

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

VINÍCIUS SCATIGNO LAPETINA

PROVA NOVA EM FASE RECURSAL NO PROCESSO PENAL

Mestrado em Direito

São Paulo

2021

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

VINÍCIUS SCATIGNO LAPETINA

PROVA NOVA EM FASE RECURSAL NO PROCESSO PENAL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na subárea Direito Processual Penal, sob a orientação do Professor Doutor Marco Antonio Marques da Silva.

São Paulo

2021

Sistemas de Bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -
Ficha Catalográfica com dados fornecidos pelo autor

Lapetina, Vinícius Scatigno

Prova nova em fase recursal no processo penal /
Vinícius Scatigno Lapetina. -- São Paulo: [s.n.],
2021.

91p ; 21,5 x 30 cm.

Orientador: Marco Antonio Marques da Silva.
Dissertação (Mestrado)-- Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós
Graduados em Direito.

1. Prova. 2. Verdade . 3. Direito de Defesa . 4.
Devido Processo Legal. I. Silva, Marco Antonio
Marques da. II. Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em
Direito. III. Título.

CDD

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

VINÍCIUS SCATIGNO LAPETINA

PROVA NOVA EM FASE RECURSAL NO PROCESSO PENAL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na subárea Direito Processual Penal, sob a orientação do Professor Doutor Marco Antonio Marques da Silva.

Aprovado em: ____/____/____.

Banca Examinadora

Professor Doutor Marco Antonio Marques da Silva (Orientador).

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

À minha esposa Elaine e aos meus filhos Guilherme e Eduardo, por me apoiarem e me incentivarem a estudar e aprofundar meus conhecimentos jurídicos e acadêmicos. A eles, por estarem ao meu lado, em tempos de pandemia, nos momentos de estudo e de aulas virtuais.

À minha mãe, pelo amor e carinho oferecido ao longo da vida.

Ao professor Marco Antonio Marques da Silva, pelas lições e orientação acadêmica oferecida neste curso de pós-graduação.

Ao Professor Claudio José Langroiva Pereira, pelos ensinamentos oferecidos em aula e pela atenção dispendida.

Aos meus colegas e sócios de escritório, que me ensinam e comigo dividem as angústias do cotidiano da advocacia.

O processo penal somente se justifica se for veículo de realização de justiça, da assegução do bem, da pacificação social, sendo essas as suas finalidades. Ele será mais efetivo quanto mais conseguir realizar esses objetivos, os quais somente se concretizam se ele conseguir conjugar de forma equilibrada os interesses do Estado na perseguição de autores de crimes e dos acusados na defesa de sua liberdade.

FERNANDES, Antônio Scarance, Efetividade, processo penal e dignidade da pessoa humana. *In*: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quatier Latin, 2009, p. 583.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo aprofundar a discussão sobre a importância da prova no processo penal. Nessa linha, são abordadas questões relativas ao formato do processo penal e o momento em que provas podem ser requeridas, produzidas e avaliadas.

A discussão proposta nesta pesquisa considera não somente o aspecto formal do processo, regido pelas regras previstas no Código de Processo Penal, mas também o direito de defesa e a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, propõe-se a reflexão sobre a possibilidade de produção e de apreciação de provas em momentos impróprios no processo penal.

O conflito de princípios constitucionais, como o devido processo legal *versus* o direito de defesa pode pautar profundas discussões sobre o tema *prova no processo penal*. A pesquisa não fica alheia à questão, principalmente quando tratar do surgimento de prova no decorrer do processamento de recursos levados aos tribunais recursais do Poder Judiciário.

Se o momento adequado para o manejo de provas no processo, segundo o Código de Processo Penal, acontece durante a instrução processual, e é destinada, numa primeira análise, ao juízo de primeiro grau, afinal, *o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial*, o surgimento de prova em sede recursal pode parecer um problema, questão que merece ser debatida.

Se também é verídico que o processo penal deve se aproximar da verdade dos fatos pelas provas produzidas, como premissa para se chegar ao julgamento mais justo, o surgimento de novas provas em fase de recurso pode colocar esta premissa em atrito com as regras de preclusão previstas na lei penal adjetiva, ponto este que também merecerá ser debatido.

Enfim, o tema eleito como foco deste estudo alcança questões principiológicas de ordem constitucional e infraconstitucional. No centro da discussão está a prova no processo penal, seu conceito e características, o momento de seu surgimento para o processo e a possibilidade de sua apreciação pelo juízo criminal nas instâncias recursais.

Palavras-chaves: Prova; Verdade; Direito de defesa; Devido processo legal; Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

This research aims to deepen the discussion on the importance of evidence in criminal proceedings. Along these lines, issues relating to the format of the criminal procedure and the moment in which evidence can be presented by the parties and appreciated by the judge will be addressed.

The discussion carried out in this work will take into account not only the formal aspect of the process, governed by the rules provided for in the Code of Criminal Procedure, but will also consider the right to defense and the dignity of the human person. In this sense, I propose a reflection on the possibility of analyzing evidence presented at inappropriate moments in criminal proceedings.

The conflict of constitutional principles, such as due legal process versus the right of defense, can guide deep discussions on the theme of proof in criminal proceedings. This work will not ignore this issue, especially when dealing with the appearance of evidence during the processing of appeals taken to the second and third degree courts under the jurisdiction of the Judiciary.

If the appropriate time for the production and presentation of evidence in the process, according to the Code of Criminal Procedure, takes place during the investigation, destined for the lower court, after all, the judge will form his conviction by the free assessment of the evidence produced in a court case, the appearance of evidence on appeal may seem to be a problem, and this issue deserves to be debated.

If it is also true that the criminal process must approach the truth of the facts by the evidence produced, as a premise to reach a fairer trial, the emergence of new evidence in the appeal stage may put this premise in conflict with the rules in a manner provided in the adjective criminal law, a point that will also deserve to be debated.

Finally, the theme of this work reaches constitutional and infra-constitutional principiological and normative questions. At the center of the discussion is the evidence in the criminal process, its concept, its characteristics, the moment of its emergence for the process and the possibility of its appreciation by the criminal court in the appellate instances.

Keywords: Proof; Truth; Right of defense; Due process; Human dignity.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	A PROVA NO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL	13
2.1	Considerações gerais – conceito	13
2.2	Objeto da prova	15
2.3	Destinatário da prova	16
2.4	Sistema de avaliação de prova – sistema livre convencimento	18
2.5	A prova como motivação da sentença penal	19
2.6	Tipos de prova	20
2.7	Fonte de prova, meios de prova, elementos de prova e resultado probatório	21
2.7.1	Fonte de prova	21
2.7.2	Meio de prova	22
2.7.2.1	Prova testemunhal	23
2.7.2.2	Prova documental	24
2.7.2.3	Prova pericial	25
2.7.2.4	Perguntas ao ofendido	26
2.7.2.5	Reconhecimento de pessoas e coisas	26
2.7.2.6	Acareação	27
2.7.2.7	Interrogatório	28
2.7.2.8	Indícios	29
2.7.2.9	Busca e apreensão	30
2.7.3	Elemento de prova	30
2.7.4	Resultado probatório	31
3	DIREITO À PROVA	32
3.1	Elementos que integram o direito à prova	33
3.2	Ônus da prova	36
3.3	A verdade no direito penal – iniciativa instrutória do juiz	38
4	MOMENTO DA PROVA	42
4.1	Do direito ao contraditório e o momento da prova	42
4.2	Preclusão probatória	45
4.3	Prova nova	50
5	PRODUÇÃO DE PROVA EM SEDE RECURSAL	57
5.1	Recursos: conceito e fundamento jurídico	57
5.2	Abrangência do duplo grau de jurisdição	58
5.3	Efeitos dos recursos penais	62
5.3.1	Efeito devolutivo	63
5.3.2	Efeito suspensivo	65
5.4	Recursos em espécie	67
5.4.1	Recurso de Apelação	67
5.4.1.1	Prova nova durante o processamento do Recurso de Apelação	68
5.4.2	Recurso em Sentido Estrito	71
5.4.2.1	Prova nova durante o processamento do Recurso em Sentido Estrito	71
5.4.3	Recursos Excepcionais (Especial e Extraordinário)	72
5.4.3.1	Prova nova durante o processamento dos Recursos Excepcionais	74

5.5	Ajuizamento de Revisão Criminal antes do trânsito em julgado	76
6	CONCLUSÃO	79
	REFERÊNCIAS	85

1 INTRODUÇÃO

Revela-se um grande problema do sistema de Justiça brasileiro atualmente a quantidade de encarceramento de pessoas que poderiam não estar presas, bem como o número de casos de condenações criminais de inocentes. Recorrentes são as estórias lançadas à sociedade de pessoas que, depois da revisão de seus processos, tiveram reparados possíveis erros judiciais cometidos¹².

Diversas são as razões que dão causa a essa mazela. Problemas na investigação policial, deficiência administrativa do Estado, pré-julgamento de pessoas com passado criminoso, preconceito de autoridades públicas e, principalmente, deficiência ou ausência de defesa efetiva do acusado.

A falha no exercício da defesa é vista em enorme quantidade em casos nos quais são prolatadas sentenças condenatórias em que o réu efetivamente não exerceu seu direito de contraditar a acusação, seja porque foi mal assistido tecnicamente, seja porque não foram atendidos os rituais processuais ou, ainda, porque lhe foi tolhido o direito de produzir provas no processo.

Sobre esse último ponto, vale destacar que o direito à prova tem suas raízes no Estado Democrático de Direito, por meio da previsão constitucional do art. 5º, LIV, que expõe, como direito fundamental, o princípio do devido processo legal, do qual emana o contraditório e a ampla defesa, direito de ação, isonomia, entre outras garantias que almejam um processo justo, efetivo e que preserve a dignidade da pessoa humana.

O direito à prova também é garantido pela legislação infraconstitucional. O Código de Processo Penal, além de prever os momentos e as etapas da atividade probatória, também aponta os meios típicos de prova. A Convenção Americana de Direitos Humanos, introduzida no

¹² 1. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**, HC 598.886, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, j. 27-10-2020, Public. 28-10-2020 (“Segundo pesquisa feita por essa ONG, aproximadamente 75% das condenações de inocentes se devem a erros cometidos pelas vítimas e por testemunhas ao identificar os suspeitos no ato do reconhecimento. Em 38% dos casos em que houve esse erro, várias testemunhas oculares identificaram incorretamente o mesmo suspeito inocente”). 2. Relatório elaborado em 11 de setembro de 2020 pela Coordenadoria de Defesa Criminal e da Diretoria de Estudos e Pesquisa de acesso à Justiça da Defensoria Pública do Rio de Janeiro aponta que “houve erro em pelo menos 58 casos de reconhecimento fotográfico, que resultaram em acusações injustas e mesmo na prisão de pessoas que nada tinham a ver com o crime que lhes era imputado”. Relatório publicado no *site* da Defensoria Pública fluminense. RIO DE JANEIRO. **Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**. Relatório publicado: em 11 set. 2020. Disponível em: <https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/imagens/d12a8206c9044a3e92716341a99b2f6f.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021.

ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 678/1992, reforça, na conjunção de seus dispositivos, a garantia do acusado defender-se exercendo a atividade probatória.

O protagonismo da prova no processo penal aproxima o julgador dos fatos levados à discussão e possibilita a atuação jurisdicional de forma mais justa.

Nessa linha é que esta dissertação se dedica a trazer conceitos doutrinários, tratar da prova no contexto legal, pontuar as nuances relacionadas ao direito à prova, abordar o momento da prova no processo e, principalmente, refletir sobre a possibilidade de surgimento de prova nova em sede recursal.

No capítulo 2 será abordado o conceito de prova, o objeto da prova, a quem se dedica a atividade probatória, os sistemas de avaliação da prova, os tipos de prova, os meios de prova, o elemento de prova e o resultado probatório.

O capítulo 3, por sua vez, tratará dos elementos que integram a prova, a quem cabe provar, a verdade no direito penal e, por último, a possibilidade de produção de prova pelo juiz.

Já no capítulo 4 dedica-se a estudar o direito ao contraditório e o momento da prova, a preclusão probatória e a definições sobre o conceito de prova nova.

Ao final, no capítulo 5, serão apresentadas questões sobre a atividade probatória em sede recursal. Para isso, será traçado o conceito e o fundamento jurídico de recurso, serão abordados pontos sobre a abrangência do duplo grau de jurisdição, dos efeitos recursais e analisados os recursos em espécie, além da possibilidade de se observar a atividade probatória em cada um deles. Por fim, levantar-se-á a possibilidade de ajuizamento de revisão criminal antes do trânsito em julgado.

O tema em pauta é relevante porque o direito probatório é questão central no processo, pois direciona a formação do convencimento do juiz, de maneira que seu exercício em momento atípico – em sede recursal –, desde que não obstada por entraves formais, pode resultar no lançamento de decisões penais mais justas.

2 A PROVA NO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

2.1 Considerações gerais – conceito

O termo *prova* encontra no uso ordinário e jurídico diversos significados. O vocábulo origina-se do latim *probatio*, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação¹³.

John Gilissen alerta para o fato de que a figura da *prova* não é exclusiva do domínio do direito, mas diz respeito a inúmeras outras disciplinas, tanto em ciências exatas como em ciências humanas, podendo assumir vários aspectos¹⁴.

No plano jurídico, a prova cuida de demonstrar a veracidade e a autenticidade de algo. Vincula-se à ação de provar, cujo objetivo é tornar claro e nítido ao juiz a realidade de um fato, de um acontecimento ou de um episódio. A prova vincula-se à verdade e à certeza, que se ligam à realidade, todas voltadas, entretanto, à convicção de seres humanos. O universo no qual estão inseridos estes juízos do espírito ou valoração sensíveis da mente humana precisa ser analisado tal como ele pode ser e como efetivamente é¹⁵.

Para Aury Lopes Júnior, “as provas são signos do fato que se quer conhecer, isto é, uma relação semiótica configurável de diversos modos, em que da correspondente análise surge a mais útil das possíveis classificações”¹⁶.

Na concepção de Marco Antonio Marques da Silva e Jayme Walmer de Freitas, “a prova é o dado concreto e objetivo que leva ao juiz a ciência sobre um fato, para que sobre ele seja feito um julgamento”¹⁷.

¹³ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 5.

¹⁴ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2. ed. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 712. “(i) *prova demonstrativa*, consistente em um raciocínio voltado a deduzir, de axiomas ou proposições já provadas, outras proposições. A prova demonstrativa diz respeito a ideias, dados abstratos, sendo empregada na matemática e na lógica; (ii) *prova experimental*, decorrente de experiências e tendo por objetivo demonstrar uma lei natural: exemplo clássico é a “lei da gravidade”, experimentalmente comprovada. É a espécie de prova utilizada nas ciências naturais; (iii) *prova histórica*, direcionada a reconstituir o passado, buscando provar os acontecimentos por meio dos vestígios deixados ao longo do tempo; e (iv) *prova judiciária*, que em muito se assemelha à prova histórica em virtude de visar à reconstrução de situações já ocorridas. Diferencia-se por ser produzida em juízo, com a função de convencer o julgador acerca da existência ou não de determinado fato’.

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 18.

¹⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 342.

¹⁷ SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 406.

A prova é a demonstração lógica da realidade, por meio de instrumentos legalmente previstos, que busca gerar a certeza em relação aos fatos alegados e, por consequência, traz a convicção objetiva para o deslinde da demanda.

Com efeito, a prova é “o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo”¹⁸. No dizer das Ordenações Filipinas, “a prova é o farol que deve guiar o juiz nas suas decisões sobre as questões de fato”¹⁹.

Sob esse prisma, Nicola Framarino dei Malatesta argumenta que a prova é

o meio objetivo com que a verdade atinge o espírito; e o espírito pode, relativamente a um objeto, chegar por meio das provas tanto à simples credibilidade, como à probabilidade e certeza; existirão, assim, provas de credibilidade, de probabilidade e de certeza. A prova, portanto, em geral, é a relação concreta entre a verdade e o espírito humano nas suas especiais determinações de credibilidade, probabilidade e certeza²⁰.

Para Vera Kaiser Sanches Kerr,

sentenças justas pressupõem provas capazes de refletir a realidade mais próxima ao fato, ou seja, a verdade possível sobre o ocorrido, resultado de um processo que não busca a verdade a qualquer preço, na medida em que respeita as garantias do acusado e as regras do devido processo legal²¹.

Para Antônio Dellepiane, o termo *prova* é usado, ordinariamente, no sentido de representar elementos produzidos pelas partes ou recolhidos pelo julgador, a fim de estabelecer no processo a existência de certos fatos²². Ademais, argumenta que “referido vocábulo serve para designar, também, o fenômeno psicológico, o estado de espírito produzido no julgador por aqueles elementos de juízo, ou seja, a convicção, a certeza acerca da existência dos fatos sobre os quais recairá seu pronunciamento”.

¹⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 348.

¹⁹ ORDENAÇÕES FILIPINAS – Livro III, título 63. Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/legislacao/federal/209021-livro-iii-ordenacoes-filipinas-titulo-lxiii-que-os-julgadores-julguem-pela-verdade-sabida-sem-embargo-do-erro-do-processo.html>. Acesso em: 22 nov. 2021.

²⁰ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 6. ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2005, p. 87.

²¹ KERR, Vera Kaiser Sanches. A disciplina da prova no direito processual penal brasileiro. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide. **Provas no processo penal – estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 58.

²² DELLEPIANE, Antônio. **Nova teoria da prova**. Rio de Janeiro: Jacintho, 1942, p. 22.

A importância da prova no processo penal possui contornos acentuados, pois, como leciona Antonio Magalhães Gomes Filho, “só a prova cabal do fato criminoso é capaz de superar a presunção de inocência do acusado, que representa a maior garantia do cidadão contra o uso arbitrário do poder punitivo”²³. E destaca:

se a prova é a demonstração lógica da realidade, com objetivo de gerar, no magistrado, a certeza em relação aos fatos alegados, naturalmente, a finalidade da prova é a produção do convencimento do juiz no tocante à verdade processual, vale dizer, a verdade possível de ser alcançada no processo²⁴.

Portanto, o julgador deve se ater à verdade construída no processo para proferir o seu veredicto, cabendo à parte, no contexto probatório, concentrar-se na extração do maior número de elementos viáveis para a persuasão racional de quem recebe a prova. Em última análise, é a prova manejada no processo que dá rumo às decisões tomadas pelo julgador, por isso, é de suma importância entendermos os elementos que circundam sua existência.

2.2 Objeto da prova

De acordo com Guilherme de Souza Nucci, “o objeto da prova são os fatos alegados pelas partes, merecedores de demonstração, ou seja, de adequação à realidade”²⁵.

Geraldo Prado, por sua vez, pondera que “o juízo de verdadeiro ou falso não recai sobre o fato em si, mas sobre a proposição/afirmação/enunciado relativo à existência do fato”²⁶.

