticas inquisitórias, ainda que se reconheça a inevitável tensão entre a legalidade estrita e as exigências práticas da persecução penal.

Entretanto, o próprio contexto de inovação tecnológica e transformação dos mecanismos de investigação criminal desafia a rigidez dessa estrutura. É nesse ponto que emergem críticas à ideia de que apenas a tipicidade formal seria suficiente para assegurar a legitimidade do

processo penal, indicando a necessidade de se considerar novos critérios de racionalidade para o controle da prova. Dessa perspectiva, a transição para a análise de propostas teóricas que relativizam a rigidez da tipicidade, como a de Taruffo, revela-se imprescindível.

Taruffo (2011), ao propor uma teoria coerentista da prova no processo judicial, desloca o centro da admissibilidade probatória da legalidade formal para a racionalidade epistêmica. Afirma que "o essencial não é a classificação normativa do meio de prova, mas a sua capacidade de produzir conhecimento racionalmente controlável" (2011, p. 64).

Assim, o processo não deve buscar uma verdade ontológica, mas sim uma verdade construída a partir de inferências justificáveis segundo padrões de racionalidade. Como reforça o autor, "não se trata de perseguir a verdade ontológica, mas de estabelecer decisões baseadas em conhecimento racionalmente justificado" (Taruffo, 2011, p. 72).

Essa concepção permite admitir provas não tipificadas formalmente, desde que submetidas a controle crítico pelo contraditório e avaliação racional do juiz. Portanto, embora Taruffo não negue a importância das garantias, ele propõe uma abertura metodológica que viabiliza a incorporação de novos meios probatórios desde que sejam confiáveis e racionais.

A proposta de Taruffo de deslocar o foco da admissibilidade probatória da tipicidade formal para a racionalidade da inferência é reforçada por Tavares, que defende a necessidade de uma "prova penal para além do sistema inquisitório" (2020).

Para Tavares (2020), a estrutura inquisitória ainda resiste no direito brasileiro com a utilização da prova típica como única fonte de convencimento e pela falta de critérios substanciais para a avaliação da prova. Assim, a racionalidade crítica torna-se não apenas uma ferramenta metodológica, mas também se reveste de um viés democrático, quando aproxima a o ideário de justiça e a realidade da decisão penal.

Este contexto evidencia a necessidade da utilização de parâmetros constitucionais robustos na admissibilidade das provas. A par desta nova análise, Badaró propõe (2017) uma solução que articula a eficiência da prova com a sua legalidade constitucional, "não basta que o meio de prova seja eficiente; é necessário que seja constitucionalmente idôneo" (Badaró, 2017, p. 113).

Ou seja, a admissibilidade de uma prova não se esgota na avaliação de sua utilidade prática, mas exige a verificação de sua conformidade aos direitos fundamentais assegurados pelo texto constitucional. A proposta de Badaró aperfeiçoa o debate entre Ferrajoli e Taruffo ao defender que a liberdade probatória no processo penal só pode ser legitimada se compatível com as exigências materiais da Constituição Federal, tais como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal e a proteção à intimidade.

A reconstrução crítica da epistemologia da prova penal também exige o abandono da concepção positivista de verdade como correspondência. Ao se centrar na obtenção de uma “verdade real”, o processo penal arrisca-se a justificar práticas invasivas e autoritárias, muitas vezes incompatíveis com as garantias constitucionais. Nesse sentido, Lopes (2016) defende que o processo penal não é um instrumento de descoberta da verdade absoluta, mas um procedimento de controle racional das hipóteses formuladas pela acusação, cujo valor epistêmico está condicionado à observância do contraditório e da paridade processual.

A necessidade do contraditório é destacada também na teoria discursiva do direito, conforme Habermas (2012), ao propor que a legitimidade de qualquer decisão jurídica decorre de sua possibilidade de justificação racional em um ambiente de deliberação pública. Aplicada à prova penal, essa perspectiva reforça que a validade da inferência probatória não se funda em sua origem ou forma legal, mas na sua capacidade de resistir à crítica das partes, em condições iguais. O juiz, nesse modelo, não é um buscador solitário da verdade, mas um árbitro imparcial entre versões justificáveis dos fatos.