Em outras palavras, o que se prova é a hipótese acusatória, prova-se o que consta no discurso acusatório, na alegação dos fatos formulada por uma das partes. Isso parece evidente, visto que se a prova busca fundar uma afirmação mais provável acerca da verdade, ou seja, da relação entre o enunciado e o dado empírico, seu objeto não pode ser esse dado empírico, mas o enunciado que se faz sobre ele.

Nessa linha, argumentam Juarez Tavares e Rubens Casara: “todo dado empírico só tem relevância quando se veja inserido em sua explicação. Um dado empírico existe por si

²³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide (org.) **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005, p. 303.

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 21.

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 21

²⁶ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 31.

mesmo, mas seu significado não decorre dessa sua existência, senão da afirmação de que existe”²⁷.

Ademais, observam:

a existência do fato deve ser o pressuposto de qualquer enunciado. Assim, na execução dos meios de prova sobre a explicação acerca da afirmação sobre o objeto, o fato é também relevante e será mais relevante quando tenha idoneidade para justificar a emissão de um enunciado sobre ele²⁸.

Valendo-se dessa premissa, e tendo em vista a possibilidade de falha dos enunciados, admite-se que alguns dados não podem ser objeto de prova.

Dentre eles, em primeiro lugar, alegações sobre fatos impertinentes e irrelevantes. Os fatos impertinentes

não podem ser admitidos como objeto de prova porque violam a seriedade do procedimento; os fatos irrelevantes ficam de fora da investigação, em face do princípio da idoneidade, ou seja, só são suscetíveis de prova as alegações que visam demonstrar a verdade da proposição e não, assim, qualquer alegação que nada possa trazer esclarecimento do fato²⁹.

Também não são objeto de prova os fatos notórios, simplesmente porque se incluem entre aqueles objetos que possuem aceitação universal.

Quanto aos fatos considerados incontroversos, há de se analisar mais detidamente e observar em qual campo do direito estão sendo tratados. Com efeito, a confissão, por exemplo, é vista no direito processual civil como fato incontroverso, e não é objeto de prova. Já no direito processual penal, a confissão do réu não é suficiente para conferir verdade ao fato alegado, revelando-se, portanto, objeto de prova.

2.3 Destinatário da prova

O art. 155 do Código de Processo Penal preceitua que o juiz formará sua convicção pelas provas produzidas em contraditório judicial, não podendo fundamentar a sentença exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

²⁷ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 23.

²⁸ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 23.

²⁹ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 24.

Partindo-se desse preceito normativo, tem-se claro que o destinatário direto da prova produzida no processo é o juiz da causa. Mais do que isso, são os julgadores do processo. Juízes, desembargadores, ministros que exercem a jurisdição no processo são os destinatários da prova e, com ela, formam sua convicção.

São os juízes que, além de utilizarem as provas surgidas no decorrer da instrução processual para formar sua convicção, direcionam e limitam sua produção, quando pertinente e necessário, sob decisão fundamentada, seguindo as diretrizes do art. 400 do Código de Processo Penal.

Sobre o tema, Aury Lopes Júnior destaca: “o processo penal tem uma finalidade retrospectiva, em que, através das provas, pretende-se criar condições para a atividade recognitiva do juiz acerca de um fato passado, sendo que o saber decorrente do conhecimento desse fato legitimará o poder contido na sentença”³⁰.

Deixado de lado o estudo exclusivo ao campo do processo penal e analisadas algumas lições da teoria geral do processo, Humberto Theodoro Júnior professa que a prova deve conter três elementos, dentre eles o destinatário:

Toda prova há de ter um objeto, uma finalidade, um destinatário e deverá ser obtida mediante meios e métodos determinados. A prova judiciária tem como objeto os fatos deduzidos pelas partes em juízo. Sua finalidade é a formação da convicção em torno dos mesmos fatos. O destinatário é o juiz, pois é ele que deverá se convencer da verdade dos fatos para dar a solução jurídica ao litígio³¹.

Mas há na doutrina, principalmente no âmbito do processo civil, quem diga que o juiz não é o único destinatário da prova e que a prova, na verdade, tem por destinatários todos os sujeitos do processo. O juiz é o destinatário direto e o processo (assim como as partes do processo), o destinatário indireto.

Para ilustrar essa posição, Paulo Rogério Zaneti ressalta: “o destinatário imediato da prova seria o magistrado, na medida em que a finalidade da prova é o convencimento do juiz acerca dos fatos alegados pelas partes nos autos do processo. Já o destinatário mediato da prova seria o processo, como instrumento de exercício da jurisdição”³².

³⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 344.

³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 497.

³² ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 43.

Em uma linha mais extrema, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam:

[...] o destinatário da prova é o processo. O juiz deve julgar segundo o alegado em processo, porque o que não está nos autos não está no mundo. Portanto, a parte faz prova para que seja adquirida pelo processo. Feita a prova, compete à parte convencer o juiz da existência do fato e conteúdo da prova³³.

A divergência de posições apresenta relevância na compreensão do tema por apresentar o aspecto da ponderação, mesmo porque a prova – como instituto que conduz à aproximação da realidade – não tem outro destinatário principal senão o magistrado.

Mas, do observado acima, extrai-se o entendimento que assegura como destinatário imediato o juiz, que forma seu convencimento com base na livre apreciação da prova e, como destinatário mediato o processo, que funciona como instrumento para concretizar e efetivar os direitos oriundos aos litigantes, que é conferido por meio da produção probatória diante do exercício da jurisdição.

Nessa linha, conclui-se: “embora a prova seja destinada ao juiz, não lhe pertence com exclusividade” e “a prova produzida por qualquer das partes pertence ao processo e ao interesse da Justiça”³⁴.

2.4 Sistema de avaliação de prova – sistema de livre convencimento

Considerando que o juiz é o principal destinatário da prova produzida no processo, tem-se que esse juiz, para justificar suas decisões, deve avaliar as provas utilizando critérios.

Existem no mundo jurídico processual três sistemas de aferição de provas submetidas ao contraditório: (i) sistema legal ou tarifado; (ii) o sistema da livre convicção, e; (iii) o sistema da persuasão racional ou livre convencimento.

O sistema tarifado tem uma concepção mais antiquada e ultrapassada. Conforme explicam Marco Antonio Marques da Silva e Jayme Walmer de Freitas, “cada prova tinha seu valor predefinido em lei, de modo que o juiz era obrigado a segui-lo”, ou seja, “existia uma hierarquia entre as provas e a confissão era a rainha delas”³⁵.

³³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 3. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 612.

³⁴ SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 423.

³⁵ SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 413.

No sistema da livre convicção, o juiz tem plena autonomia para julgar as provas. Julga sem limitações, conforme sua convicção pessoal do caso. A adoção desse sistema de avaliação probatória é observada no Tribunal do Júri, na medida em que os jurados tomam suas decisões, sem necessidade de justificar, com base na íntima convicção pessoal.

Por último, há o sistema da persuasão racional ou do livre convencimento, no qual o “juiz é livre para apreciar e valorar racionalmente as provas constantes dos autos”³⁶. Nessa modalidade, o juiz só pode julgar com base no que existe no processo; deve fundamentar suas decisões com fundamento nas provas e não pode julgar o processo calcado em provas nulas ou proibidas.

É esse último o sistema adotado e validado no processo penal brasileiro. Nessa linha de pensamento, o Supremo Tribunal Federal, nas palavras do Ministro Menezes Direito, já falecido, registrou:

vige em nosso sistema o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual compete ao Juiz da causa valorar com ampla liberdade os elementos de prova constantes dos autos, desde que o faça motivadamente, com o que se permite a aferição dos parâmetros de legalidade e de razoabilidade adotados nessa operação intelectual³⁷.

2.5 A prova como motivação da sentença penal

De acordo com Gustavo Henrique Badaró,

a sentença é o ato que extingue o processo com ou sem o julgamento do mérito. A sentença de mérito é o destino natural do processo. A pretensão formulada perante o poder judiciário para ser resolvida, por meio de uma sentença, que definirá – por isso são chamadas definitivas – a relação material debatida em juízo. No processo penal, isto significa decidir o direito de punir estatal condenando ou absolvendo o acusado³⁸.

Ao proferir a sentença, o juiz deve fazer constar os motivos de fato e de direito que o levaram a decidir de uma ou de outra maneira. A necessidade de fundamentação decorre do princípio do livre convencimento e de expressa previsão constitucional prevista no art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988³⁹.

³⁶ SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 414.

³⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RHC 91.691. Rel. Min. Menezes Direito, 1ª Turma, j. 19-02-2008, DJe 25-4-2008.

³⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 533.

³⁹ BRASIL. Constituição Federal (1988). “Art. 93, IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em

Como visto na seção anterior, o juiz é livre para julgar, mas deve fundamentar a sentença prolatada, do contrário, poderá produzir uma sentença nula.

É certo que o juiz não precisa acolher todos os argumentos lançados pelas partes, nem considerar atendíveis os meios de provas produzidos no processo; pode, por exemplo, refutar os argumentos ou considerar atendíveis as provas invocadas insuficientes para convencê-lo. Entretanto, jamais, poderá ignorar o argumento da parte ou deixar de valorar a prova produzida. É com base na produção probatória que deve tomar sua decisão.

Ainda, segundo Gustavo Henrique Badaró,

do ponto de vista probatório, não basta que o juiz indique quais foram as provas que, por ele foram consideradas como confirmatórias da hipótese fática acolhida. É necessário, também que o juiz indique por que as provas que davam suporte a versões diversas foram consideradas não atendíveis⁴⁰.

Em resumo, tem-se nas provas o suporte material para a prolação de uma sentença penal. As provas produzidas no processo devem passar por um processo de avaliação e tradução pelo magistrado, o qual deve referi-las na sentença, para que o provimento jurisdicional tenha validade e possa ser compreendida e questionada pelas partes, através de recurso próprio.

2.6 Tipos de prova

A prova é um fenômeno multifacetado, cuja natureza e definição variam conforme distintos fatores históricos, culturais e jurídicos⁴¹. Os sistemas probatórios sofreram diversas mudanças com o transcorrer do tempo e diferentes conceitos culturais relativos ao conhecimento, verdade e função das decisões judiciais tiveram forte influência nas concepções de prova.

Encontra-se na doutrina uma variada gama de classificações da prova, em virtude da diversidade de critérios adotados. Toma-se como referência a divisão elaborada por Nicola Framarino dei Malatesta,⁴² que se baseia em três aspectos: (i) conteúdo; (ii) sujeito que as emana; e (iii) forma em que se apresentam.

determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

⁴⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 534.

⁴¹ TARUFFO, Michele. **A prova**. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 57.

⁴² MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 6. ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2005, p. 23.

(i) Quanto ao conteúdo, tem-se a *prova direta*, quando esta se refere ao fato que se quer provar; e *prova indireta* refere-se a um fato diverso do que se pretende provar, mas dele podendo deduzir-se o fato principal.

(ii) No tocante ao sujeito que as emana, as provas podem ser: *pessoais*, já que produzidas pelo homem; ou *reais*, se deduzidas da própria coisa. A prova pessoal seria a divulgação feita por uma pessoa acerca das impressões que o fato probando imprimiu no seu espírito: é o caso do testemunho. A prova real, por sua vez, consistiria na revelação feita por uma coisa relativamente às marcas deixadas pelo fato que se pretende provar: verifica-se nas impressões digitais e demais vestígios, sendo a pessoa tida como coisa quando submetida a exame pericial.

(iii) No que concerne à forma, apresentam-se como: *testemunhais*, consistindo nas afirmações pessoais e orais; *documentais*, representadas por assertivas escritas ou gravadas; ou *materiais*, em que as próprias coisas atestam determinado acontecimento. A prova testemunhal seria subdividida em *testemunhal comum*, provinda de testemunha que interveio no fato e tem por objeto coisas perceptíveis pelo comum dos homens; e *testemunhal pericial*, oriunda de testemunha escolhida *post factum* e tem por objeto coisas perceptíveis só a quem possua conhecimentos técnicos concernentes a determinado assunto.

2.7 Fonte de prova, meios de prova, elementos de prova e resultado probatório

Dentre tantas acepções do conceito de prova, tem-se que a prova é tudo aquilo que é apto a levar conhecimento de alguma coisa a alguém⁴³. Tanto na linguagem comum, como na linguagem do mundo jurídico, há diversos outros símbolos capazes de revelar as definições sobre a concepção de prova. Dentre eles, é possível indicar: (i) fonte de prova, (ii) meios de prova, (iii) elemento de prova e (iv) resultado probatório.

2.7.1 Fonte de prova

Fonte de prova é aquilo que se considera idôneo a fornecer um resultado apreciável para a decisão do juiz, por exemplo, um documento, uma pessoa ou uma coisa. As fontes de

⁴³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 385.

prova são anteriores ao processo, por exemplo, alguém que viu um acidente é testemunha do acidente, mas o meio de prova somente ocorrerá se houver um depoimento judicial dessa testemunha⁴⁴.

Cândido Rangel Dinamarco considera serem fontes de prova os “meios instrumentais externos que, quando trazidos ao processo, o juiz e as partes submetem às investigações necessárias a obter tais informações” sobre a existência ou inexistência de um fato⁴⁵.

Dessa lição extrai-se, portanto, que fonte de prova é a origem da prova, aquilo que lhe dá nascimento.

2.7.2 Meio de prova

Os meios de prova são os instrumentos ou atividades por meio dos quais os dados probatórios (elementos de prova) são introduzidos e fixados no processo (produção da prova). Referem-se a uma atividade endoprocessual, desenvolvida perante o juiz, com o conhecimento e a participação das partes, visando introduzir e fixar dados probatórios no processo. São, em síntese, os canais de informação de que se serve o juiz⁴⁶.

A prova é um ato ou um procedimento que possui seus elementos ou meios para demonstrar a verdade do enunciado⁴⁷. O Código de Processo Penal especifica vários meios de prova: os exames de corpo de delito e perícias (art. 158 a 184), a confissão (art. 197 a 200), as perguntas ao ofendido (art. 201), as testemunhas (art. 202 a 225), o reconhecimento de pessoas e coisas (art. 226 a 228), a acareação (art. 229 e 230), os documentos (art. 231 a 238), os indícios (art. 239) e a busca e apreensão (art. 240). Esses meios de prova constituem os chamados meios legais de prova.

A enumeração, entretanto, não é taxativa. Outros meios de prova são admitidos, mas desde que compatíveis com os princípios de respeito ao direito de defesa e à dignidade da pessoa humana – são as provas inominadas, na expressão de Francesco Carnelutti⁴⁸.

⁴⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 386.

⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 3. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 86.

⁴⁶ KERR, Vera Kaiser Sanches. A disciplina da prova no direito processual penal brasileiro. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide. **Provas no processo penal – estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67.

⁴⁷ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 27.

⁴⁸ CARNELUTTI, Francesco. Sistema di Diritto Processuale Civile, 193, v. I, p. 746. In: MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. v. 3. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 337.

Segundo Juarez Tavares e Rubens Casara, a relevância dos meios de prova reside precisamente na verificação das condições de sua legitimidade. Para ser legítimo, o meio de prova deve obedecer aos preceitos instituídos nos respectivos Códigos de processo⁴⁹.

Não há meio de prova absoluto. A prova deve resultar da coerência na sua produção no decorrer do processo, regra que vale, aliás, para todos os meios de prova. Destaca-se que se não forem observadas as condições de sua realização, violadas as normas procedimentais, a prova será considerada ilegítima.

2.7.2.1 Prova testemunhal

A prova testemunhal é a peça central na ciência do processo, uma vez que exerce enorme influência na formação da convicção do juiz.

Conforme explica Antonio Magalhães Gomes Filho,

o testemunho é a mais antiga – e continua sendo a mais importante – forma de se obterem elementos para o juízo sobre os fatos no processo penal. Trata-se, antes de tudo, de fenômeno natural da vida em sociedade, pois se baseia na capacidade inata ao ser humano de ter percepções e poder de comunicá-las, pela linguagem, aos seus semelhantes⁵⁰.

O testemunho é um meio de produção típico, visto que não somente é nominado pelo Código de Processo Penal, como também tem seu procedimento disciplinado pelo texto legal.

A validade e a efetividade da prova testemunhal dependem das condições em que é realizada a inquirição. Com efeito, a prévia constatação de sua idoneidade e o distanciamento em relação aos interesses em jogo; a limitação do depoimento dos fatos, sem emissão de juízo pessoal sobre as partes envolvidas ou opiniões sobre o acontecimento dos fatos; a submissão ao crivo do contraditório; a ausência de coação na inquirição; o dever de sigilo sobre fatos relacionados ao exercício profissional ou relativos à intimidade pessoal; a atenção ao princípio de *non tenetur se detegere*; a ciência do imputado do direito de não se autoincriminar; a inquirição pelas partes, com intervenção do juiz em caso de dúvidas ou para assegurar a lisura do depoimento⁵¹.

⁴⁹ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 27-28.

⁵⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide (org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005, p. 303.

⁵¹ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 28.

2.7.2.2 Prova documental

A prova documental é de grande relevância para o processo penal, visto que viabiliza a representação de um fato importante à tomada de decisão do juiz. Contudo, sua produção geralmente ocorre fora do processo, em período anterior ao momento processual reservado à produção de prova, e é considerado irrepetível.

Dessa maneira, boa parte da doutrina a considera como meio de prova pré-constituída, produzida fora do processo, excepcionando a regra do contraditório como princípio informativo da produção da prova.

Nessa linha, Gustavo Henrique Badaró observa que “a produção da prova documental foge ao método dialético, somente vindo o contraditório a se operar na fase de admissão da prova do processo”⁵². E assim define documento: “é um meio de prova típico, idôneo a introduzir no processo elementos de prova pré-constituídos”⁵³.

Documento é um meio de prova por se tratar de instrumento por intermédio do qual elementos probatórios são introduzidos e fixados no processo; é típico, pois disciplinado pelo Código de Processo Penal e é idôneo, visto que mesmo produzido extraprocessualmente, não é possível, dentro de certos parâmetros, desmerecer a prova pré-constituída, na busca da verdade processual⁵⁴.

Na concepção de Guilherme de Souza Nucci,

documento é toda base materialmente disposta a concentrar e expressar um pensamento, uma ideia ou qualquer manifestação de vontade do ser humano, que sirva para expressar e provar um fato ou acontecimento juridicamente relevante. São documentos, portanto, escritos, fotos, fitas de vídeo e som, desenhos, esquemas, gravuras, disquetes, CDs, entre outros. Trata-se de uma visão amplificada do tradicional conceito de documento – simples escrito em papel – tendo em vista a evolução da tecnologia e, aos poucos, a substituição da estrutura material tradicional, por outras inovadoras e que, igualmente, permitem a fixação de conhecimento⁵⁵.

⁵² BADARÓ, Gustavo Henrique. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide (org.) **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005, p. 344.

⁵³ BADARÓ, Gustavo Henrique. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide (org.) **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005, p. 345.

⁵⁴ KERR, Vera Kaiser Sanches. A disciplina da prova no direito processual penal brasileiro. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide. **Provas no processo penal – estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 78.

⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 251.

2.7.2.3 Prova pericial

A prova pericial é um meio de produção de prova típico, consistente no exame de coisa ou pessoa, realizado por técnicos ou especialistas em determinada área do conhecimento, a quem compete fazer afirmações ou extrair conclusões relevantes ao processo.

Sobre esse meio de prova, Juarez Tavares e Rubens Casara ponderam:

o princípio geral que rege o processo penal é o do desinteresse (e respeito à estrita legalidade) do perito quanto ao mérito ou sucesso da perícia. Isso está implícito no artigo 105, pelo qual se autoriza a arguição de sua suspeição e decorre também dos termos do art. 159, que consigna que o exame será feito por perito oficial ou, na sua ausência, por dois peritos particulares (art. 159, § 1º), que assumem o compromisso de bem desempenhar o encargo (art. 159, § 2º)⁵⁶.

Ademais, salientam:

o perito pode atuar com desinteresse e mesmo assim confeccionar um laudo absolutamente errôneo, por falta de preparo ou por deficiência na análise dos elementos do fato. Em face dessa possível falibilidade da perícia, o código, em seu artigo 182, confere ao juiz o poder de divergir do laudo, no todo ou em parte. O juiz, assim, não está vinculado às premissas e às conclusões do perito, podendo, desde que de forma fundamentada, afastar as conclusões do técnico. Embora o juiz possa divergir do laudo, não poderá, porém, ignorar a realidade. A divergência diz respeito à forma de interpretação que faz da realidade, mas da realidade em si mesma⁵⁷.

Enfim, destaca Antonio Magalhães Gomes Filho,

o que deve ser buscado, assim, é o indispensável equilíbrio entre a autoridade do saber especializado e a necessidade de apresentar-se à sociedade uma decisão judicial fundada em uma argumentação coerente e compreensível. Daí também a indeclinável necessidade de que a prova pericial, como qualquer outra prova, seja produzida e discutida com a observância da garantia do contraditório, que, como visto, além de ter fundamentos políticos e sociológicos, também constitui o melhor método para se chegar a uma reconstrução mais verdadeira dos fatos⁵⁸.

⁵⁶TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 33

⁵⁷ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 33.

⁵⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide (org.) **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

2.7.2.4 Perguntas ao ofendido

As perguntas ao ofendido são consideradas meio de prova pela doutrina, disciplinado pela lei processual penal (art. 201). Além de responder as perguntas que lhe são dirigidas, pode indicar provas⁵⁹.

A Lei n. 11.690/2008 conferiu mais proteção à vítima e possibilitou sua maior participação em atos do processo, às medidas de atendimento pessoal e à preservação de direitos da personalidade. Destaca-se que o tratamento concedido às vítimas e testemunhas são totalmente distintos, posto que a vítima não presta o compromisso de dizer a verdade, tampouco pode ser responsabilizada pelo delito de falso testemunho.

Pode, entretanto, ser responsabilizada pelo crime de denúncia caluniosa, previsto no art. 339 do Código Penal. Além disso, o ofendido não pode se negar a comparecer para depor sob pena de condução coercitiva, nem pode invocar o direito ao silêncio, garantia reservada somente ao acusado.

Justamente em decorrência dessas circunstâncias especiais é que Aury Lopes Júnior pondera: “não se deve endeusar, mas não se demoniza” esse meio de prova. Segundo o autor, “é preciso ter cautela e disposição para duvidar do que está sendo dito, para fomentar o desejo de investigar para além do que lhe é dado, evitando o atalho sedutor de acreditar na palavra da vítima sem tensionar com o restante do contexto probatório”⁶⁰.

2.7.2.5 Reconhecimento de pessoas e coisas

Trata-se de um meio de prova típico, previsto nos arts. 226 a 228 do Código de Processo Penal, pelo qual uma pessoa admite e afirma como certa a identidade de pessoa ou coisa em comparação a outra.

Esse meio de prova tal qual é previsto na legislação processual penal é diferente daquilo que vem se observando no Brasil, o reconhecimento fotográfico. A doutrina e a jurisprudência divergem sobre a admissão do reconhecimento fotográfico como meio de prova válido.

⁵⁹ KERR, Vera Kaiser Sanches. A disciplina da prova no direito processual penal brasileiro. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide. **Provas no processo penal** – estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 86.

⁶⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 457.

Na visão de Vera Kaiser Sanches Kerr, o reconhecimento fotográfico “é um meio de prova irritual uma vez que ocorre a substituição de meio de prova por outro, ou seja, ocorre a colheita de prova típica se há observância do rito previsto. A rigor, trata-se de meio de prova inválido”⁶¹.

Na mesma linha de raciocínio, Antônio Magalhaes Noronha e Gustavo Henrique Badaró sublinham:

o reconhecimento fotográfico é um meio de prova irritual, isto é, uma prova típica produzida sem a observância de seu procedimento probatório. O reconhecimento fotográfico vulnera o procedimento probatório previsto no art. 226, substituindo a segunda fase de comparação física e ao vivo da pessoa a ser reconhecida, pela comparação fotográfica. Não se trata, pois de um simples caso de prova atípica, que seria admissível ante a regra do livre convencimento judicial⁶².

Na contramão desse entendimento, “a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a possibilidade de reconhecimento do acusado por meio fotográfico desde que observadas as formalidades contidas no art. 226 do Código de Processo Penal”⁶³.

Mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça ratificou a validação do reconhecimento fotográfico, mas destacou que alguns procedimentos devem ser seguidos: “A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que o reconhecimento fotográfico do denunciado pode servir como meio idôneo de prova para fundamentar a condenação, desde que ratificado em juízo e em harmonia com as demais provas”⁶⁴.

2.7.2.6 Acareação

A acareação é um meio de prova típico, previsto nos arts. 229 e 230 do Código Penal, consistente em ato processual, conduzido pelo juiz, que coloca frente a frente depoentes, confrontando e comparando divergências e contradições existentes no processo, visando a busca da verdade.

⁶¹ KERR, Vera Kaiser Sanches. A disciplina da prova no direito processual penal brasileiro. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide. **Provas no processo penal – estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 86.

⁶² BADARÓ, Gustavo Henrique; GOMES FILHO, Antonio. Prova e sucedâneo de prova no processo penal brasileiro. **Revista Brasileiras de Ciências Criminais**, n. 65. São Paulo: RT, 2007, p. 190.

⁶³ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. HC 136.147/SP. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, j. 06-10-2009, Public. 03-11-2009.

⁶⁴ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no AREsp 1663695/MG, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, j. 05-05-2020, Public. 07-05-2020.

2.7.2.7 Interrogatório

O interrogatório, na concepção de Guilherme de Souza Nucci, é

ato procedimental em que se propicia ao indiciado ou acusado o momento formal e pessoal para fornecer a sua versão acerca da imputação criminal formulada na investigação ou na ação penal. Pode realizar-se na fase extrajudicial, durante o inquérito, perante a autoridade policial. Ocorre, também, na fase judicial, em fase de instrução, perante a autoridade judicial⁶⁵.

O autor ainda pondera:

a análise da confissão, de seus requisitos de validade e de seu valor como meio de prova não prescinde do exame do interrogatório e de sua natureza jurídica, já que a confissão tem por sede principal esse ato processual. Por outro lado, a situação oposta à admissão de culpa é o direito ao silêncio, cuja oportunidade de manifestação também tem por lugar fundamental o instante do interrogatório⁶⁶.

Evidentemente relevante e necessário ao processo, o interrogatório tem por parte da doutrina e da jurisprudência sua natureza questionada. Há quem diga que o interrogatório é um meio de prova⁶⁷, há quem diga que o interrogatório é simplesmente um ato de defesa pessoal do acusado⁶⁸ e há, também, quem argumente que o interrogatório é tanto um ato de defesa quanto um meio de prova⁶⁹.

Na linha mais ponderada, na qual se admite o interrogatório como meio de prova e defesa, Vicente de Azevedo ressalta:

muito se discute, doutrinariamente, a saber se o interrogatório é meio de defesa ou meio de prova. As duas opiniões não são inconciliáveis. Não se chocam, nem são incompatíveis o direito-dever do magistrado de procurar conhecer por meios lícitos, o quanto possível, a verdade real – e o direito do acusado de calar, ou dizer aquilo que lhe pareça oportuno⁷⁰.

⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 102.

⁶⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 102.

⁶⁷ Camargo Aranha. *In*: NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 103.

⁶⁸ Galdino Siqueira, Pimenta Bueno, Clariá Olmedo, Ada Pellegrini Grinover, Tourinho Filho, Bento de Faria, Antonio Magalhães Gomes Filho. *In*: NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 103.

⁶⁹ Frederico Marques, Hélio Tornaghi, Paulo Heber de Moraes, Fernando de Almeida Pedroso, Julio Fabbrini Mirabete, Vicente Greco Filho, Francesco Carnelutti e David Teixeira de Azevedo. *In*: NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 103.

⁷⁰ AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. **Curso de direito judiciário penal**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 46.

Assim, se o interrogatório serve para o acusado manifestar-se diante do juiz, dando sua versão dos fatos, defendendo-se, não se pode negar que esse ato também serve como meio de prova, afinal, ingressa no complexo conjunto de fatores psicológicos que norteiam a formação da convicção do juiz.

Ultrapassada a questão acerca da natureza do interrogatório, fato é que, conforme disposto no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal de 1988, em conjunto com o art. 198 do Código de Processo Penal, o acusado tem o direito de permanecer em silêncio, que não importará em sua confissão.

O direito ao silêncio é apenas a manifestação de uma garantia muito maior, desenhada na figura do princípio do *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual o acusado não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se em colaborar com a atividade probatória da acusação ou por exercer o direito ao silêncio⁷¹.

Assim, por todo o exposto, vê-se que o interrogatório é um primordial meio de defesa, um meio de prova essencial. Na oportunidade de sua inquirição, o réu pode apresentar sua versão dos fatos, contestando a acusação, pode utilizar o direito ao silêncio – sem consequências para sua defesa – como pode preferir confessar o cometimento de um crime.

2.7.2.8 Indícios

O indício “é todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo”⁷².

Na visão de Guilherme de Souza Nucci, o indício “é um fato secundário, conhecido e provado, que, tendo relação com o fato principal, autorize, por raciocínio indutivo-dedutivo, a conclusão da existência de outro fato secundário ou outra circunstância”⁷³.

Dessas definições, a prova indiciária pode ser considerada um conjunto de elementos secundários aptos a constituir um quadro maior, indicativo da concretização do fato principal.

Embora a legislação processual penal aponte o indício entre os meios de prova típicos, conforme observa Gustavo Henrique Badaró,

⁷¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 446.

⁷² MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indício no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 38.

⁷³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 263.

o indício não é um meio de prova, mas o resultado probatório de um meio de prova. O indício é o fato provado, que permite, mediante interferência, concluir pela ocorrência de outro fato. O que pode ser provado é o indicativo. O indício é o fato certo que está na base da interferência da presunção. Em outras palavras, o indício é o ponto de partida da presunção. Ou visto pelo outro lado, a presunção é um juízo fundado sobre um indício⁷⁴.

Em posição distinta, Guilherme de Souza Nucci:

os indícios são meios de prova indiretos. Não demonstram nada por si sós, pois são dependentes de outros elementos. Sua importância é inegável nos tempos atuais, quando, cada vez mais, o processo penal moderno necessita de instrumentos eficientes para, respeitando a intimidade e os direitos fundamentais alheios, produzir prova de culpa⁷⁵.

Essa última posição doutrinária não parece ser a mais acertada, na medida em que a prova indiciária parece ser o próprio resultado probatório extraído de algum meio de prova. Não obstante, não se deve desvalorizar sua importância no exercício de convencimento do juiz.

2.7.2.9 Busca e apreensão

A busca e apreensão é medida cautelar de natureza criminal visando assegurar a obtenção e a perpetuação de uma prova. Sua finalidade é acautelatória e consiste em assegurar não só a existência de uma prova criminal, como evitar seu perecimento⁷⁶.

A busca e apreensão não é propriamente um meio de prova, mas um meio de se obter a prova. Por si só, nada prova, mas por meio dela, abre-se a oportunidade de se alcançar elementos e fontes de provas para, então, produzir-se o meio de prova correspondente (perícia, depoimento).

2.7.3 Elemento de prova

O elemento de prova é o que se extrai do meio de prova, de maneira que a necessária e fundamental valoração realizada pelo magistrado ainda não se consumou. O elemento de prova pode ser útil ou não para formar a convicção do magistrado.

⁷⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 490.

⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 264.

⁷⁶ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 209.

Gustavo Henrique Badaró define o elemento de prova como o dado bruto extraído da fonte de prova, ainda não valorado pelo juiz⁷⁷.

2.7.4 Resultado probatório

Por fim, a prova enquanto resultado probatório é a conclusão do juiz sobre os elementos fornecidos, construídos a partir dos meios de prova, em contraditório entre as partes, resultado este que proporcionará o convencimento do magistrado acerca das hipóteses que lhe são apresentadas.

O resultado probatório é a conclusão do juiz sobre a credibilidade da fonte e o atendimento do elemento obtido⁷⁸.

⁷⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 386.

⁷⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 386.

3 DIREITO À PROVA

Não é por acaso que em regra se considera o direito à prova como uma especificação do direito de ação e de defesa. A ideia fundamental é de que o cidadão tem o direito de demonstrar a verdade dos fatos em que se funda sua pretensão processual⁷⁹.

Em outras palavras, “o cidadão tem o direito a provar que se produziram, ou não, os fatos a que o direito vincula consequências jurídicas”⁸⁰. Somente dessa maneira é possível garantir uma adequada aplicação do direito, com a devida segurança jurídica.

Nesse sentido defende Antonio Scarance Fernandes:

de nada adiantaria a autor e réu o direito de trazer a juízo suas postulações se não lhes fosse proporcionada oportunidade no desenvolvimento da causa para demonstrar suas afirmações. Apresenta, em decorrência de tal ligação, a mesma natureza dos direitos de ação e de defesa, ou seja, um direito subjetivo público ou cívico⁸¹.

Fernando Horta Tavares e Maurício Ferreira Cunha apontam:

o direito fundamental à prova, por sua vez, encontra-se assentado em bases constitucionais principiológicas do devido processo legal da ação, da ampla defesa e do contraditório, responsáveis por proporcionarem o exercício dos direitos processuais adequados à solução dos conflitos trazidos a Juízo e por possibilitarem resultados eficazes para todos aqueles que buscam a mediação da função jurisdicional⁸².

Além de concebido como garantia constitucional, o direito à prova também pode ser apresentado sob o ponto de vista de direito processual subjetivo.

De acordo com James Goldschmidt, “a produção de prova é ato das partes destinado a convencer o juiz da verdade de um fato afirmado [...], é uma consequência do princípio dispositivo”⁸³.

⁷⁹ TARUFFO, Michelle. Il diritto alla prova nel processo civile, *Rivista di Diritto Processuale*, 1984, p. 77-78.

In: TUCCI, Rogério Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca (coord.). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 233.

⁸⁰ FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Trad. Vitor de Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 81.

⁸¹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 78.

⁸² TAVARES, Fernando Horta; CUNHA, Maurício Ferreira. O direito fundamental à prova e a legitimidade dos provimentos sob perspectiva do direito democrático. *Revista de Processo*, Repro 195/111. *In*: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). **Atividade probatória**. São Paulo: RT, 2011, p. 309.

⁸³ GOLDSCHIMIDT, James. **Direito processual civil**. Trad. Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003, p. 295.

João Carlos Adalberto Zolandeck, nesse sentido, aponta que o direito à prova é um direito “processual porque a lei processual a regulamenta, e subjetivo, porque é uma faculdade e não um dever”⁸⁴.

Sob essa ótica, Joan Picó I Junoy, confere dupla função ao direito à prova, objetiva e subjetiva, por se tratar de um direito primordial garantido às partes na Constituição. Segundo o autor, “no plano objetivo, opera um valor assumido em um sistema de uma comunidade, inserindo-se com força vinculante no ordenamento jurídico. Já na sua vertente subjetiva, atribui-se à parte o poder de exercitá-lo, reclamando-se a sua devida proteção”⁸⁵.

Considerando que o direito à prova decorre da garantia constitucional do devido processo legal, do qual subjazem os direitos à ampla defesa e contraditório, a produção de prova se consolida como o meio pelo qual as partes participam do processo, a fim de que o magistrado possibilite a efetivação dos direitos correlatos e confira paridade de armas aos litigantes⁸⁶.

Pois bem, convém analisar mais detalhadamente em que consiste o direito à prova e as implicações a respeito da própria noção de prova.

3.1 Elementos que integram o direito à prova

De diferentes formas a doutrina observa os elementos que integram o direito à prova.

Para José Carlos Barbosa Moreira, existem três exigências fundamentais do direito à prova:

- (a) necessidade de ‘conceder iguais oportunidades de pleitear a produção de provas’;
- (b) inexistência de disparidade de critérios no deferimento ou indeferimento das provas ‘pelo órgão judicial’ e;
- (c) igualdade, para as partes de possibilidade de participar dos atos probatórios e de pronunciar-se sobre os seus resultados⁸⁷.

Nicoló Trocker desdobra em diversos aspectos a exigência do contraditório na formação e na produção das provas:

⁸⁴ ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. **Ônus da prova no direito processual constitucional civil e no direito do consumidor**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 74.

⁸⁵ JUNOY, Joan Picó I. **El derecho a la prueba en el proceso civil**. Barcelona: J. M. Bosch, 1996, p. 18.

⁸⁶ FAGUNDES, Higor. **Direito probatório**: perspectiva da distribuição dinâmica do ônus da prova. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 28.

⁸⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. São Paulo, **Revista de Processo**, v. 9, n. 35, 1984, p. 67.

(a) proibição de utilização de fatos que não tenham sido previamente introduzidos pelo juiz no processo e submetidos a debate pelas partes; (b) a proibição de utilizar provas formadas fora do processo ou de qualquer modo colhidas na ausência das partes; (c) a obrigação do juiz, que disponha de poderes de ofício para a admissão de um meio de provas que pareçam necessários em relação aos primeiros; d) a obrigação de permitir a participação dos interessados na produção das provas⁸⁸.

Antonio Magalhães Gomes Filho entende que engloba o direito à prova:

(a) o direito à investigação; (b) o direito de proposição (indicação, requerimento) de provas; (c) o direito à admissão das provas propostas, indicadas ou requeridas; (d) o direito à exclusão das provas inadmissíveis, impertinentes ou irrelevantes; (e) o direito sobre o meio de prova (direito de participação das partes nos atos de produção da prova); (f) o direito à avaliação da prova⁸⁹.

Antonio Scarance Fernandes desdobra o direito à prova nas seguintes exigências: (a) direito de requerer a produção da prova; (b) direito a que o juiz decida sobre o pedido de produção da prova; (c) direito a que, deferida a prova, esta seja realizada, tomando-se todas as providências necessárias para sua produção; (d) direito a participar de sua produção; (e) direito a que a produção da prova seja feita em contraditório; (f) direito que a prova seja produzida com a participação do juiz; (g) direito a que, realizada a prova, possa manifestar a parte a seu respeito; (g) direito a que a prova seja objeto de avaliação pelo julgador.

Dos direitos derivados do direito à prova mencionados por Antonio Scarance Fernandes, destaca-se que permitir a presença das partes na produção da prova representa o símbolo que consolida o contraditório no direito probatório. Não se trata de impor à parte a obrigatoriedade de sua presença em todo e qualquer ato do processo, mas colocá-la em condição de participar, mesmo quando tratar-se de provas colhidas de ofício pelo juiz.

A presença do juiz na produção da prova, conforme menciona o autor, é outra circunstância essencial à consolidação do direito à prova. Com efeito, o juiz não pode formar sua convicção com provas produzidas em procedimentos administrativos prévios, em inquéritos policiais, em investigações parlamentares. Por outro lado, o juiz só pode se basear em provas produzidas em outros processos jurisdicionais quando não houver ofensa ao contraditório⁹⁰.

⁸⁸ TROCKER, Nicolás. **La parità dele armi tra le parti e potere del giudice nel processo civile**. v. 8. Milão: Giuffrè, 1977, p. 358.

⁸⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p. 86.

⁹⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 81.

Nessa senda, importante destacar que o juiz desempenha papel fundamental na produção da prova, afinal, é com base nela que fundamenta suas decisões. É o juiz que garante às partes a plenitude do direito à prova ou, de ofício, atua para efetivar a prova relevante.

Justamente em razão desse importantíssimo papel no processo, o juiz não pode, uma vez que já esteja convencido, indeferir a produção de alguma prova assegurada em lei, sob risco de cercear o direito de defesa da parte.

Sobre esse tema, Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery ponderam:

ainda que o magistrado esteja convencido da existência de um fato, não pode dispensar a prova se o fato for controvertido, não existir nos autos prova do referido fato e, ainda, a parte insistir na prova. Caso indeferida a prova nessas circunstâncias, haverá cerceamento de defesa⁹¹.

Pois bem. Numa visão racional da prova, Jordi Ferrer-Beltran classifica os elementos que integram o direito à prova em quatro pontos.

O primeiro elemento é o “direito de utilizar todas as provas de que se dispõe para demonstrar a verdade dos fatos que fundam a pretensão”. Trata-se de um direito subjetivo que pressupõe aos juízes e tribunais o dever de admitir todas as provas relevantes aportadas pelas partes. Ou seja, deverão ser admitidas todas aquelas provas que hipoteticamente possam ser idôneas para aportar, direta e indiretamente, elementos de juízo sobre os fatos que devem ser provados⁹².

O segundo elemento é “o direito a que as provas sejam produzidas no processo”. Trata-se de um direito, conforme os apontamentos de Antonio Scarance Fernandes, no qual não se pode admitir a produção de prova no processo de qualquer maneira, ou seja, deve existir a máxima participação das partes, atendido o contraditório, dando-se oportunidade de contraprovar o alegado pela parte contrária.

O terceiro elemento é “o direito a uma valoração racional das provas produzidas”. Nesse elemento, tem-se, primeiro, a exigência de que as provas admitidas e produzidas sejam consideradas para justificar a decisão a ser adotada. Ademais, exige-se que a valoração da prova seja racional, ou seja, tenha um propósito lógico, seja pertinente.

⁹¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 3. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 612.

⁹² FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Trad. Vitor de Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 83.

O quarto e último elemento resta representado no “dever de motivar as decisões judiciais”. Para o autor espanhol, “no âmbito do raciocínio sobre os fatos, essa justificação deverá versar tanto sobre os fatos que o juiz declarar provados como sobre fatos que declarar não provados”⁹³.

Os elementos que constituem o direito à prova são essenciais para compreender o funcionamento e enxergar os efeitos produzidos pela prova na tomada de decisões judiciais. No âmbito deste trabalho, considerando a situação atípica do surgimento de prova em momento atípico – em esfera recursal – tem-se que tais direitos repercutem diretamente na aferição acerca da recepção e utilização de elementos de prova em processos.

Os ensinamentos dos doutrinadores brasileiros sobre os elementos do direito à prova, conjugado com a teoria da “visão racional da prova”, trazida por Jordi Ferrer-Beltran, ilustram a importância da presença das partes, do juiz, do respeito ao contraditório, da necessidade de fundamentação das decisões judiciais e, mais do que isso, a importância da prova na aproximação da verdade dos fatos e consequências judiciais do fato provado.

3.2 Ônus da prova

O ato de provar se revela como uma necessidade das partes para influenciar a convicção do magistrado com o intuito de obter êxito. Nesse sentido, José Frederico Marques salienta: “não se trata de um direito ou de uma obrigação, e sim de um ônus, uma vez que a parte a quem incumbe fazer a prova do fato suportará as consequências e os prejuízos”⁹⁴.

O ônus representa, portanto, uma incumbência.

Em uma linha um pouco distinta, Guilherme de Souza Nucci observa que o ônus da prova “possui um sentido negativo, valorando-se como obrigação da qual não se pode subtrair, sob pena de sofrer as consequências desfavoráveis ao próprio interesse”⁹⁵.

Ainda, segundo Guilherme de Souza,

quando se diz que ônus não significa dever, pois este seria uma obrigação, cujo não cumprimento acarretaria uma sanção, está-se arquitetando uma definição geral. No entanto, no cenário das provas, o ônus termina por representar um dever, caso se entenda este fator como a obrigação de

⁹³ FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Trad. Vitor de Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 86.

⁹⁴ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 2000, p. 323.

⁹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 34.

demonstrar a verdade do alegado, sob pena de não convencer o juiz e, com isso, perder a demanda⁹⁶.

Entretanto, é evidente que o ônus da prova não é um dever autônomo da parte. Deve-se entender o ônus da prova como uma responsabilidade da parte, que possui interesse em provar sua alegação, convencer o juiz, pois, caso assim não faça, sofrerá a sanção processual e não obterá resposta favorável no processo.

Com efeito, Munir Karan pontua: “as partes têm o ônus de provar em próprio benefício, porque pela prova fornecem ao juiz os meios idôneos para provar-lhe a convicção”⁹⁷. James Goldschmidt acompanha esse entendimento e explica que o ônus é um imperativo do próprio interesse, que se manifesta sob a ameaça de um prejuízo; desincumbir-se de um ônus pode não só evitar consequências desfavoráveis, como resultar em uma vantagem⁹⁸.

Considerando, portanto, que a incumbência de provar o fato é da parte que o alega, no processo penal essa regra se materializa pela necessidade de a acusação provar os fatos narrados na denúncia criminal – peça que dá início ao processo – afinal, conforme preceitua a Constituição Federal (art. 5º, LVII, CF/1988), o réu presume-se inocente até que seja condenado criminalmente, tendo-se provado culpado.

Sobre o tema, Juarez Tavares e Rubens Casara avaliam:

a presunção de inocência representa também uma regra probatória que se exprime através da máxima latina que orienta a apreciação da prova penal: *in dubio pro reo*. Em plena sintonia com o sistema acusatório enuncia que o monopólio estatal da titularidade da ação penal acarreta, como consequência inafastável, o ônus do Estado-parte provar todos os fatos da acusação⁹⁹.

Aliás, a primeira parte do art. 156 do Código de Processo Penal¹⁰⁰ deve ser lida à luz dessa garantia constitucional da inocência. O artigo de lei define: “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”. Mas a primeira alegação é a que constará na denúncia e apontará para a autoria e a materialidade; logo, incumbe ao acusador o ônus total e intransferível de provar a existência do delito.

⁹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 34.

⁹⁷ KARAM, Munir. Ônus da prova: noções fundamentais. Revista de Processo, n. 17-50, 1980. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). **Atividade probatória**. São Paulo: RT, 2011, p. 748.

⁹⁸ GOLDSCHMIDT, James. **Teoria general del proceso**. Trad. Leonardo Prieto Castro. Madri: Labor, 1936, p. 82-83.

⁹⁹ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 103.

¹⁰⁰ BRASIL. Código de Processo Penal (1941). “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício”.

Nessa linha, Marco Antonio Marques da Silva e Jayme Walmer de Freitas registram: “se a acusação tem o ônus de provar tudo que alega, a defesa tem em seu favor o benefício da dúvida, ou seja, se a acusação não fizer prova, o acusado será absolvido”¹⁰¹.

De acordo com Aury Lopes Júnior,

a carga do acusador é de provar o alegado; logo, demonstrar que alguém praticou um crime (fato típico, ilícito e culpável). Isso significa que incumbe ao acusador provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação¹⁰².

Na doutrina, há divergências sobre a quem cabe o ônus de provar a existência dessas causas de justificação mencionadas por Aury Lopes Júnior, principalmente no que toca às excludentes de ilicitudes. Para uns, a atribuição é de quem alega, para outros, a incumbência é sempre da acusação.

Mas uma coisa é certa. No processo penal, sendo da acusação o ônus de provar o acusado culpado do crime que lhe é imputado, caso o réu queira apenas negar a acusação e permanecer inerte, não lhe cabe nenhum ônus probatório.

A dúvida reside apenas nas hipóteses em que a estratégia da defesa seja a de demonstrar a existência das causas de justificação, entendendo este autor que o acusado chama para si o ônus da prova, na busca de demonstrar ao juiz a autenticidade da sua informação.

Dessa forma, é garantido à parte o direito à prova, sob todos os seus aspectos formais e materiais, como garantia ao direito de defesa. É certo também que no direito processual penal, o ônus da prova é responsabilidade da acusação, na medida em que busca conferir veracidade às alegações vertidas na denúncia, e, circunstancialmente, da defesa na demonstração da existência de excludentes de ilicitude.

3.3 A verdade no direito penal – iniciativa instrutória do juiz

Há na doutrina uma série de definições acerca do conceito de *verdade* para o Direito. Dessas tantas, nos valem, para os objetivos desta dissertação, daquele trazido por Fabiana Del Padre Tomé:

¹⁰¹ SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 407.

¹⁰² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 357.

A verdade não se descobre: inventa-se, cria-se, constrói-se. Não há uma verdade objetiva, isto é, uma verdade que possa reclamar validade universal. A verdade é sempre relativa. A verdade não é simplesmente descoberta, mas criada pelo ser humano no interior de determinado sistema¹⁰³.

Ainda sob as premissas de Fabiana Del Padre Tomé, denota-se:

o sistema do direito positivo indica os momentos em que os fatos podem ser constituídos mediante produção probatória, impõe prazos para a apresentação de defesas e recursos (tempestividade), além de estabelecer o instante em que as decisões se tornam imutáveis (coisa julgada). Com determinações desse jaez, fornece os limites dentro dos quais a verdade será produzida, prescrevendo sejam tomadas como verdadeiras as situações verificadas no átimo e forma legais, independentemente de sua relação com o mundo das coisas¹⁰⁴.

Nessa linha, a construção da verdade no processo, mediante a produção probatória, legitima a atividade jurisdicional; não se pode considerar justa uma sentença que não tenha sido precedida de um processo estruturado segundo regras que possibilitem uma correta verificação dos fatos.

Com efeito, Gustavo Henrique Badaró pondera que a verdade construída no processo, “até mesmo por força de limitações legais decorrentes das regras sobre admissão, produção e valoração da prova, jamais será uma verdade absoluta. Trata-se, pois, de uma verdade necessariamente relativa, que seja a maior aproximação possível daquilo que se denomina verdade”¹⁰⁵.

Dentro dessa lógica, tem-se descartada a hipótese de que processo judicial necessariamente culminará na descoberta de uma verdade absoluta, mostrando-se enfraquecido o mito da “busca da verdade real” e o atingimento de tal verdade como fim último do processo penal.

Entretanto, esse mito nunca foi abandonado plenamente pelo discurso jurídico-penal. É possível ver referência à sua validade em decisões judiciais que, por muitas vezes, autorizam a produção de prova equivocadamente, desassociadas das regras legais, violando direitos e garantias individuais.

De acordo com Ada Pellegrini Grinover,

¹⁰³ TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 63.

¹⁰⁴ TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 64.

¹⁰⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 382.

o princípio da verdade real, que foi o mito de um processo penal voltado para a liberdade absoluta do juiz e para a utilização de poderes ilimitados na busca da prova, significa hoje simplesmente a tendência a uma certeza próxima da verdade judicial: uma verdade subtraída à exclusiva influência das partes pelos poderes instrutórios do juiz e uma verdade ética, processual e constitucionalmente válida¹⁰⁶.

É justamente a busca dessa verdade ética, processual e constitucionalmente válida, pontuada por Ada Pellegrini Grinover, que o processo penal deve se ater.

Pois bem. É, portanto, para dar ensejo à construção de uma verdade que as provas são manejadas no processo e, ninguém melhor do que o juiz, a quem o julgamento está afeito, para decidir se as provas do processo são suficientes para formar seu convencimento. Em razão disso,

o juiz deve tentar descobrir a verdade e por isso, a atuação dos litigantes não pode servir de empecilho à iniciativa instrutória oficial. Diante da omissão da parte, o juiz em regra se vale dos demais elementos dos autos para formar seu convencimento. Mas se os entender insuficientes, deverá determinar a produção de outras provas, como, por exemplo, ouvindo testemunhas não arroladas no momento adequado¹⁰⁷.

Isso não significa que o juiz deva finalizar o processo quando se achar diante de uma verdade encontrada. O sistema acusatório previsto no direito processual brasileiro contempla, portanto, a iniciativa instrutória do juiz, afinal, deposita na figura do julgador, como dito, o principal destinatário da prova.

Mas a atuação instrutória do magistrado não é ilimitada.

Há balizas intransponíveis à iniciativa de ofício do juiz, que, mais uma vez, segundo Ada Pellegrini Grinover, se desdobram em três parâmetros: observância ao contraditório; obrigação de motivação e; atendimento aos limites impostos pela licitude (material) e legitimidade (processual) das provas¹⁰⁸.

De acordo com a primeira baliza, a participação das partes e do juiz na atividade instrutória é condição de validade das provas e não podem ser consideradas provas aquelas que forem produzidas com a concomitante presença do juiz e das partes.

¹⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** n. 27, São Paulo, jul.-set. 1999, p. 76.

¹⁰⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. *In*: PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.). **Verdade e prova no processo penal**. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 5.

¹⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. *In*: PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.). **Verdade e prova no processo penal**. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 6.

No tocante à segunda baliza, entende-se que tanto no momento de determinar a produção da prova, quanto no momento de valorá-la, a decisão do juiz deve ser fundamentada, sob risco de tornar a prova inválida.

Já em relação à terceira baliza, preconiza-se que o juiz não pode determinar a produção de provas que vulnerem regras processuais ou colher e admitir provas produzidas com infringência a normas ou valores constitucionais. A verdade almejada no processo deve ser ética, constitucional e processualmente válida.

Dessa maneira, a utilização de poderes instrutórios pelo juiz encontra seus limites na observância do contraditório, na observância de motivação das decisões e na exclusão das provas ilícita e ilegítimas.

Mais do que isso. A atividade probatória realizada no processo pelo juiz, possibilitando o meio pelo qual se viabiliza ao julgador conhecer fatos passados e a crença da conformidade entre o conhecimento e a realidade para o alcance da finalidade de contenção do poder punitivo, compatível com um Estado Democrático de Direito, não poderá constituir violação aos direitos fundamentais da pessoa, os quais deve o processo penal, como objetivo último, resguardar e promover¹⁰⁹.

É, pois, nesse sentido que devem ser interpretados os dispositivos existentes na legislação processual penal brasileira que conferem poderes instrutórios ao juiz no processo penal, a exemplo do art. 156 do Código de Processo Penal.

Assim, a busca da verdade – uma verdade relativa e construída – almejada pelas partes por meio da atividade probatória, pode proporcionar ao juiz a possibilidade da melhor aplicação da justiça. Seja a atividade probatória impulsionada pelas partes, seja promovida de ofício pelo juízo, fato é que devem ser observados, no seu desenrolar, parâmetros de ética e de legalidade.

¹⁰⁹ PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. **A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal**. São Paulo: IBCrim, 2006, p. 143.

4 MOMENTO DA PROVA

4.1 Do direito ao contraditório e o momento da prova

Estabelece o art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ele inerentes.

O contraditório é o direito de ser informado e de participar no processo. É o conhecimento completo da acusação, o direito de saber o que está acontecendo no processo, de ser comunicado dos atos processuais. Em regra, não deve haver segredo para acusação e defesa, sob pena de violação ao contraditório¹¹⁰.

No tocante à matéria probatória, o direito ao contraditório deve ser rigorosamente observado em quatro momentos: (i) na postulação; (ii) na admissão; (iii) na produção, e; (iv) na valoração.

Na postulação ou propositura, é compreendido o direito da parte em requerer à autoridade judicial a realização de algum ato probatório específico ou produção de determinada espécie de prova. No sistema acusatório, opção do legislador constituinte, a postulação da prova é ato das partes, pois a gestão das provas cabe a elas¹¹¹.

Conforme aponta Gustavo Henrique Badaró,

o direito à proposição da prova significa a possibilidade de as partes requererem ao juiz a produção das provas sobre os fatos pertinentes e relevantes. Normalmente a proposição de provas da acusação ocorre por ocasião do oferecimento da denúncia ou queixa. Já no caso do acusado as provas são propostas quando da apresentação da denominada resposta escrita do art. 396-A do CPP, em que deverá especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas¹¹².

Segundo José Américo Zampar Junior,

dentro do modelo constitucional de processo, no qual é vedada a surpresa e se proclama a colaboração e a boa-fé processual, devendo as partes participarem do processo com suas armas aparentes, a propositura da prova logo no primeiro instante em que a parte se manifestar no processo busca evitar embaraços ao direito de defesa, possibilitando o pleno conhecimento da demanda e a propositura dos meios de defesa adequados¹¹³.

¹¹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 364.

¹¹¹ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 49.

¹¹² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 400.

¹¹³ ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. **Produção de provas em sede recursal**. São Paulo: RT, 2019, p. 96.

Nessa etapa, o contraditório está na possibilidade de postular provas em igualdade de oportunidade e condições (denúncia e resposta escrita).

Quanto à *admissão*, esta etapa representa o juízo de valor exercido pelo juiz no qual se reconhece a legalidade, a moralidade, a pertinência e, para alguns, a necessidade da prova requerida pelas partes. A admissão representa o momento em que a autoridade judicial decide que a prova almejada pode ser produzida pela parte que a propôs. Revela-se, portanto, o juízo de admissibilidade da prova¹¹⁴.

Com efeito, uma vez proposta a prova, há sua individualização, decorrente da especificação das provas que se pretende produzir. O juiz deve verificar e a prova proposta pode ser admitida no processo, ou seja, se preenche os requisitos necessários, como ser lícita, não ser vedada por lei para demonstrar o fato, se aceita dentro do rito procedimental escolhido e se correlaciona-se com o fato a ser provado¹¹⁵. Nessa etapa, o contraditório e o direito à defesa apresentam-se na possibilidade de as partes impugnarem a decisão que admite ou inadmite a prova.