No mesmo norte, Oliveira (2018) afirma que a admissibilidade da prova penal deve ser determinada por sua confiabilidade demonstrável e sua possibilidade de contraditório substancial, não por sua classificação normativa. O que se exige, portanto, é a construção de filtros epistêmicos que assegurem que qualquer meio de prova — típico ou atípico — seja passível de controle crítico, evitando a legitimação acrítica de elementos probatórios meramente eficientes, mas normativamente frágeis.

Assim, mesmo as provas atípicas, como dados digitais, reconhecimento facial ou interceptações informais, podem ser admitidas desde que respeitem os preceitos constitucionais. Essa visão, ao mesmo tempo garantista e pragmática, aponta para a necessidade de uma atuação judicial mais rigorosa na seleção dos meios de prova e reforça o papel ativo da defesa na fiscalização da atividade probatória, o que se conecta diretamente à noção do contraditório substancial como pilar da validade da prova, tema que será aprofundado no próximo segmento deste capítulo.

No mesmo sentido Pina adverte que "a admissibilidade da prova penal não pode se reduzir à análise da legalidade formal, sob pena de esvaziar o conteúdo substancial das garantias processuais" (2022). O autor propõe que a análise da prova penal deve observar o a proporcionalidade e a análise crítica da confiabilidade do meio probatório, ainda que não previsto expressamente.

Tal abordagem reforça a necessidade de repensar o contraditório não como mera formalidade, mas como um espaço de efetiva problematização da validade da prova, garantindo

que sua produção e valoração respeitem os direitos fundamentais. A essa luz, aprofunda-se a importância de um contraditório substancial como mecanismo de controle, conforme será desenvolvido a seguir.

O contraditório substancial emerge, nesse contexto, como instrumento essencial para o controle da validade e da admissibilidade da prova penal. Lopes Jr. afirma que "a liberdade probatória não é absoluta e encontra seus limites nos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da dignidade da pessoa humana" (2023, p. 885).

A crítica de Lopes Jr. está centrada no fato de que a mera formalização da produção da prova não assegura sua legitimidade; é necessário que o meio de prova tenha sido efetivamente submetido ao contraditório processual, permitindo às partes a possibilidade real de impugnação e produção de contraprova.

Nesse sentido, o contraditório substancial deixa de ser um requisito apenas procedimental e se torna um filtro fundamental: somente provas que resistam ao debate crítico, público e contraditório devem ser consideradas aptas a integrar o acervo probatório que fundamentará a sentença penal.

Essa concepção reforça o entendimento de que mesmo as provas atípicas, aquelas não previstas expressamente em lei, podem ser admitidas, desde que submetidas a controle crítico e respeitem a lógica democrática do processo penal. Tal perspectiva, ao enfatizar a necessidade de participação ativa das partes na formação do juízo, conduz naturalmente à reflexão sobre o próprio conceito de verdade no processo penal.

A defesa do contraditório substancial como elemento essencial da validade da prova também é corroborada por Martins, argumentando que "a formação racional da prova penal somente é possível mediante a participação ativa das partes, assegurando o efetivo debate sobre a validade das inferências probatórias" (Martins, 2021).

Martins destaca que o contraditório não é um adorno procedimental, mas um instrumento de racionalização da decisão judicial, indispensável para que o juiz não se torne refém da aparência de validade de provas tecnicamente questionáveis. Esse entendimento confere densidade normativa à atividade probatória, estabelecendo um elo com a crítica à noção tradicional de verdade processual.

A crítica à noção de verdade real ou ontológica no processo penal é desenvolvida por Mitermayer (2020), na qual o autor propõe uma reformulação do conceito de prova, enfatizando que "o processo penal não reconstrói fatos de forma absoluta, mas apenas por aproximações justificadas pela racionalidade procedimental" (Mitermayer, 2020, p. 41).

Esta visão rompe com a expectativa tradicional de que o processo seja um instrumento de descoberta da verdade pura e sugere que o objetivo da atividade probatória é construir narrativas plausíveis, sujeitas a testes de racionalidade e controle crítico.

A contribuição de Mitermayer demonstra que não há que se falar em certezas absolutas no processo penal, mas sobre a apresentação de justificativas plausíveis entre as interações sociais havidas.

Essa postura reforça a necessidade de relativizar a confiança cega em provas supostamente típicas ou convencionais e, ao mesmo tempo, exige a construção de padrões rigorosos para qualquer meio de prova, típico ou atípico. A aceitação desta perspectiva conduz à necessidade de desenvolver uma teoria da prova que integre garantismo, racionalidade crítica e responsabilidade institucional.

Integrando as reflexões de Ferrajoli, Taruffo, Badaró, Lopes Jr. e Mitermayer, observa-se que a epistemologia da prova penal exige a mais de que a discussão entre prova típica e atípica e entre verdade formal e verdade substancial. De um lado, a tipicidade da prova continua sendo um importante limite de garantia contra abusos e arbitrariedades estatais, como defende Ferrajoli. Por seu turno, a racionalidade da decisão judicial exige flexibilidade metodológica e abertura a novos meios probatórios, desde que controlados criticamente, como propõem Taruffo e Mitermayer.

Badaró contribui ao harmonizar a liberdade probatória com a exigência de conformidade constitucional, estabelecendo filtros que impedem a instrumentalização do processo. Lopes Jr., por sua vez, reforça que a efetividade do contraditório substancial é o que legitima a produção e a valoração da prova, enquanto Mitermayer convida a abandonar a busca por uma verdade absoluta impossível.

Dessa forma, o processo penal é chamado a desenvolver uma prática probatória que seja ao mesmo tempo racional, democrática e constitucionalmente comprometida, buscando a máxima aproximação possível da verdade, sem sacrificar os direitos fundamentais que estruturam o Estado de Direito.

Tipologia da Prova Penal: Diferenciação entre Prova Típica e Atípica

A distinção entre prova típica e atípica no processo penal decorre, inicialmente, da própria concepção normativa do direito probatório no Estado de Direito. A prova típica é aquela expressamente prevista em lei, dotada de disciplina formal específica quanto à sua produção, admissibilidade e valoração. Ferrajoli, estabelece que a tipicidade dos meios de prova é

condição fundamental para assegurar a previsibilidade e a igualdade processual, impedindo que o poder de provar e convencer seja exercido de forma arbitrária (2002).

A tipificação legal dos meios de prova não apenas baliza a atuação das partes e do juiz, mas também assegura que o processo penal respeite os limites impostos pela Constituição, especialmente no que concerne à proteção dos direitos fundamentais.

Essa exigência de conformidade legal reforça a concepção de que a atividade probatória no processo penal deve ser, antes de tudo, um instrumento de contenção do poder e de proteção da liberdade do acusado.

No entanto, embora a tipicidade ofereça garantias fundamentais ao imputado, a crescente complexidade dos fatos sociais e o surgimento de novas tecnologias vêm provocando um debate sobre a necessidade de repensar o espaço reservado à prova atípica no sistema processual penal.

As provas típicas compreendem modalidades consagradas no direito processual penal, tais como a prova testemunhal, a prova documental, a prova pericial e a confissão do acusado. Cada uma dessas espécies possui requisitos específicos de admissibilidade e valoração, determinados por normas expressas que visam garantir sua autenticidade, regularidade e confiabilidade.

A prova testemunhal, por exemplo, exige a observância do contraditório e da publicidade dos atos processuais, enquanto a prova documental requer a preservação de sua integridade e veracidade. A prova pericial, por sua vez, deve ser realizada por peritos imparciais e qualificados, de acordo com procedimentos técnicos regulamentados.