Uma vez requerida e admitida, exsurge o direito à *produção da prova*, a introdução material de uma prova nos autos. A produção da prova pode significar a concretização do desejo da parte de confirmar ou refutar o fato que é indispensável à solução justa do caso penal.

Os meios de prova, com exceção das provas pré-constituídas, devem ser produzidos em contraditório, na presença das partes e do juiz natural. Não basta, pois, o contraditório sobre a prova, mas exige-se o contraditório na produção da prova. Excepcionalmente, a prova documental não precisa ser produzida em contraditório, bastando ser submetida a um contraditório diferido, após sua efetiva juntada aos autos¹¹⁶.

Por último, tem-se o momento da valoração da prova, etapa em que o juiz analisa o seu conteúdo e forma o seu convencimento. De acordo com Gustavo Henrique Badaró,

de nada adiantaria o direito de investigar, requerer, ter admitida e produzida a prova, se no momento culminante do processo o juiz pudesse, simplesmente, ignorar a prova. Toda prova produzida deve ser valorada pelo juiz. É óbvio que o juiz pode examinar e valorar a prova, mas considerá-la insuficiente para convencê-lo da ocorrência de um determinado fato. Não pode, porém, ignorar a prova produzida. Todo e qualquer meio de prova produzido deve ser valorado pelo juiz. E, nesse ponto, a fundamentação da sentença tem um papel essencial para a aferição do respeito ao direito à prova¹¹⁷.

¹¹⁴ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 49.

¹¹⁵ ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. **Produção de provas em sede recursal**. São Paulo: RT, 2019, p. 97.

¹¹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 401.

¹¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 401.

Na etapa da valoração, o contraditório manifesta-se através do controle de racionalidade da decisão que conduz à possibilidade de impugnação pela via recursal.

Além desses quatro momentos, tradicionalmente reconhecidos pela doutrina, Antonio Magalhães Gomes Filho acrescenta o momento de investigação¹¹⁸.

O direito à investigação está ligado à busca de fontes de provas e sempre foi reconhecido ao Ministério Público e ao acusador privado, exercido por meio do inquérito policial. Hoje, o direito à investigação ganha maior amplitude com a discussão acerca da possibilidade de investigação direta pelo Ministério Público e pelo desenvolvimento de investigações defensivas particulares.

Importante mencionar que os elementos informativos colhidos em inquérito policial, por exemplo, terão no futuro processo penal a possibilidade de ter seu valor discutido. Entretanto, a depender da natureza da fonte de prova (fonte real ou pessoal) é perfeitamente possível ao juiz valorar a prova no momento de sentença¹¹⁹.

Toda vez que o elemento de informação tratar de uma fonte real, por se tratar de uma prova pré-constituída, por exemplo, contratos, recibos, cartas, extratos, o juiz poderá promover sua valoração, uma vez que as provas pré-constituídas não exigem o contraditório em sua formação.

Já no caso das provas constituídas, oitiva de testemunhas, por exemplo, decorrentes de fontes pessoais, estas devem ser produzidas em contraditório de partes, perante o juiz da causa, e não poderão ser valoradas na sentença sem sua repetição na instrução processual.

Cumprido destacar que mesmo em relação às provas pré-constituídas, que não exigem o contraditório em sua formação, seu conteúdo sempre deverá ser matéria de discussão pelas partes, no decorrer do processo, em atenção ao princípio do contraditório.

Assim é que na etapa pré-processual de busca de fontes de prova, o contraditório acaba postergado à fase da ação penal, quando a validade e a legalidade da atuação investigativa podem ser analisadas e contestadas, quando o conteúdo das provas pré-constituídas pode ser debatido pelas partes e os elementos informativos cujas fontes são pessoais devem ser repetidos.

Como visto, os momentos do direito à prova são divididos em etapas que, habitualmente, se sucedem. No modelo tradicional reconhecido pela maior parte da doutrina, primeiro se requer a prova, depois, ela é admitida, produzida e, finalmente, valorada pelo juiz; é necessário observar o contraditório em todos os momentos.

¹¹⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p. 88.

¹¹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 421.

As etapas probatórias estudadas costumam acontecer no processo em momentos definidos, como: *postulação* – denúncia e resposta à acusação; *admissão* – despacho saneador de recebimento da acusação; *produção* – audiência de instrução e *avaliação* – sentença.

Mas situações atípicas podem ser observadas, como a descoberta, em sede recursal, de um fato novo ou a possibilidade de se alcançar uma nova prova que revele o surgimento de uma verdade diferente da até então observada.

Valorada a prova pelo juiz de primeiro grau, por exemplo, pondera-se acerca da possibilidade de se requerer extemporaneamente a produção de prova nova em virtude do surgimento de novas descobertas, jamais esquecendo-se de dar a oportunidade do direito de contraposição das partes aos requerimentos e posições tomadas.

O desfecho dessa situação pode, a depender da autoridade judicial, culminar com a manutenção e o rigor da observância das etapas sucessivas do direito à prova, em detrimento do direito de defesa, ou privilegiar o desvendamento dos fatos com maior precisão, relativizando a sequência das etapas apontadas.

Nos casos de indeferimento do pedido de produção de prova extemporânea, por exemplo, possivelmente o argumento da preclusão probatória pautará o fundamento da decisão judicial.

4.2 Preclusão probatória

Dentre as possibilidades de limitação ao direito à prova, observam-se aquelas referentes à preclusão do ato processual de requerimento probatório pela parte.

O instituto da preclusão é inerente à própria noção de processo, uma vez que é visto por muitos como princípio fundamental de sua organização¹²⁰. A preclusão está relacionada à exigência de uma duração razoável do processo e diretamente ligada à ideia de eficiência processual¹²¹.

Exatamente pelo fato de o processo judicial se formar por uma série de atos processuais subsequentes, e encadeados no tempo, que possui como principal fim atingir a decisão final, não se pode repetir atos já passados, de forma indefinida e irrestrita, sob pena de se estabelecer

¹²⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 170.

¹²¹ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Aline. **Efeitos da preclusão *pro judicato* no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 461.

um eterno *looping* processual, cujo efeito seria, em última análise, a negação da prestação jurisdicional¹²².

Conforme esclarecem Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes,

a preclusão, do ponto de vista objetivo, conceitua-se como um fato impeditivo destinado a garantir o avanço progressivo da relação processual e a obstar o seu recuo para fases anteriores do procedimento. Subjetivamente, a preclusão representa a perda de uma faculdade ou direito processual e as causas dessa perda correspondem às diversas espécies de preclusão¹²³.

O cerne do instituto da preclusão está enquadrado na ponderação de reconstrução dos fatos e no tempo do processo, restando fixados certos limites à busca da verdade por meio da atividade probatória das partes.

Nesse sentido, Manoel Caetano Ferreira Filho pondera:

os ideais do processo rápido e da sentença justa se apresentam em posições antagônicas, na medida em que, quanto maiores forem as oportunidades atribuídas às partes para arrazoar e comprovar, maior será a probabilidade de se atingir a justiça na sentença, desatendendo, todavia, por outro lado, a necessidade da maior celeridade processual possível¹²⁴.

Pontuada a essência da preclusão no processo, esse instituto pode ser classificado em três espécies: temporal, consumativa e lógica.

A *preclusão temporal* acontece quando o ato processual não é praticado no prazo ou fase estabelecidos pela lei ou pelo próprio julgador. A *preclusão consumativa* ocorre quando a faculdade processual já foi efetivamente exercida, impedindo-se, assim, que uma mesma conduta venha a ser praticada mais de uma vez pelos mesmos sujeitos processuais. Já a *preclusão lógica* pode ser verificada quando há flagrante incompatibilidade entre o ato processual realizado e a postura adotada anteriormente por aquele sujeito processual¹²⁵.

Tomando-se por base o procedimento comum ordinário do processo penal, faz-se uma análise de como as espécies de preclusão podem se manifestar na limitação do direito à prova.

¹²² TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**. São Paulo: RT, 1997, p. 14.

¹²³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 105.

¹²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. **A preclusão no processo civil: admissibilidade e relevância**. Curitiba: Juruá, 1991, p. 12-13.

¹²⁵ SILVA, Bernardo Braga e. **O direito à admissão da prova do acusado no processo penal brasileiro**. Curitiba: CRV, 2019, p. 141.

As normas de regência preveem que o momento principal da propositura da prova pelas partes se dá no início da fase procedimental, ou seja, (i) no momento do oferecimento da denúncia, quando a acusação arrola testemunhas e especifica as provas que pretende produzir no curso do processo – atendendo ao disposto no art. 41 do Código de Processo Penal – e, (ii) no momento de oferecimento de resposta à acusação pelo acusado, quando a este cabe, igualmente, arrolar testemunhas e mencionar as provas que buscará produzir – atendendo ao disposto no art. 396-A do Código de Processo Penal.

Ato contínuo, o juiz se manifesta sobre os requerimentos de prova, admitindo-os, ou não, e já designa audiência de instrução, debates e julgamento (art. 399 do Código de Processo Penal).

Assim, apesar de haver na lei penal adjetiva a fixação de prazo para a acusação oferecer a denúncia e para a defesa apresentar resposta à acusação, a inobservância desses prazos não representa a incidência de preclusão temporária, mas, tão somente, da preclusão consumativa às partes. Isso porque os referidos prazos revelam-se impróprios, seja porque o intempestivo oferecimento da denúncia não tem o condão de invalidá-la, seja porque a resposta à acusação é peça obrigatória no processo e sua inexistência configura violação ao princípio da ampla defesa¹²⁶.

O procedimento ordinário prevê ainda a possibilidade excepcional de nova produção de prova em primeira instância. O art. 402 do Código de Processo Penal estabelece que ao término da colheita da prova oral, as partes poderão requerer diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução.

Não há prazo definido na lei para atender ao disposto no art. 402 do Código de Processo Penal, cabendo ao magistrado determiná-lo. Caso as partes não apresentem seus requerimentos no prazo determinado, observa-se a incidência da preclusão temporal¹²⁷.

A única exceção expressamente prevista em lei à regra preclusiva dos requerimentos probatórios ocorre no caso de apresentação de prova documental. Prevê o art. 231 do Código de Processo Penal que, por se tratar de prova pré-constituída, na qual não se verifica grande prejuízo temporal para sua produção, “as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo”.

¹²⁶ SILVA, Bernardo Braga e. **O direito à admissão da prova do acusado no processo penal brasileiro**. Curitiba: CRV, 2019, p. 143.

¹²⁷ SILVA, Bernardo Braga e. **O direito à admissão da prova do acusado no processo penal brasileiro**. Curitiba: CRV, 2019, p. 144.

No tocante à segunda instância – objeto de análise deste trabalho – o art. 616 do Código de Processo Penal estabelece: no “julgamento das apelações poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas, ou determinar outras diligências”.

Admite-se, portanto, a reabertura, em certo grau, da etapa probatória em fase recursal, ainda que prevaleça, nesse momento, a possibilidade de produção de prova de ofício pelo órgão jurisdicional.

Observa-se, dessa maneira, que a lei processual penal aponta diversos lapsos temporais dentro dos quais devem ser realizadas atividades probatórias, cabendo refletir se a prova requerida ou apresentada extemporaneamente deve sofrer consequência da preclusão consubstanciada na impossibilidade da prática do ato.

No campo do processo civil, as regras do direito à prova parecem ter menor flexibilidade no âmbito preclusivo, em comparação ao processo penal.

Primeiro, porque a seara penal trata de liberdades individuais, e a liberdade, como bem jurídico de evidente importância, representa uma palpável justificativa para proporcionar a relativização de regras de processo. Segundo, porque, no processo civil existe maior imposição de prazos na lei para a realização de atos processuais, culminando seu descumprimento na ocorrência de preclusão temporal. Terceiro, porque, no processo civil há mecanismos que privilegiam a segurança jurídica e o encadeamento lógico-semântico dos atos processuais, não sendo possível que o processo se torne um rio cheio de curvas que desague em si mesmo¹²⁸.

Nessa linha, o processualista civil Eduardo Cambi defende existir “a necessidade de respeito aos prazos preclusivos, uma vez que o direito à prova não seria absoluto, devendo-se respeitar seus requisitos temporais e formais”¹²⁹. Afirma, ainda, que “se uma parte pudesse usar os meios de prova sem quaisquer limitações temporais, a duração do processo seria excessiva a ponto de comprometer a tutela jurisdicional dos direitos materiais”¹³⁰.

Já no campo processual penal, a relativização do instituto da preclusão probatória, principalmente no tocante à atividade probatória defensiva, não pode ser estudada de forma desassociada do direito do acusado se defender provando, considerando que esta faculdade decorre do exercício constitucional da ampla defesa, da verdade como valor e garantia

¹²⁸ ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. **Produção de provas em sede recursal**. São Paulo: RT, 2019, p. 104.

¹²⁹ CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 28.

¹³⁰ CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 32.

processual, e da visão de processo penal como instrumento de efetivação das garantias do acusado contra arbitrariedades estatais¹³¹.

Como dito, o prazo para formular requerimentos de provas da defesa existente no início do processo sofre certa relativização, pois o acusado não pode ficar sem defesa. Nas hipóteses em que o réu é assistido pela defensoria pública – situação que exige maiores cuidados processuais, diante da possibilidade de haver algum desequilíbrio de condições entre acusado e acusador – a relativização do fenômeno da preclusão pode acontecer de forma mais recorrente.

Nesse sentido, é comum, por exemplo, ver a defensoria pública requerer a produção de provas genéricas em resposta à acusação e, posteriormente, mantido contato pessoal com o acusado e desenrolados os primeiros atos do processo, solicitar a produção de novas provas e a substituição de testemunhas, para melhor exercer a defesa do réu pobre.

Essa é uma prática que reservada parte da jurisprudência aceita com certa condescendência¹³² em exaltação à importância da prova exculpatória e em garantia ao direito de defesa em sua ampla aplicação.

De acordo com Heitor Sica, “se os sujeitos ocupam posições jurídicas diferentes uns dos outros, os fenômenos que os impedem de exercitar seus poderes dentro da relação jurídica se dão de forma diversa, informados por princípios próprios”¹³³. Nessa linha, os rigorosos limites da preclusão merecem ser aplicados de forma distinta quanto à acusação e defesa.

No âmbito dessa discussão, merece reflexão acerca da possibilidade da atividade probatória promovida pela acusação também poder ter as regras preclusivas flexibilizadas.

Na maioria das ações penais, o autor da persecução penal é estatal. Não se deve admitir que o acusador público atue com desídia, deixando de apontar provas necessárias para comprovar sua tese no momento legal cabível. Isso porque a acusação dispõe de todo tempo necessário para buscar fontes de provas na fase pré-processual; não é razoável que essa busca possa acontecer desenfreadamente durante todo o processo.

Com efeito, conforme destaca Bernardo Braga e Silva,

¹³¹ SILVA, Bernardo Braga e. **O direito à admissão da prova do acusado no processo penal brasileiro**. Curitiba: CRV, 2019, p. 285.

¹³² BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. HC n. 70083194290, Rel. Des. Viviane de Faria Miranda, 7ª Cam. Crim., j. 21-11-2019, Public. 27-11-2019. “A extemporaneidade da apresentação do rol de testemunhas, em circunstâncias especialíssimas como a dos autos, em que a Defensoria Pública não tem contato com o paciente até o dia da audiência, deve ser vista com ressalvas, porque é a liberdade individual que está em jogo. Deve-se pensar nas consequências da não produção da prova oral requerida pelo paciente, que poderia ser, pura e simplesmente, sua condenação. Instrução anulada”.

¹³³ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão no processual civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 108.

as normas relativas à preclusão objetivam satisfazer interesses públicos dentre os quais também se encontra o de garantir a isonomia das partes, fim este que definitivamente não seria atingido ao se tratar de forma igual as partes, já naturalmente desequilibradas no processo penal – principalmente no plano probatório, em que o Estado, através do Ministério Público e da autoridade policial, dispõe de um gigantesco aparato investigativo¹³⁴.

Complementa essa ideia o fato de que os fins buscados por acusado e acusador são distintos. Enquanto o acusador visa defender interesses gerais da coletividade, o acusado defende sua liberdade. Sem dúvida, os interesses coletivos possuem extrema importância, mas é evidente que o direito individual de liberdade deve se sobrepor.

Numa condição de possível desvantagem frente ao Estado acusador, e buscando defender sua liberdade, é de se esperar que ao réu caiba alguma flexibilização das regras probatórias, o que não cabe ao órgão acusador.

Dessa maneira, há de se inferir que se de um lado não é possível admitir a relativização da preclusão probatória em favor da acusação, de outro lado, a rígida observância às regras preclusivas no que tange à prova defensiva, sob o pretexto de dar marcha ao processo penal, acaba por colocar em risco a liberdade do acusado, que, impedido de exercer seu direito de defesa de forma ampla, não consegue produzir provas que podem influenciar na elaboração da sentença penal.

Desse modo, o instituto da preclusão no processo penal visa estabelecer pesos entre o melhor acerto fático possível e a maior rapidez atingível; estando em xeque o direito de liberdade do réu, deve-se dar maior peso ao primeiro, privilegiando-se o direito do acusado de se defender provando¹³⁵.

4.3 Prova nova

Não se defende neste trabalho a desenfreada e ilimitada atividade probatória defensiva. A busca por provas em momento atípico deve ser considerada uma exceção, que diante da relevância, pertinência e adequação, merece ser viabilizada pela autoridade judicial ao encontro da verdade.

¹³⁴ SILVA, Bernardo Braga e. **O direito à admissão da prova do acusado no processo penal brasileiro**. Curitiba: CRV, 2019, p. 288.

¹³⁵ SILVA, Bernardo Braga e. **O direito à admissão da prova do acusado no processo penal brasileiro**. Curitiba: CRV, 2019, p. 289.

A garantia constitucional de duração razoável do processo – que também é uma garantia do acusado – não pode ser relegada à última importância às custas de uma desmedida e injustificada busca por eficiência do sistema penal. Há que existir justos motivos que possibilitem a quebra das regras de preclusão.

Em que pese se sustente a necessidade de uma visão da duração razoável do processo que privilegie o efetivo exercício dos direitos e faculdades processuais do acusado, a inexistência total de limites temporais simplesmente tornaria a ação penal verdadeira falácia, porque tendente o processo a nunca se encerrar¹³⁶.

É justamente por isso existe a necessidade de se entender a concepção de “prova nova”, além de compreender as hipóteses em que ela pode ser tratada no processo penal de maneira a justificar o relaxamento das regras preclusivas e possibilitar a flexibilização das normas que conduzem a marcha do processo.