Bühler, ao tratar da cadeia de custódia, enfatiza que "a validade da prova penal depende da preservação de sua autenticidade desde a coleta até a apresentação em juízo" (2021), reforçando a importância de procedimentos rigorosos para assegurar a fidedignidade das provas típicas. Em razão dessas exigências formais, as provas típicas são tradicionalmente consideradas mais seguras sob a ótica da admissibilidade e da validade, embora não estejam isentas de vícios que possam macular seu valor probatório.

Esse panorama tradicional, encontra desafios cada vez mais intensos diante da realidade processual, marcada pela proliferação de novos meios de obtenção de provas não expressamente previstos em lei, fenômeno que enseja a análise da prova atípica.

A prova atípica, diferentemente da típica, caracteriza-se pela ausência de previsão normativa específica que discipline seu modo de produção e valoração, embora não esteja automaticamente vedada no ordenamento jurídico. A admissibilidade da prova atípica depende

da observância dos princípios constitucionais e da aplicação da racionalidade e proporcionalidade.

Taruffo (2011) ao discorrer sobre a racionalidade da prova, desloca o foco da legalidade formal para a confiabilidade epistêmica. Por sua vez Lopes Jr. (2023) defende que a liberdade probatória no sistema acusatório deve ser interpretada à luz do contraditório substancial e da preservação da dignidade da pessoa humana.

Assim, a prova atípica pode ser admitida, desde que submetida a rigoroso controle judicial e respeite as garantias processuais fundamentais. Esse deslocamento de perspectiva, que valoriza a função da prova em detrimento de sua classificação formal, é fundamental para compreender os desafios que as provas não convencionais, como dados digitais e geolocalização, apresentam ao processo penal, exigindo a fixação de limites constitucionais claros para sua admissibilidade.

O reconhecimento da prova atípica no processo penal, contudo, não implica uma aceitação irrestrita de qualquer meio probatório que se apresente como inovador ou tecnologicamente avançado. Ao contrário, a admissibilidade da prova atípica deve ser submetida a limites constitucionais, especialmente os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Silva, em análise sobre a prova atípica e o contraditório substancial, afirma que "a flexibilização da tipicidade probatória não pode acarretar a erosão dos direitos fundamentais do acusado" (2020). A admissibilidade da prova atípica, portanto, não se esgota na análise da sua eficácia instrumental para o convencimento judicial, mas exige um exame crítico de sua conformidade com as garantias constitucionais.

Essa necessidade é ainda mais premente quando se observa o crescente uso de tecnologias invasivas de coleta de dados, cuja produção muitas vezes se dá à margem do controle judicial efetivo.

Neste sentido que a defesa da admissibilidade da prova atípica deve caminhar lado a lado com a afirmação do contraditório substancial e da proporcionalidade como garantias indispensáveis para a preservação da integridade do processo penal, o que nos conduz à importância da cadeia de custódia como instrumento técnico de validação da prova.

No contexto das provas atípicas, a cadeia de custódia demonstra-se fundamental para assegurar a autenticidade e a confiabilidade dos elementos de prova coletados. A ausência de uma cadeia de custódia íntegra compromete não apenas a validade da prova, mas também a credibilidade do próprio processo judicial.

Oliveira, ao examinar a prova emprestada e outros meios atípicos, destaca que "a preservação da autenticidade da prova é imprescindível para que esta possa ser considerada válida no processo penal" (2022). Esta perspectiva reforça a necessidade de rastrear todas as etapas de obtenção, manipulação e armazenamento da prova, especialmente no caso de provas digitais, audiovisuais ou biométricas, que são altamente suscetíveis a adulterações.

A ausência de protocolos rigorosos de preservação da prova coloca em risco a paridade de armas entre acusação e defesa, além de enfraquecer a motivação racional da decisão judicial. A cadeia de custódia não é apenas um requisito formal, mas um mecanismo essencial para garantir a integridade da atividade probatória.

A análise dos conceitos de prova típica e atípica permite perceber que a atividade probatória no processo penal se constrói entre a necessidade de eficiência e a proteção das garantias constitucionais. De um lado, a previsão legal da prova típica assegura a previsibilidade e a segurança jurídica; de outro, a admissão da prova atípica, desde que submetida a critérios de confiabilidade e contraditório substancial, revela-se compatível com o dinamismo social e tecnológico.

Freitas, ao abordar os riscos das inovações probatórias, adverte que "a ausência de filtros epistêmicos rigorosos pode transformar o processo penal em instrumento de legitimação de arbitrariedades" (2023).

Essa advertência evidencia a necessidade de consolidar uma epistemologia da prova penal que equilibre, de forma crítica, liberdade probatória e limites constitucionais. Dessa forma, a distinção entre prova típica e atípica, longe de ser uma classificação meramente formal, deve ser compreendida como uma exigência de racionalização e controle da atividade jurisdicional, em prol de um processo penal que seja, ao mesmo tempo, eficiente na busca da verdade e fiel aos postulados do Estado Democrático de Direito.

Estado da Arte: Tendências e Desafios Contemporâneos

O avanço acelerado das tecnologias de informação e comunicação impactou de maneira profunda a dinâmica da produção de provas no processo penal. Recursos como reconhecimento facial, algoritmos de inteligência artificial, bancos de dados biométricos e a coleta de evidências digitais transformaram não apenas os métodos investigativos, mas também os critérios de admissibilidade e valoração probatória.

Em um contexto no qual os meios tradicionais de produção de prova enfrentam limitações práticas e temporais, a utilização de tecnologias de ponta promete maior eficiência,

precisão e abrangência. Contudo, essa promessa de modernização vem acompanhada de sérios riscos epistêmicos e constitucionais.

A ausência de protocolos técnicos uniformes para aferir a confiabilidade de algoritmos, o viés racial em sistemas de reconhecimento facial e a vulnerabilidade das provas digitais à manipulação revelam que a inovação tecnológica não elimina a necessidade de rigorosos controles.

Assim, a análise crítica do impacto das novas tecnologias na produção de prova exige considerar tanto as oportunidades quanto os riscos que tais inovações introduzem no sistema de justiça criminal, preparando o terreno para a reflexão subsequente sobre a transformação da atividade probatória.

A transformação da atividade probatória a partir das inovações tecnológicas inaugura novas possibilidades, mas também gera desafios inéditos para a confiabilidade do processo penal. O acesso a grandes bases de dados, a automação de inferências e a possibilidade de reconstrução detalhada de trajetórias pessoais, por meio de geolocalização e monitoramento digital, permitem às autoridades obter elementos de prova que antes seriam de difícil alcance.

Essa expansão do alcance investigativo, todavia, acarreta o risco de deterioração dos critérios tradicionais de autenticidade, integridade e confiabilidade das provas.

A produção massiva de dados, muitas vezes sem a participação direta dos sujeitos processuais, gera evidências cuja origem e validade são de difícil verificação. Assim, embora as tecnologias ampliem o arsenal probatório do Estado, também ampliam a margem de erro, de manipulação e de abuso, o que exige mecanismos de controle ainda mais rigorosos do que aqueles tradicionalmente utilizados no processo penal.

Em nome da obtenção da "verdade real" e da eficácia investigativa, observa-se uma tendência crescente à relativização de princípios constitucionais basilares, como o contraditório e a ampla defesa. A aceitação indistinta de provas obtidas por meios atípicos, especialmente aquelas derivadas de tecnologias duvidosas ou de fontes informais, compromete a transparência e a legitimidade do processo penal, podendo resultar em decisões judiciais ancoradas em elementos não confiáveis ou ilícitos.