Para Guilherme de Souza Nucci, entende-se como provas novas

as provas substancialmente novas e as formalmente novas. As primeiras são as provas inéditas, desconhecidas até então do condenado e do Estado (ex.: o surgimento de documento ao qual ninguém teve acesso anteriormente). As segundas são aquelas que ganham nova roupagem, nova versão, mas já eram conhecidas das partes (ex.: uma testemunha que altera seu depoimento, dizendo ter-se lembrado de algo mais, que não havia relatado antes)¹³⁷.

Gustavo Henrique Badaró explica:

a prova nova não precisa ser posterior ao processo [bastando que] seja de desconhecimento da parte (por exemplo, uma carta em que terceira pessoa confessava o crime pelo qual outrem foi condenado), ou por motivo estranho à sua vontade não pôde ser utilizado (por exemplo, era um documento acobertado por segredo de justiça. É possível, também, que o documento tenha se tornado conhecido durante a tramitação do processo, mas na fase procedimental em que não mais teria influência na causa (por exemplo, no prazo para interposição de recurso especial e extraordinário)¹³⁸.

Já Eugênio Pacelli aduz:

por provas novas não se há de entender apenas aquela surgidas posteriormente, mas todas aquelas que não tiverem sido objeto de apreciação judicial anterior, afinal não se pode estender o campo preclusivo dos atos processuais para além

¹³⁶ SILVA, Bernardo Braga e. **O direito à admissão da prova do acusado no processo penal brasileiro**. Curitiba: CRV, 2019, p. 295.

¹³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.375.

¹³⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 976.

das exigências da realização do Direito. A inocência, nesse passo, ocupa espaço de proeminência¹³⁹.

Conforme o conceito trazido por Franco Cordero, provas novas são aquelas que “não haviam sido introduzidas no processo, sejam preexistentes ou supervenientes; também consideramos novas as provas as que tenham sido aduzidas, mas que tenham ficado de fora da decisão, como às vezes ocorre”¹⁴⁰.

Aury Lopes Júnior reforça essa ideia e afirma que o conceito de prova nova não pode ficar limitado àquelas desconhecidas e surgidas depois do processo. Também é considerada “prova nova” a preexistente não introduzida no processo ou mesmo aquela que ingressou nos autos, mas que não foi valorada¹⁴¹.

Sobre o tema, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes especificam que é possível chegar à conclusão de que uma prova, ainda que conhecida e apresentada num primeiro momento, mesmo que tenha sido apreciada pelo juiz prolator da sentença condenatória, pode ser considerada como prova nova, desde que com base em argumentação diversa daquela desenvolvida pelo magistrado. É o que pode ocorrer, por exemplo, com a reaparição de uma prova em virtude de novos conhecimentos científicos¹⁴².

Este é um conceito mais aberto, com o qual não concordamos. O entendimento que nos parece mais adequado à definição do termo “prova nova” consiste na prova superveniente, surgida após o momento em que deveria ter sido apresentada no processo ou na prova que está nos autos, mas, por alguma razão, não foi valorada pelo juízo.

A concepção de “prova nova” referida acima foi extraída dos comentários formulados acerca do art. 621, III, do Código de Processo Penal, que, ao tratar da possibilidade do ajuizamento de revisão criminal, aponta a superveniência das novas provas de inocência como justificativa do seu cabimento.

Apesar de no art. 414, parágrafo único, do Código de Processo Penal, o legislador se referir ao termo “prova nova” (“enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá ser formulada nova denúncia ou queixa se houver prova nova”), é do conteúdo do art. 621, III, do Código de Processo Penal, que se projetam ideias do surgimento da prova exculpatória, do momento da prova dentro do processo e de regras de preclusão no processo penal.

¹³⁹ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 1.048.

¹⁴⁰ CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. v. II. Bogotá: Atlas, 2000, p. 448.

¹⁴¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1.102.

¹⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 324.

Nesses dois pontos, exclusivamente, é que o termo *prova nova* ou *nova prova* é referido na legislação penal adjetiva – sendo útil para este estudo o referido no art. 621 do Código de Processo Penal.

Além de tratar do conceito de prova nova, é igualmente importante diferenciar as hipóteses de seu surgimento e analisar a viabilidade de sua utilização no processo, principalmente depois da prolação da sentença e antes do trânsito em julgado de ação penal.

Nesse sentido, há de se distinguir três hipóteses: a primeira, quando verificada a simples existência de prova nova, não incidindo qualquer culpa por parte do acusado; a segunda, quando a prova extemporânea que se requer a juntada ou a produção já era de conhecimento do acusado quando de sua citação, mas por desídia (perda de prazo, esquecimento) deixou de ser requerida; e a terceira, quando o acusado, ciente da existência da prova, por má-fé, requer sua produção somente em momento posterior com o único fim de gerar desordem processual¹⁴³.

Na primeira hipótese, deve-se imaginar, por exemplo, o conhecimento extemporâneo da existência de uma testemunha de extrema relevância que não foi inquirida durante a instrução processual. Em situações como essa, a defesa deve requerer a produção da prova testemunhal – submetendo-a ao contraditório – para que seus efeitos repercutam na tomada de nova decisão do mérito da causa.

Assim, sob a primeira hipótese, é possível concluir:

independentemente da fase processual em que se encontra a ação penal, havendo possibilidade cognitiva de o órgão julgador revisar o arcabouço probatório, deve-se admitir a produção de prova por parte do acusado, em razão do necessário respeito à ampla defesa e à proteção do *status libertatis*¹⁴⁴.

Deduz-se dessa hipótese que exatamente por não observar a existência de desídia ou má-fé por parte do acusado, o direito fundamental de se defender provando possibilita a produção de prova nova em qualquer fase do processo ou instância judicial.

Nesse cenário, Eugênio Pacelli esclarece: “o processo penal não pode jamais se tornar refém das formas – e ritos – e, exatamente por isso, qualquer prova nova que puder demonstrar a inocência do acusado poderá ingressar nos autos a qualquer momento”¹⁴⁵.

Nessa linha, inexistindo desídia ou má-fé por parte do acusado, há de se convir que sempre existirá a possibilidade de produção e de utilização de prova nova quando esta objetivar

¹⁴³ SILVA, Bernardo Braga e. **O direito à admissão da prova do acusado no processo penal brasileiro**. Curitiba: CRV, 2019, p. 295.

¹⁴⁴ SILVA, Bernardo Braga e. **O direito à admissão da prova do acusado no processo penal brasileiro**. Curitiba: CRV, 2019, p. 296.

¹⁴⁵ PACHELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 352.

a contraposição de novos elementos probatórios apresentados pela acusação; quando necessária para comprovar fatos relevantes ocorridos após a resposta à acusação e; quando a própria prova apenas se tornar conhecida após a apresentação de defesa inicial.

Já na situação em que a prova extemporânea que se requer a juntada ou a produção já era de conhecimento do acusado quando de sua citação, mas por desídia deixou de ser requerida, é possível considerar que esse ato gera indevido embaraço ao desenrolar do processo, em razão do dever de colaboração das partes, podendo ser considerado um ato atentatório à dignidade da Justiça, na forma do art. 77, IV, do Código de Processo Civil, cominado com o art. 3º do Código de Processo Penal¹⁴⁶.

Há divergência na jurisprudência sobre a aplicação de sanção para o descumprimento das regras de preclusão. O Supremo Tribunal Federal possibilita a aplicação de multa por litigância de má-fé:

Conforme já assentei em outros casos, o direito assegurado às partes de se insurgirem contra decisões judiciais é decorrente da garantia do devido processo legal, todavia, o ato abusivo faz cessar esse direito, eis que ultrapassa os limites previstos nas normas processuais ou se desvia de seus legítimos fins, resultando em patente prejuízo para a administração e dignidade da justiça. [...] Ora, não se pode admitir que os Tribunais da Federação sofram a descaracterização de suas missões institucionais ao constatar que a qualidade de seus trabalhos vem sendo comprometida por demandas de escassa ou nenhuma repercussão geral, diante do atual e conhecido quadro de sobrecarga de processos a que estão submetidos, fazendo com que o tempo consumido com esses casos deixe de ser utilizado no deslinde de matérias complexas e de real significado para a sociedade. Com efeito, cabe ao Poder Judiciário, apoiado nos mecanismos previstos nas leis processuais, o papel de coibir tais abusos, de modo a evitar a banalização do acesso à justiça e buscando, dessa forma, a efetividade da prestação jurisdicional, pressuposto elementar de uma sociedade que almeja a justiça e a solidariedade¹⁴⁷.

Já o Superior Tribunal de Justiça entende que a atuação desidiosa da defesa nos casos criminais representa mero descumprimento da obrigação processual e não aplica penalidades

¹⁴⁶ BRASIL. Código de Processo Civil (2015). “Art. 77 – Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: IV – cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação”; BRASIL. Código de Processo Penal (1941). “Art. 3º – A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

¹⁴⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Decisão proferida na AP. 946 ED-EI-EXTN/DF, Rel. Min Ricardo Lewandowski, mencionada no HC 192.814 AgR/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, j. 16-11-2020, DJe 30-11-20. No mesmo sentido, a PET 4.972-AgR/GO, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, j. 30-10-2012, DJe 16-12-2012.

administrativas, considerando inexistir na legislação processual penal qualquer previsão para a imposição de penalidade dessa natureza.

Apesar de a confiança, elemento central do princípio da boa-fé processual, impor a todos os sujeitos do processo posturas condizentes com o dever geral de cooperação, é cediço que o processo penal não comporta a aplicação de multa por litigância de má-fé, dada a falta de previsão legal, de modo que, somente em casos excepcionalíssimos, as Cortes Superiores têm determinado a certificação do trânsito em julgado da condenação e a baixa imediata dos autos¹⁴⁸.

Existe também a possibilidade, a depender da recorrência e intensidade da desídia, de se cogitar a destituição da defesa técnica, evitando-se prejuízo na defesa do acusado e demora desnecessária do processo.

É observado que houve omissão do defensor constituído para o qual foi regularmente aberta vista dos autos para apresentação da peça defensiva. Todavia, o Juízo monocrático não mandou suprir a falta com a nomeação de defensor *ad hoc*. Deste modo, acompanhando a majoritária doutrina e jurisprudência pátria entendendo haver flagrante violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ensejando nulidade absoluta¹⁴⁹.

Exatamente nessa linha, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho afirmam:

no caso de omissão do defensor constituído ou dativo, para o qual foi regularmente aberta vista dos autos para apresentação do arrazoado, a eiva também será absoluta, agora sob o fundamento de violação da garantia da ampla defesa; a ausência de argumentos em favor do acusado, nesse importante momento processual, caracteriza a situação de réu indefeso (arts. 261 e 497, V, CPP) cabendo ao juiz, antes de proferir a decisão, mandar suprir a falta pela nomeação de defensor *ad hoc* ou substituição do dativo negligente¹⁵⁰.

Mas a questão colocada traz à discussão

o fundamento de que o direito à prova da defesa tem natureza constitucional de direito fundamental e está intimamente ligado não somente à busca por uma decisão justa, como também à proteção do *status* de liberdade do acusado

¹⁴⁸ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no RMS 39.859/PE. Min. Rogério Schietti. 6ª Turma, j. 09-03-2017, Public 16-03-2017.

¹⁴⁹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp n. 752.92. Rel. Hélio Quaglia Barbosa, 6ª Turma, j. 11-11-2005, Publ. 16-12-2005.

¹⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 204.

[devendo-se, portanto], autorizar-se a produção da prova extemporânea por ato faltoso do acusado, ainda que o processo já se encontre em instância revisional ordinária¹⁵¹.

Enfim, o desleixo processual não pode fulminar o direito de defesa, colocando em risco a liberdade do acusado. Por último, se o requerimento extemporâneo da prova tiver ocorrido com a finalidade escusa de causar tumulto no processo, a má-fé do acusado, que deve estar demonstrada no processo, impõe o indeferimento do requerimento do pedido probatório.

O acusado não pode valer-se de sua própria torpeza, culminando seu pleito probatório extemporâneo postergado à apreciação apenas em sede de revisão criminal.

O ato intencional, a má-fé processual, desde que comprovada deve validar a aplicação das regras preclusivas em detrimento de um suposto desvendamento de uma nova realidade fática.

¹⁵¹ SILVA, Bernardo Braga e. **O direito à admissão da prova do acusado no processo penal brasileiro**. Curitiba: CRV, 2019, p. 299.

5 PRODUÇÃO DE PROVA EM SEDE RECURSAL

5.1 Recursos: conceito e fundamento jurídico

No conceito de Marco Antonio Marques da Silva e Jayme Walmer de Freitas, “recurso é o meio processual posto à disposição das partes, hábil a propiciar o reexame de uma decisão judicial, parcial ou integralmente, em regra, por um órgão jurisdicional”¹⁵².

Segundo Vicente Greco Filho, por sua vez, entende que recurso “é o pedido de nova decisão judicial, com alteração de decisão anterior, previsto em lei, dirigido, em regra, a outro órgão jurisdicional, dentro do mesmo processo”¹⁵³.

Já Gustavo Henrique Badaró argumenta que “recurso é o meio voluntário de impugnação das decisões judiciais, utilizado antes do trânsito em julgado e no próprio processo em que foi proferida a decisão, visando reforma, invalidação, esclarecimentos ou integração da decisão judicial”¹⁵⁴.

Por fim, para Alcides de Mendonça Lima, “recurso é o meio, dentro da mesma relação processual, de que se pode servir a parte vencida em sua pretensão ou quem se julgue prejudicado, para obter a anulação ou a reforma, parcial ou total, de uma decisão”¹⁵⁵.

Em resumo, o recurso é o meio que a parte vencida possui para alcançar a reversão do provimento jurisdicional, pois, na sua visão, não houve a aplicação da melhor Justiça. Esse meio que proporciona a reavaliação de decisões judiciais é legítimo, na medida em que ninguém se conforma com um juízo único desfavorável, o que é fruto da consciência da imperfeição humana¹⁵⁶.

Traçado o conceito de recurso, tem-se como seu fundamento jurídico o princípio do duplo grau de jurisdição, o qual assegura o direito ao reexame das decisões por um órgão jurisdicional diverso daquele que proferiu a decisão, em grau de hierarquia superior¹⁵⁷.

¹⁵² SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 817.

¹⁵³ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 328.

¹⁵⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 34.

¹⁵⁵ LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. 2. ed. São Paulo: RT, 1976, p. 233.

¹⁵⁶ BERMUDEZ, Sérgio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 7. São Paulo: RT, 1975, p. 08.

¹⁵⁷ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 8. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 93.

O duplo grau de jurisdição significa que o processo deve ser examinado uma vez pelo juízo de primeiro grau e uma segunda vez pelo tribunal revisor, exceção feita aos casos de processamento originário dos tribunais.

A Constituição Federal de 1988, apesar de assegurar expressamente diversas garantias processuais, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, o juiz natural e a motivação das decisões¹⁵⁸, não fez menção explícita ao duplo grau de jurisdição.

Porém, conforme destacam Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, “apesar da inexistência de regra constitucional expressa que garanta o duplo grau de jurisdição, trata-se, segundo a melhor doutrina, de regra imanente na Lei Maior que, como as anteriores, prevê não apenas a dualidade de graus de jurisdição, mas um sistema de pluralidade deles”¹⁵⁹.

Além de ser possível extrair esse princípio do contexto geral das garantias processuais previstas na Constituição Federal de 1988, desde a ratificação da Convenção Americana dos Direitos Humanos, o princípio do duplo grau de jurisdição integra o direito positivo em nível supralegal, mediante o disposto no art. 8º, que assegura ao acusado o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior¹⁶⁰.

Garantido legalmente, portanto, o direito de recurso, necessário avançar sobre a abrangência que o duplo grau de jurisdição confere às discussões de mérito e renovação da instrução probatória em âmbito recursal, e o efeito dos recursos na tramitação do processo.

5.2 Abrangência do duplo grau de jurisdição

De acordo com Gustavo Henrique Badaró, o princípio do duplo grau de jurisdição em relação à matéria de fato se coloca em três sistemas: (a) o julgamento em segundo grau como

¹⁵⁸ BRASIL. Constituição Federal (1988). “Art. 5º. XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção. LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. LV – 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. LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. “Art. 93 – IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

¹⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 25.

¹⁶⁰ Convenção Americana dos Direitos Humanos. “Art. 8º: Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”.

sendo um novo julgamento; (b) o julgamento de segundo grau como uma revisão da sentença, sem qualquer atividade probatória nova, e; (c) o julgamento de segundo grau como uma revisão da sentença e, quando constatada errônea valoração da prova, cassa-se a decisão e se determina um novo julgamento em primeiro grau¹⁶¹.

Na primeira situação, dentro dos limites da matéria devolvida ao tribunal, há um novo julgamento do caso pela segunda instância. Tanto do ponto de vista fático quanto jurídico há um novo exame de provas e uma nova decisão é lançada. Nesse sistema, adotado no processo penal alemão, é possível produzir prova em segundo grau, vendo-se, ao final, a prolação de uma decisão do tribunal como se fosse da primeira instância. De acordo com Claus Roxin, “através da aceitação da apelação, o momento central do processo é trasladada para a segunda instância”¹⁶².

Na segunda situação, o recurso não implica no refazimento do juízo de primeiro grau. O Tribunal, que não tomou contato com a produção da prova, para analisar se a sentença está correta ou equivocada, reavalia a prova produzida em primeiro grau, com base nos registros constantes nos autos do processo. Os julgadores revisores podem dar novo valor às provas e reformar a decisão anterior em matéria de fato. Esse é o modelo adotado no processo penal brasileiro.

Já na terceira situação, não há debate sobre matéria de fato. O tribunal pode analisar apenas erros na aplicação da lei, o que enseja a cassação da decisão recorrida e o retorno dos autos à primeira instância a fim de que se promova novo julgamento.

Diante disso, pensando sob a ótica de uma correta reconstrução histórica dos fatos, a melhor situação apresentada é aquela em que o julgamento do recurso possibilite reproduzir a prova, ao invés daquela em que ocorre simplesmente a reavaliação baseada na leitura fria dos autos do processo.

Como o processo penal é um processo de busca da verdade e, sendo a prova o meio dessa busca, a reanálise ampla e completa das questões de mérito, com o refazimento de provas ou a produção de novas provas em segundo grau, poderia tornar os julgamentos penais mais justos. Todavia, “em termos gerais, não é ensejada, na via recursal, instrução probatória que possibilite o reexame de fatos da causa com a amplitude e profundidade típicas do primeiro grau”¹⁶³.

¹⁶¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 3. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 65.

¹⁶² ROXIN, Claus. **Derecho processual penal**. Trad. Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Del Puerto, 2000, p. 461.

¹⁶³ MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Atuação de ofício em grau recursal**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 276.

Caminho alternativo poderia ser visto num sistema híbrido, no qual a regra estaria fincada apenas na nova valoração das provas e, em casos excepcionais, de surgimento de fatos ou provas novas, a possibilidade de reabertura da instrução probatória seria permitida em segundo grau de jurisdição.