A falta de parâmetros objetivos de admissibilidade gera insegurança jurídica e pode fomentar práticas autoritárias sob o pretexto da inovação. Diante desse panorama, a reafirmação dos limites constitucionais da atividade probatória surge como condição indispensável para assegurar a racionalidade, a equidade e a legitimidade do processo penal.

A inexistência de normas claras em relação à prova atípica tecnológica tem gerado insegurança jurídica, tanto para os operadores do direito quanto para os acusados. Em muitos

casos, o processo penal torna-se refém de discursos tecnocráticos que naturalizam a utilização de instrumentos de vigilância e inferência automatizada, sem que se analise criticamente seu impacto sobre a presunção de inocência e o contraditório substancial.

Ramos (2021) adverte que a adoção de provas geradas por algoritmos, como no caso do reconhecimento facial automatizado, amplia a assimetria entre as partes e compromete a legitimidade da produção da prova.

Esse desequilíbrio é reforçado por uma jurisprudência ainda instável. Decisões recentes do STF e STJ revelam oscilações preocupantes: ora validam a prova obtida por geolocalização com base em fontes extrajudiciais, ora a repudiam por ausência de cadeia de custódia e impossibilidade de contraditório efetivo.

Como destaca Almeida (2022), essa flutuação interpretativa prejudica a segurança jurídica e permite que o uso da tecnologia no processo penal avance sem o devido controle constitucional. Tal cenário exige a elaboração de critérios objetivos e reiterados de admissibilidade, que incluam não apenas a origem formal da prova, mas também sua qualidade epistêmica.

A construção de uma teoria crítica da prova penal contemporânea passa, portanto, pela exigência de que toda inovação tecnológica seja acompanhada de filtros normativos robustos. Martins (2020) propõe que o contraditório seja reinterpretado como um espaço de resistência no qual as provas, típicas ou não, devem ser submetidas à contestação racional das partes, com especial atenção ao risco de decisões baseadas em elementos opacos ou de baixa verificabilidade.

Nesse sentido, a tecnologia não pode ser tratada como um fim em si mesma, mas como um instrumento subordinado à lógica constitucional, à dignidade da pessoa humana e à integridade do processo penal.

A atividade probatória deve ser vista como um campo de discussões, em que o interesse na eficácia investigativa e probatória não pode se sobrepor aos direitos fundamentais do imputado. Esse equilíbrio exige do julgador um papel ativo na verificação da regularidade e da confiabilidade dos meios de prova apresentados, sob pena de comprometimento da legitimidade do processo e da decisão penal. A partir dessa perspectiva, faz-se necessário avançar para a discussão de propostas concretas de controle da produção de provas.

As exigências de controle da prova penal, diante dos desafios, impõem a necessidade de adoção de mecanismos normativos e procedimentais mais rigorosos para a validação das provas atípicas. Entre esses mecanismos, destaca-se a importância da cadeia de custódia, da

documentação exaustiva das etapas de obtenção da prova e da adoção de protocolos públicos de verificação da confiabilidade de sistemas tecnológicos utilizados na coleta de evidências.

Além disso, torna-se imperioso que a decisão judicial sobre a admissibilidade da prova seja fundamentada de forma explícita, demonstrando a observância dos princípios constitucionais aplicáveis e o cumprimento dos requisitos epistêmicos mínimos de validade.

Nesse sentido, a regulação da prova atípica não deve se limitar à proibição ou aceitação indiscriminada, mas deve incorporar uma lógica de justificação racional e pública da admissibilidade, assegurando que a inovação tecnológica no campo probatório esteja em consonância com o Estado Constitucional de Direito. Essa compreensão crítica permite estabelecer o fundamento para uma prática probatória que harmonize inovação e garantismo.

Diante das transformações analisadas, a modernização da atividade probatória no processo penal, embora inevitável e, em muitos aspectos, desejável, deve ser conduzida sob a égide do garantismo constitucional e da racionalidade epistêmica.