Há de se reconhecer que essa ideia híbrida, apesar de não reconhecida na doutrina como existente e praticada, tem alguma ressonância nas regras do processo penal brasileiro, na medida em que o art. 616 do Código de Processo Penal estabelece: “no julgamento das apelações poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências”.

É certo que essa conversão do julgamento em diligência não é um direito da parte, mas uma faculdade do julgador determinar de ofício a providência probatória em segundo grau, em busca do melhor esclarecimento dos fatos e fortalecimento de seu convencimento.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que conforme o “artigo 616 do Código de Processo Penal, há faculdade, e não obrigação do tribunal de segundo grau determinar ou não o reinterrogatório do acusado ou reinquirição da vítima ou de testemunhas, diante do conjunto probatório produzido”¹⁶⁴.

Marco Antonio Marques da Silva e Jayme Walmer de Freitas, por sua vez, advertem:

com a responsabilidade de formar o íntimo convencimento, mediante a livre apreciação da prova, no seu conjunto, tal qual fez o juiz de primeira instância, os juízes, que vão julgar o caso em segunda instância têm, naturalmente, a liberdade de fazer o exame direto dos elementos pessoais da prova. [...] a rigor, proferida a sentença de primeiro grau, o feito teria preenchido todos os requisitos de materialidade e autoria, desnecessitando qualquer complementaridade. Não obstante, o complemento pode se mostrar imprescindível para o deslinde da verdade real e formação do convencimento do julgador¹⁶⁵.

Ao abordar o tema, Guilherme de Souza Nucci enfatiza o caráter supletivo da providência probatória. A atividade probatória prevista no art. 616 está voltada ao esclarecimento de dúvidas dos julgadores de segunda instância, não podendo extrapolar o âmbito das provas já produzidas, alargando o campo da matéria em debate, pois isso configuraria nítida supressão de instância e causa de nulidade.

Conclui Guilherme de Souza Nucci:

¹⁶⁴ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no REsp 1.418.746/SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 26-05-2016.

¹⁶⁵ SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 885.

é inadmissível o procedimento do tribunal de produzir novas provas, das quais não tem – e não teve por ocasião da sentença – ciência o juiz de primeiro grau, julgando o recurso com base nelas. Assim fazendo, não estará havendo duplo grau de jurisdição, mas uma única – e inédita – decisão, da qual não poderão as partes recorrer¹⁶⁶.

Impedir a produção de provas novas em âmbito recursal, sob o pretexto de violação do duplo grau de jurisdição, conforme destacado por Guilherme de Souza Nucci, acaba por elevar a importância do atendimento às formas do processo em detrimento da elucidação dos fatos e da aproximação da verdade.

Alternativa para evitar-se a violação do duplo grau de jurisdição seria submeter o processo ao juízo de piso para novo julgamento quando promovida a apresentação ou a produção de relevante prova nova em sede recursal.

Enfim, a ideia central trazida no âmbito do disposto no art. 616 do Código de Processo Penal é justamente o cerne da reflexão promovida neste trabalho.

Ainda que de maneira complementar ao conteúdo probatório já existente nos autos do processo, em situação recursal específica (recurso de apelação) e promovida de ofício pelo julgador, a normativa processual penal prevê uma hipótese do exercício probatório em segundo grau, além daquela possibilidade de juntada de prova documental, em qualquer fase do processo, prevista no art. 231 do Código de Processo Penal.

Mas esse tímido ensaio de produção probatória em sede recursal deveria ampliar-se para outros momentos e procedimentos recursais, fixando-se como direito da parte, ou direito exclusivo do acusado – o qual possui a prerrogativa de defender sua inocência provando-a.

Uma ala mais garantista da doutrina acompanha esse entendimento, registrando que “embora o dispositivo se refira a tal possibilidade somente no caso de apelação, não há porquê excluir tal possibilidade no caso de recurso em sentido estrito, bem como nos demais recursos”¹⁶⁷. É um segmento que afirma: “a aplicação de tal dispositivo, contudo, tem sido muito rara, para não se dizer praticamente inexistente”. De fato, a jurisprudência é esparsa no tocante à validação do art. 616 do Código de Processo Penal¹⁶⁸.

¹⁶⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.344.

¹⁶⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacarias; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 1.151.

¹⁶⁸ “A norma contida no artigo 616 do Código de Processo Penal revela um mecanismo à disposição da Corte de Apelação para dissipar eventual dúvida verificada no conjunto probatório, facultando que proceda a novo interrogatório do acusado, sejam reinquiridas as testemunhas ou determine a realização de diligências. A adoção do aludido expediente é faculdade do Tribunal competente para julgar o recurso de apelação interposto, mormente porque as provas das teses defendidas pelas partes devem ser produzidas no momento oportuno, de

Combinando os conceitos de prova e recurso, alinhando as premissas do direito à prova, da preclusão e do duplo grau de jurisdição e, por último, compreendendo a finalidade do processo penal amparado pelas garantias da ampla defesa e do contraditório, tem-se que a produção de prova em sede recursal – experimentada na disposição do art. 616 do Código de Processo Penal – pode significar a produção de decisões penais mais justas.

É lógico que a atividade probatória desnecessária, impertinente e inapropriada não encontra amparo nesse cenário, afinal, um provimento justo também se reveste da duração razoável do processo.

Entretanto, quando observada alguma pertinência, vê-se que a reabertura da dilação probatória em fase recursal deve ser cogitada, aproximando os julgadores da verdade dos fatos – aquela verdade processual construída –, impedindo que injustiças sejam cometidas, ainda mais quando podem culminar na privação da liberdade do acusado.

5.3 Efeitos dos recursos penais

Conforme avalia Flávio Cheim Jorge,

todos os atos processuais repercutem gerando efeitos naturais sobre o processo, os quais decorrem de sua mera ocorrência, como a ampliação do procedimento com a extensão dos efeitos da litispendência e impossibilidade da coisa julgada. A doutrina se ocupou de estudar, classificar e sistematizar esses fenômenos, denominando-os de ‘efeitos dos recursos’¹⁶⁹.

No campo dos recursos penais são comumente estudados os efeitos devolutivo, suspensivo, regressivo, iterativo e extensivo. Mas, para a finalidade deste trabalho, os debates ficarão restritos apenas aos efeitos devolutivo e suspensivo.

acordo com os prazos e formas estabelecidos no Código de Processo Penal, no âmbito da instrução criminal”. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. HC n. 175767/MG. Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, j. 02-10-2012, Publ. 09-10-2012. A qual a regra insculpida no art. 616 do Código de Processo Penal traduz uma faculdade do julgador de segunda instância nos recursos de apelação em determinar que o feito seja baixado em diligência ou não. Assim, o Tribunal poderá reinquirir testemunhas, interrogar novamente o Réu e determinar outras diligências se assim achar conveniente, o que não ocorreu na hipótese presente. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no AREsp n. 1.347.808/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, 6ª Turma, Publ. 09-04-2019.

¹⁶⁹ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 8. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 333.

5.3.1 Efeito devolutivo

De acordo com José Frederico Marques, “o efeito devolutivo é inerente a todo recurso”¹⁷⁰. É a regra geral e traduz-se pelo efeito de entregar, transferir ou devolver à apreciação do juízo *a quo* ou *ad quem* a matéria impugnada¹⁷¹.

Segundo Gustavo Henrique Badaró, “recorre-se para que a decisão que causa gravame ao recorrente seja revista, analisada novamente, e corrigida em seu benefício. Assim, a ‘devolução’ de conhecimento da matéria impugnada a outro órgão é o objetivo de todos os meios de impugnação”¹⁷².

Nessa linha, vê-se que o efeito devolutivo é intrínseco a todo recurso, na medida em que seu principal objetivo é submeter – devolver – aos tribunais a análise da matéria objeto de impugnação. A devolução deve ser apreciada de acordo com a extensão e profundidade da matéria devolvida.

Quanto à extensão, o conhecimento do recurso é limitado pela matéria impugnada pelo recorrente. Se o recurso for total, todas as questões devem ser reanalisadas pelo tribunal. Entretanto, se a impugnação for parcial, o julgamento do recurso somente terá por objeto a matéria atacada¹⁷³.

Ainda no campo da extensão da matéria devolvida ao tribunal, importante anotar que se existirem questões passíveis de reconhecimento de ofício (prescrição, nulidades absolutas, condições da ação), o tribunal também as julgará, ainda que não tratadas pelo recorrente.

Esse é um ponto de extrema importância para a discussão ora travada. Imaginando-se que uma prova cabal de inocência (vídeo do local do fato, exame de DNA, extinção de tributo, aparição de vítima viva dada como morta) surja enquanto se processa um recurso, reflete-se se sua utilização de ofício pode ser promovida pelo tribunal, dando-lhe eficácia no julgamento do feito.

¹⁷⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos do direito processual penal**. v. 4. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 210.

¹⁷¹ SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 820.

¹⁷² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 180.

¹⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 54.

Outra importante reflexão recai na possibilidade de elementos probatórios dessa natureza poderem ser reconhecidos como questões de ordem pública e permitir a tomada de decisões que extrapolam a extensão da matéria devolvida ao tribunal em sede de recursos.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, é matéria de ordem pública as questões processuais ou substanciais, “referentes às relações que transcendam a esfera de interesses dos sujeitos privados, disciplinando relações que os envolvam, mas fazendo-o com atenção ao interesse da sociedade, como um todo, ou ao interesse público”¹⁷⁴.

Guiando-se pela definição de Cândido Rangel Dinamarco, é possível, na concepção deste autor, reconhecer que tais elementos probatórios especiais, uma vez inseridos no processo, podem ser recepcionados e valorados pelos tribunais, atendendo o interesse do acusado, assim como o interesse da sociedade – que aguarda uma jurisdição penal com decisões mais justas.

Ou seja, uma prova nova de tamanha envergadura e de conteúdo inquestionável tem força suficiente para ser reconhecida como de interesse público – ainda que surta efeitos numa demanda específica – visto que possibilita a aplicação da justiça de uma forma mais correta, contribuindo para a prestação jurisdicional e a harmônica convivência social.

No tocante à profundidade do conhecimento dos recursos, essa é a maior possível dentro do quanto impugnado pelo recorrente, considerando tudo o que for relevante para a tomada de nova decisão.

De acordo com Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes,

nos limites da matéria impugnada ou cognoscível de ofício e desde que não modifique o pedido e a causa de pedir (que delimitam a pretensão), o tribunal poderá livremente apreciar, no recurso, aspectos que não foram suscitados pelas partes. Se o entender conveniente, converterá o julgamento em diligência para a produção de novas provas, destinadas à formação do convencimento de seus membros e poderá excluir as que considerar ilícitas do material probatório¹⁷⁵.

Complementam afirmando:

dentro da matéria impugnada, são plenos os poderes instrutórios do tribunal, ainda que os códigos somente se refiram a eles para certos recursos (ex. art. 616 Código de Processo Penal) [...] nada disso importará em supressão do

¹⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 69.

¹⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 54.

primeiro grau de jurisdição, uma vez que o juiz *a quo* decidiu a causa com base no material instrutório que entendeu suficiente¹⁷⁶.

Essa atividade probatória recursal cuida, portanto, de provas novas sobre fatos já alegados e não sobre novos fatos não alegados.

Nessa linha, pontua Galdino Siqueira:

vedado lhe é, porém, decidir sobre fatos novos, inteiramente distintos dos que se constituíram objeto do processo, porque esses fatos devem ser preliminarmente depurados na primeira instância, para que as partes possam discuti-los em toda sua amplitude, e não fiquem privadas dos dois graus de jurisdição que a lei lhes garante¹⁷⁷.

Assim, observa-se, em síntese, que o efeito devolutivo confere ao juízo de segundo grau a possibilidade de fazer uma segunda análise da matéria recorrida, nos limites da impugnação, de maneira ampla e aprofundada. Além disso, é permitido ao julgador recursal reconhecer de ofício questões de ordem pública.

5.3.2 Efeito suspensivo

A expressão “efeito suspensivo” significa que o recurso suspende a eficácia da decisão recorrida, impossibilitando que ela produza os seus efeitos enquanto pende o julgamento do recurso¹⁷⁸.

No processo penal, nem todos os recursos possuem efeito suspensivo. Sua existência pressupõe previsão legal. O recurso de apelação, por exemplo, é um recurso que possui efeito suspensivo. Logo, sua interposição suspende a eficácia imediata da sentença condenatória.

Já o Recurso Especial e o Recurso Extraordinário não possuem efeito suspensivo. Isso não significa que o acórdão condenatório passa a ter eficácia logo após sua publicação; assim, o processamento de recursos em instâncias superiores é irrelevante para o início da execução da pena.

¹⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance.

Recursos no processo penal. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 55.

¹⁷⁷ SIQUEIRA, Galdino. **Curso de processo criminal.** 2. ed. São Paulo: Livraria e Oficina Magalhães, 1917, p. 363; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais.** 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 186.

¹⁷⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais.** 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 186.

No processo penal, em especial no caso de sentenças ou de acórdãos condenatórios, a existência ou não do efeito suspensivo não diz respeito à mera escolha de técnica processual, entre a produção ou não de efeitos imediatos da decisão impugnada¹⁷⁹. Mais do que efeito recursal, o que está em questão “é a eficácia da garantia constitucional da presunção de inocência”¹⁸⁰.

Nesse sentido, a decisão colegiada tomada pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, sobre a execução antecipada da condenação criminal, revelou:

a determinação constitucional [da presunção de inocência até o trânsito em julgado] não surge desprovida de fundamento. Coloca-se o trânsito em julgado como marco seguro para a severa limitação da liberdade, ante a possibilidade de reversão ou atenuação da condenação nas instâncias superiores¹⁸¹.

Daí que “a exigência constitucional de definitividade do juízo de culpa para a aplicação da pena só possa se dar quando não estejam sendo mais discutidos esses pressupostos, o que independe de o recurso admitir ou não a discussão de fatos ou provas, e de ter ou não efeito suspensivo”¹⁸².

Assim, as questões relativas ao efeito suspensivo recursal no processo penal são, de certa forma, ofuscadas pela aplicação da garantia da presunção de inocência e pela verificação do trânsito em julgado da condenação criminal.

Com efeito, independentemente de haver em trâmite recurso criminal desprovido de efeito suspensivo, como o Recurso Especial e o Extraordinário, a eficácia da sentença penal condenatória somente será verificada com a ocorrência do trânsito em julgado. Este, por sua vez, somente ocorre no instante em que a sentença ou o acórdão torna-se imutável, surgindo a coisa julgada material¹⁸³.

¹⁷⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 188.

¹⁸⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1.207.

¹⁸¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADC n. 43 e n. 44. Rel. Min. Marco Aurélio Mello, Tribunal Pleno, j. 07-11-2019, Public. 12-11-2020.

¹⁸² ESTELLITA, Heloisa. A flexibilização da legalidade no Supremo Tribunal Federal: o caso da execução da condenação sujeita a apelos extremos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, 2018, p. 721-722.

¹⁸³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 190.

5.4 Recursos em espécie

5.4.1 Recurso de Apelação

A apelação é o recurso específico contra decisões de primeiro grau (art. 593 do Código de Processo Penal¹⁸⁴). Tem caráter residual, ou seja, somente incidirá quando outro mecanismo de inconformismo não estiver previsto em lei. O recurso de apelação é, por excelência, o meio de realização do princípio do duplo grau de jurisdição¹⁸⁵.

Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima,

a apelação é tratada pela doutrina como recurso ordinário por excelência, já que consiste na impugnação de efeito devolutivo mais amplo, por permitir ao juízo *ad quem*, quando interposta contra sentença de mérito proferida por juiz singular, o reexame integral das questões suscitadas no primeiro grau de jurisdição, ressalvadas aquelas sobre as quais tenha se operado a preclusão¹⁸⁶.

O recurso de apelação caracteriza-se pela possibilidade de discussão ampla, podendo o recorrente levar à instância superior o pleno conhecimento do feito. Por isso, a apelação é conhecida por ser um recurso de fundamentação livre.

A natureza ampla do recurso de apelação possibilita ao juízo *ad quem* concentrar-se nas funções rescindentes e rescisórias. Assim, pelo menos em regra, há substituição da sentença impugnada por outra por ocasião do julgamento da apelação, exceto nos casos em que existir o reconhecimento de nulidade, em que há apenas a cassação da decisão recorrida¹⁸⁷.

Nesse sentido, ponderam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes que no recurso de apelação,

em face do extenso âmbito cognitivo do órgão recorrido, pode este reapreciar questões de fato e de direito, ainda que julgadas anteriormente, mormente em matéria processual penal, onde o mais comum é não haver preclusão; pode também examinar questões ainda não analisadas pelo juiz, que estejam

¹⁸⁴ BRASIL. Código de Processo Penal (1941). “Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: I – das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular; II – das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior; III – das decisões do Tribunal do Júri, quando: a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos”.

¹⁸⁵ SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 855.

¹⁸⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 10. ed. São Paulo: JusPodivm, 2021, p. 1.533.

¹⁸⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 10. ed. São Paulo: JusPodivm, 2021, p. 1.534.

compreendidas na abrangência da impugnação. Por isso, o corrente é que as apelações não estejam restringidas por fundamentação vinculada¹⁸⁸.

Conforme o art. 599 do Código de Processo Penal, o recurso de apelação pode atacar parte da decisão recorrida ou toda sua extensão (parcial ou pleno).

Anote-se que a restrição existente na apelação parcial é relativa à extensão do conhecimento e não à profundidade, podendo o tribunal examinar, nos limites da impugnação aspectos não suscitados pelas partes ou tópicos não apreciados pelo juiz inferior; pode ainda produzir prova nova ou admitir prova nova, desde que observado o contraditório¹⁸⁹.

5.4.1.1 Prova nova durante o processamento do Recurso de Apelação

O direito brasileiro volta-se a repelir a inovação probatória em sede recursal. Debate-se sobre a possibilidade de atividade probatória na apelação colocando-se de um lado a busca pela verdade e de outro a segurança jurídica e a celeridade do julgamento penal.

Tratando de forma geral o recurso de apelação, o processualista civil João Monteiro pondera que o nosso sistema recursal,

partindo da regra *tantum devolutum quantum appellatum*, coloca o recurso de apelação como meio para novo exame da mesma causa, aos juízes superiores não é lícito julgar além do que foi debatido e julgado, ou de modo que a segunda senta altere a substância da primeira quanto ao fundo da demanda¹⁹⁰.

Portanto, é diverso do sistema da *appellatio extinguit judicatum*, quando a apelação é considerada nova ação. O autor justifica seu entendimento à luz do princípio do duplo grau de jurisdição e pondera: “fazer através das alegações e provas produzidas na primeira instância, o novo julgamento para o fim de resolver definitivamente o pleito – tal é a função do juízo *ad quem* consoante o sistema do duplo grau de jurisdição”¹⁹¹.

A vedação da inovação probatória em sede recursal está ligada, de certa forma, à ideia da lealdade processual. Como dito em capítulos anteriores desta pesquisa, no processo é vedada a surpresa, proclama-se a colaboração e a boa-fé processual. As partes devem participar do

¹⁸⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 112.