A conciliação entre a adoção de novas tecnologias probatórias e a proteção dos direitos fundamentais não é apenas possível, mas necessária para a preservação da legitimidade do processo penal em sociedades democráticas.

A epistemologia da prova penal deve, portanto, rejeitar tanto o formalismo excessivo quanto o pragmatismo desmedido, buscando construir critérios de admissibilidade e valoração das provas que sejam simultaneamente eficazes e respeitosos das garantias processuais.

Nesse contexto, a distinção entre prova típica e atípica perde sua rigidez formalista e passa a ser avaliada em função da compatibilidade dos meios probatórios com os princípios constitucionais e com os padrões públicos de racionalidade crítica. Assim, reafirma-se a necessidade de que toda inovação na produção da prova penal esteja submetida a testes rigorosos de legalidade, confiabilidade e contraditório substancial, consolidando um modelo de processo penal que seja, ao mesmo tempo, eficiente na busca da verdade e fiel aos valores fundamentais do Estado de Direito.

Conclusão

O presente artigo teve como objetivo examinar a evolução da produção de prova no processo penal, com foco na diferenciação entre provas típicas e atípicas, e nos desafios epistemológicos e constitucionais que se impõem diante das inovações tecnológicas.

Partiu-se da premissa de que a atividade probatória não se limita à obtenção de elementos de convicção, mas constitui um espaço fundamental de realização dos direitos

fundamentais, devendo ser orientada por critérios rigorosos de legalidade, racionalidade e controle democrático.

Inicialmente, o estudo demonstrou que a fundamentação teórica da prova penal repousa sobre bases complexas. A teoria garantista de Ferrajoli enfatiza a tipicidade como condição de previsibilidade e limitação do poder punitivo, enquanto Taruffo propõe a substituição da rigidez formal por critérios de racionalidade pública e justificação crítica.

Badaró e Lopes Jr. destacam, por sua vez, que a admissibilidade da prova deve obedecer aos princípios constitucionais do contraditório substancial, da ampla defesa e do devido processo legal, reafirmando a centralidade das garantias na formação do convencimento judicial.

Mitermayer complementa essa construção ao rejeitar a busca da verdade absoluta, propondo uma epistemologia da prova ancorada na racionalidade procedimental e na justificabilidade pública das inferências.

A análise da tipologia da prova penal evidenciou que a prova típica, por sua previsão normativa expressa, oferece maior segurança jurídica quanto à sua admissibilidade e valoração, mas não se exime da necessidade de controle crítico de sua produção e autenticidade.

Por outro lado, a prova atípica, embora carente de regulamentação específica, pode ser admitida no processo penal, desde que apresente confiabilidade, respeitando os princípios constitucionais do contraditório e a proporcionalidade. A crescente utilização de meios tecnológicos, como provas digitais, reconhecimento facial e geolocalização, reforça a necessidade de repensar os critérios tradicionais de admissibilidade sem abrir mão das garantias fundamentais.

O exame do estado da arte revelou que as tendências impulsionadas pela inovação tecnológica, têm gerado uma transformação profunda na dinâmica probatória, com a introdução de novos meios de obtenção de provas que ampliam o alcance investigativo, mas também aumentam as possibilidades de ferir direitos e garantias.

A flexibilização excessiva dos critérios de admissibilidade, em nome da eficiência ou da busca da "verdade real", representa uma ameaça concreta à legitimidade do processo penal, podendo conduzir à legitimação de práticas inquisitórias disfarçadas sob a ideia de modernização.

Nesse cenário, a reafirmação dos limites constitucionais, especialmente do contraditório substancial, da cadeia de custódia e da motivação racional das decisões, assume papel imprescindível para preservar o processo penal como instrumento de proteção dos direitos fundamentais e não como mero instrumento de gestão eficiente do conflito penal.

Embora o estudo tenha alcançado seus objetivos, é importante reconhecer algumas limitações. A abordagem adotada, de natureza essencialmente teórica e bibliográfica, embora rigorosa, não analisou empiricamente decisões judiciais recentes que aplicam ou contestam o uso de provas atípicas.

Estudos futuros poderão enriquecer essa discussão mediante a realização de pesquisas empíricas sobre a prática judicial brasileira, especialmente nos tribunais superiores, para verificar em que medida as tendências apontadas neste trabalho se confirmam ou se desdobram na realidade forense.

A partir dos resultados obtidos, destaca-se que o processo penal exige a construção de uma prática probatória que integre inovação tecnológica e proteção das garantias fundamentais. A epistemologia da prova penal deve ser reconcebida à luz dos desafios contemporâneos, incorporando critérios de racionalidade crítica, de justificação pública das decisões e de respeito incondicional aos direitos constitucionais.

Dessa forma, é possível promover uma modernização responsável da atividade probatória, capaz de conjugar a eficiência investigativa com a fidelidade aos valores fundamentais do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Luciana de Souza. Provas digitais e o reconhecimento facial no processo penal: riscos epistêmicos e limites constitucionais. **Revista de Direito Penal Contemporâneo**, v. 8, n. 3, p. 73-98, 2022.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Prova Penal: Entre a Verdade e a Legalidade**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BÜHLER, Francisco Dirceu. Cadeia de custódia e validade da prova penal: novos paradigmas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 569-599, 2021. Disponível em: <https://rbpp.fumec.br/rbpp/article/view/570>. Acesso em: 27 abr. 2025.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FREITAS, Rogério Dutra dos Santos. Inovações probatórias e seus riscos ao devido processo penal: uma leitura crítica. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 2, p. 1301-1323, 2023. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/72899>. Acesso em: 27 abr. 2025.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Epistemologia da prova penal: entre o ideal da verdade e os limites processuais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 149, p. 7-30, 2019. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/294/318>. Acesso em: 27 abr. 2025.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

LOPES, José Ribas Vieira. **A verdade no processo penal: epistemologia e prova**. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2023.

MARTINS, André Luiz Callegari. O princípio do contraditório e a formação racional da prova penal. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 2, p. 1527-1548, 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/54317>. Acesso em: 27 abr. 2025.

MARTINS, Caio Paiva. O contraditório como resistência epistêmica: novas tecnologias e garantias no processo penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 6, n. 3, p. 445-472, 2020.

MITERMAYER, Lorenz. **A Verdade como Problema: Epistemologia e Prova no Direito Penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Admissibilidade da prova emprestada e seus limites no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 30, n. 175, p. 183-207, 2022. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/321/350>. Acesso em: 27 abr. 2025.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2023.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Constitucionalismo e processo penal: fundamentos normativos do garantismo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

PINA, Rafael Augusto de Souza. Prova e verdade no processo penal: uma análise crítica das teorias contemporâneas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Belo Horizonte, v. 8, n. 2, p. 785-814, 2022. Disponível em: <https://rbpp.fumec.br/rbpp/article/view/633>. Acesso em: 27 abr. 2025.

RAMOS, Thiago. Algoritmos e processo penal: riscos e garantias fundamentais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 29, n. 172, p. 121-140, 2021.

SILVA, Vinícius Gomes. Prova atípica e contraditório substancial: parâmetros de admissibilidade. **Revista de Processo Penal (RPP)**, Salvador, v. 6, n. 2, p. 413-440, 2020.

Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/RPP/article/view/1145>. Acesso em: 27 abr. 2025.

TARUFFO, Michele. **A Prova dos Fatos: Uma Teoria da Prova Judicial**. São Paulo: Marcial Pons, 2011.

TAVARES, André Nicolitt. A prova penal no Estado Democrático de Direito: para além do sistema inquisitório. **Revista de Processo Penal (RPP)**, Salvador, v. 6, n. 2, p. 373-393, 2020. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/RPP/article/view/1143>. Acesso em: 27 abr. 2025.