¹⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 155.

¹⁹⁰ MONTEIRO, João. **Programa do curso de processo civil**. 5. ed. São Paulo: Acadêmica, 1936, p. 697-698.

¹⁹¹ MONTEIRO, João. **Programa do curso de processo civil**. 5. ed. São Paulo: Acadêmica, 1936, p. 697-698.

processo com suas armas aparentes e proporem a prova logo no primeiro instante, evitando embaraços ao direito de defesa.

Mas isso não significa que o processo esteja paralisado e inerte às questões supervenientes ocorridas após a prolação de sentença de primeiro grau. O acusado pode trazer aos autos provas ou requerimentos de produção conferidas pela dinâmica cotidiana, que, de alguma forma, não era alcançável na fase instrutória.

O desvendamento de um fato jurídico – neste caso um fato criminoso – pode não acontecer no tempo em que se espera. Testemunhas, documentos, vídeos, exames podem surgir depois da prolação de sentença, enquanto o recurso de apelação tramita perante tribunal revisor.

Diante da amplitude do recurso de apelação conferida pelo efeito devolutivo, esses elementos e meios de prova devem ser recepcionados e ponderados em via recursal caso tratem de questões arguidas pelas partes. Em outras palavras, surgidas provas novas relacionadas às questões debatidas no recurso de apelação manejado, elas deverão integrar o julgamento do segundo grau.

Esse, aliás, é o espírito do art. 616 do Código de Processo Penal, que permite ao órgão de segunda instância promover a atividade probatória excepcional para aprofundar questões arguidas pelas partes, sem alargar o campo da matéria em debate.

Também é o espírito do art. 231 do Código de Processo Penal, o qual possibilita a juntada de documentos aos autos a qualquer instante do processo, inclusive na fase recursal.

Mas, deve-se refletir sobre as hipóteses de a prova nova tratar de tema ou de ponto não devolvido ao tribunal de apelação, ponderando-se a possibilidade de admissão pela instância recursal e seus efeitos no julgamento do recurso de apelação.

A conjunção de conceitos, princípios, regras e valores pode direcionar à obtenção de uma conclusão.

Primeiro: deve-se considerar que o recurso – de forma geral – é uma garantia dirigida à proteção do acusado no processo penal, tendo por função efetivar seus direitos fundamentais, especialmente ao permitir o questionamento e a refutação da decisão judicial que intenta fragilizar a presunção de inocência¹⁹².

Segundo: o processo penal – em toda sua duração – além de servir de garantia do acusado contra arbitrariedades do Estado, apresenta-se como o meio de aproximação da verdade fática. É através da prova que o acusado consegue levar ao julgador a sua verdade e convencê-

¹⁹² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 3. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 78.

lo de sua pretensão. Impedir sua atuação probatória – em qualquer momento do processo – significa cercear seu direito de defesa.

Terceiro: não há que se falar em preclusão probatória quando uma prova relevante, pertinente e necessária à elucidação dos fatos surge extemporaneamente. Na medida em que o acusado não agiu com desídia ou má-fé na atividade probatória – postergando a apresentação de provas propositadamente, por exemplo – a prova surgida em momento atípico merece ser recepcionada no processo, pois é direito do acusado se defender provando. O tecnicismo processual não pode prevalecer sobre a possibilidade de desvendamento da verdade e do julgamento justo.

Quarto: há provas de conteúdo inquestionável, que possuem idoneidade e força suficiente para, isoladamente, desvendar fatos criminosos, merecem um tratamento diferenciado e o reconhecimento de interesse público, afinal, a Justiça que evidentemente decide de forma errada, não é uma boa Justiça para a sociedade. Em casos nos quais provas dessa natureza surgem extemporaneamente, é dever do órgão julgador, em sede de recurso de apelação, admiti-la de ofício e valorá-la ao proferir o veredito.

Quinto: a amplitude de debate do recurso de apelação, ainda que reservada à profundidade e não à extensão, pode possibilitar a recepção de provas novas quando o direito de liberdade do acusado estiver em risco.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça reconhece o alargamento da amplitude do efeito devolutivo da apelação quando favorecer o acusado, conforme anotado no lançamento de teses do Tribunal, em setembro de 2016: “O efeito devolutivo amplo da apelação criminal autoriza o Tribunal de origem a conhecer de matéria não ventilada nas razões recursais, desde que não agrave a situação do condenado”¹⁹³.

Alinhadas essas premissas, portanto, tem-se que em determinadas situações, a prova, ou a possibilidade de produção dela, surgida no decorrer do processamento do recurso de apelação, desde que pertinente, adequada e necessária, pode ser admitida pelo tribunal revisor, determinada sua produção (convertendo o julgamento em diligência) e valorada no julgamento do recurso de apelação.

Essa é uma medida que além de exaltar a melhor prestação jurisdicional enaltece o pleno exercício do direito de defesa.

¹⁹³ STJ. **Jurisprudência em Teses**. Apelação e recurso em sentido estrito. Edição n. 66. Brasília, 21 set. 2016. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%EAncia%20em%20teses%2066%20-%20Apela%E7%E3o%20e%20Rese.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021.

5.4.2 Recurso em Sentido Estrito

O Recurso em Sentido Estrito é previsto no art. 581 do Código de Processo Penal e se presta a atacar decisões, despachos e sentenças, previstas em um rol taxativo.

Existe imprecisão na menção do termo “despachos”, uma vez que, como ato de mera movimentação processual, não possui caráter decisório nem capacidade de causar gravame às partes. No rol de hipóteses, o recurso em sentido estrito é cabível contra: (i) sentença de mérito em sentido lato (por exemplo, declara extinção da punibilidade); (ii) sentenças terminativas (por exemplo, rejeição da denúncia por inépcia); (iii) decisão interlocutória (por exemplo, resolve incidente de falsidade); (iv) decisões administrativas (inclusão ou exclusão de jurado na lista geral)¹⁹⁴.

Trata-se de um recurso que possibilita a discussão de matéria de fato e de direito.

Como todo e qualquer recurso, possui efeito devolutivo. Entretanto, antes de viabilizar a apreciação da matéria recorrida pelo tribunal, possibilita a revisão da decisão pelo próprio juiz prolator da decisão impugnada em juízo de retratação. Logo o efeito devolutivo fica diferido ou retardado.

Em regra, o recurso em sentido estrito não possui efeito suspensivo, com exceção das hipóteses previstas no art. 584 do Código de Processo Penal: decisão que determina a perda de fiança, concessão de livramento condicional, decisão que denegar a apelação ou a julgar deserta.

Mostra-se relevante analisar o recurso em sentido estrito cabível contra a sentença de pronúncia (previsto no art. 581, IV, do Código de Processo Penal), pois, dada a abrangência do conteúdo apreciado na primeira fase do tribunal do júri, o surgimento de prova nova em sede recursal pode influenciar nos caminhos colocados aos jurados, pode possibilitar o deslocamento da competência especial ou, até mesmo possibilitar a impronúncia ou absolvição sumária do acusado.

5.4.2.1 Prova nova durante o processamento do Recurso em Sentido Estrito

Diversamente do recurso de apelação, no qual a cognição é plena – em extensão e profundidade – a cognição do recurso em sentido estrito por atacar, em geral, decisões interlocutórias, na maioria das vezes não possui a mesma abrangência em relação à matéria de fundo.

¹⁹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 3. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 267.

Todavia, nos casos em que há recurso em sentido estrito que enfrenta a sentença de pronúncia, hipótese do art. 581, IV, do Código de Processo Penal, a matéria enfrentada pelo tribunal *ad quem* pode ser tão abrangente quanto às verificadas em apelações criminais.

Isso porque, a sentença de pronúncia, ao tratar da acusação de um crime contra a vida, pautando-se nos atos instrutórios praticados na primeira fase do procedimento de júri, acaba por fazer a valoração de provas e emitir um juízo, ainda que preliminar e raso, sobre a acusação formulada.

Logo, o surgimento de provas novas no decorrer do processamento do recurso em sentido estrito parece merecer, nessa situação, admissão e aproveitamento em sede recursal.

Com efeito, não soa lógico permitir o julgamento de um acusado junto ao tribunal do júri quando, durante o processamento do recurso em sentido estrito sobrevém prova de que a vítima de um homicídio não está morta, ou, quando a vítima sobrevivente acorda do coma e esclarece que o autor do crime não é o acusado.

É possível também que novas provas influenciem no afastamento de qualificadoras, como na situação de aparição de testemunhas desencontradas na instrução que revelam detalhes desconhecidos e elucidativos do crime.

Assim, em situações especiais, a exemplo das descritas acima, principalmente aquelas que levam à absolvição sumária, impronúncia ou desclassificação do crime imputado ao acusado e, pelas mesmas razões pontuadas na hipótese de surgimento de prova nova no decorrer do processamento do recurso de apelação, desde que pertinente, adequada e necessária, o tribunal revisor pode admitir, determinar sua produção e valorar a prova nova no julgamento do recurso em sentido estrito.

5.4.3 Recursos Excepcionais (Especial e Extraordinário)

Os recursos ordinários – apelação, agravo, em sentido estrito – objetivam realizar a tutela do interesse da parte vencida de reformar a decisão que lhe é desfavorável, enquanto os recursos excepcionais – especial e extraordinário – estão relacionados à manutenção da integridade da lei federal e com a Constituição¹⁹⁵.

O recurso especial encontra sua previsão e hipótese de cabimento no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal de 1988, dispondo competir ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, as causas decididas, em última ou única instância, pelos Tribunais

¹⁹⁵ ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. **Produção de provas em sede recursal**. São Paulo: RT, 2019, p. 172.

Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhe vigência, julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal ou der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal.

Já o recurso extraordinário encontra sua previsão e hipótese de cabimento no art. 102, III, “a” e “d”, da Constituição Federal de 1988. Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo constitucional, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal de 1988 ou julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Nota-se que os recursos excepcionais possuem cabimento vinculado, limites estreitos. Nesse sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Nery explicam que “a função dos tribunais superiores no Brasil é a de manter a integridade do ordenamento jurídico re julgando a causa decidida nas instâncias ordinárias e não de serem tribunais de teses”¹⁹⁶.

De acordo com José Américo Zampar Júnior,

o conceito de causa decidida não é outro senão que o de *lide julgada*. A causa decidida prevista no inciso III, do art. 102, e inciso III do art. 105, ambos da CRFB/1988, refere-se ao pronunciamento do Poder Judiciário final das instâncias ordinárias, que examinou as questões de fato e de direito¹⁹⁷.

Os recursos excepcionais são recursos que tratam do estrito direito, ou seja, não cuidam de matéria fático probatória, mas avaliam apenas questões de direito, visto que os fatos são dispensáveis para o momento processual.

O debate sobre questões de fato e prova encerram-se em segundo grau, nos tribunais ordinários. O debate estabelecido perante os tribunais superiores restringe-se, como dito, a questões puramente de direito.

Para fixar essa premissa recursal, o Superior Tribunal de Justiça consolidou seu entendimento na edição da Súmula n. 7, a qual registra que “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. O Supremo Tribunal Federal, no mesmo sentido, editou a Súmula n. 279: “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

¹⁹⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 162.

¹⁹⁷ ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. **Produção de provas em sede recursal**. São Paulo: RT, 2019, p. 173.

Dessa maneira, resta obstada a possibilidade de reexame de provas por meio desses recursos. Embora as questões de direito não estejam totalmente desassociadas das questões de fato, compreende-se não ser possível voltar-se aos meandros do processo para verificar se fatos aconteceram ou não.

Todavia, não se pode confundir o ato de reexaminar as provas com o ato de revalorar as provas, o que parece permitido no âmbito dos recursos excepcionais, na medida em que revalorar “é questão concernente ao direito probatório, ou seja, envolve discussão sobre critérios jurídicos de que se vale o juiz no exercício de seu mister”¹⁹⁸.

É, segundo decisão do Superior Tribunal de Justiça, “por meio da revalorização da prova que se verifica se o juízo de subsunção entre o fato e a norma fora adequadamente realizado”¹⁹⁹.

Mas, há de se convir que, atualmente, esse entendimento vem sendo cada vez mais mal interpretado pelas Cortes superiores, considerando-se todas as questões de reavaliação fática ou de adequação de fato à norma imprópria para discussão em sede dos recursos excepcionais.

Ora, se discutir esses temas nesses recursos já se mostra difícil, o surgimento de prova nova no decorrer do processamento dos recursos excepcionais parece ser enfrentado ainda com maior dificuldade nos julgamentos realizados.

5.4.3.1 Prova nova durante o processamento dos Recursos Excepcionais

Se a culpa penal somente se forma definitivamente com o trânsito em julgado da sentença condenatória²⁰⁰ e o trânsito em julgado somente ocorre no instante em que a sentença ou acórdão torna-se imutável²⁰¹, enquanto os recursos excepcionais estiverem em processamento, não há culpa penal formada e não é possível executar a pena antecipadamente.

Entretanto, pela abrangência conferida aos recursos excepcionais, o limite da matéria a ser discutida revela-se reduzida, ou seja, não há margem para nova discussão de provas.

Nesse cenário, reflete-se acerca da possibilidade de os tribunais superiores recepcionarem provas novas que possibilitam a exclusão da culpa do acusado, dando-lhes eficácia.

¹⁹⁸ ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. **Produção de provas em sede recursal**. São Paulo: RT, 2019, p. 173-178.

¹⁹⁹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 5.663/SP. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, j. 15-10-1990.

²⁰⁰ BRASIL. Constituição Federal (1988). “Art. 5º, LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

²⁰¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 3. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 190.

Sobre esse ponto, traz-se do direito processual civil alguma direção. Da leitura conjunta dos arts. 933 e 1.034 do Código de Processo Civil extrai-se que o Tribunal Superior pode, plenamente, conhecer de fato superveniente para proferir sua decisão, visto que as Cortes de origem já enceraram sua jurisdição²⁰².

Nesse contexto, parece inócua a ideia de admitir-se o conhecimento de fatos supervenientes, mas não recepcionar eventuais provas novas. Imagina-se que os fatos supervenientes são provados com elementos novos, passíveis, portanto, de serem recepcionados pelos tribunais superiores.

Ademais, o regimento interno do Supremo Tribunal Federal prevê no art. 115, II e III²⁰³, existir a possibilidade da juntada de novos documentos na fase recursal para prova de fatos supervenientes, referindo-se, inclusive, a apresentação de decisões em processos conexos, que afetam ou prejudiquem os direitos do recorrente, ou por ordem do relator, reafirmando seu poder instrutório, preservado o direito ao contraditório da parte contrária.

Alinha-se a esse dispositivo do regimento interno do Supremo Tribunal Federal o art. 231 do Código de Processo Penal, do qual se extrai a possibilidade de as partes apresentarem documentos em qualquer fase do processo.

Dessa maneira, há margem legal para a admissão de provas obtidas extemporaneamente, mas, há de se convir que esse expediente é medida especial. A utilização de provas novas nos recursos excepcionais deve ocorrer na complementação do quadro probatório, de maneira que a prova a ser produzida venha a complementar, esclarecer ou dirimir eventual contradição presente no quadro fático já existente²⁰⁴.

Importante frisar também que assim como nas hipóteses observadas em outros recursos criminais, há motivos principiológicos que possibilitam a recepção de provas novas em recursos excepcionais.

²⁰² ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. **Produção de provas em sede recursal**. São Paulo: RT, 2019, p. 182. O autor cita, no mesmo sentido, o entendimento de Rodrigo Cunha Lima Freire: “Portanto, fazendo uma interpretação conjunta entre os artigos 933 e 1.034, parágrafo único, do CPC/2015, entendemos que os fatos supervenientes e as matérias cognoscíveis de ofício podem ser apreciadas de ofício em recurso especial e em recurso extraordinário, desde que o recurso seja admitido”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 2.185.

²⁰³ Regimento Interno STF: Art. 115. Nos recursos interpostos em instância inferior, não se admitirá juntada de documentos desde que recebidos os autos no Tribunal, salvo: I – para comprovação de textos legais ou de precedentes judiciais, desde que estes últimos não se destinem a suprir, tardiamente, pressuposto recursal não observado; II – para prova de fatos supervenientes, inclusive decisões em processos conexos, que afetem ou prejudiquem os direitos postulados; III – em cumprimento de determinação do Relator, do Plenário ou da Turma. § 1º O disposto neste artigo aplica-se aos recursos interpostos perante o Tribunal. § 2º Após o julgamento, serão devolvidos às partes os documentos que estiverem juntos por linha, salvo se deliberada a sua anexação aos autos.

²⁰⁴ ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. **Produção de provas em sede recursal**. São Paulo: RT, 2019, p. 183.

A busca pela aproximação da verdade fática, o direito do acusado de defender-se provando e o cuidado com a liberdade daquele que pode ser inocente são garantias e circunstâncias que deveriam possibilitar a admissão, a produção e a valoração da prova nova no julgamento dos recursos excepcionais.

A relevância da prova surgida também merece destaque nesse cenário. Aquela prova nova de conteúdo inquestionável, com força de modificar instantaneamente a compreensão dos fatos, alçada à categoria de elemento de interesse público, torna obrigatória sua recepção pelos julgadores, mostrando-se necessária sua utilização no momento do julgamento. Essa recepção, aliás, deve ser promovida de ofício.

Não faz sentido algum invocarem-se regras de preclusão ou ater-se ao formalismo de normas adjetivas e obstáculos jurídicos, como os dispostos nas Súmulas n. 7/STJ e 279/STF, quando a prova nova escancara uma nova realidade fática.

Nessa linha, a admissão, a produção e a valoração de novas provas em sede dos recursos excepcionais, desde que observada a relevância, a pertinência e a oportunidade da prova e respeitado o contraditório, dever-se-ia revelar possível, como forma de realização de Justiça.

5.5 Ajuizamento de Revisão Criminal antes do trânsito em julgado

Para Marco Antonio Marques da Silva e Jaime Walmer de Freitas, “a revisão criminal é uma ação de impugnação autônoma e *sui generis*, cujo fim é a desconstituição de uma sentença ou decisão transitada em julgado pré-judicial ao condenado, de competência originária dos tribunais”²⁰⁵.

Ainda, esclarecem que por meio da revisão criminal

a verdade substancial ressurgue como uma fênix sobre a verdade formal, permitindo ao Poder Judiciário rescindir a coisa julgada material e reinstalar a paz no seio social. A nova relação processual que visa à desconstituição da sentença ou decisão (juízo rescindente) e sua substituição por outra (juízo rescisório) permite a reparação do erro judiciário em favor do condenado²⁰⁶.

²⁰⁵ SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 896.

²⁰⁶ SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 896.

Do texto da lei penal adjetiva extrai-se do art. 621 que uma das condições da ação revisional é a existência de sentença penal condenatória transitada em julgado – “processos findos”, nos dizeres da norma.

Do mesmo art. 621 do Código de Processo Penal, observa-se no inciso III que a revisão criminal pode ser ajuizada quando existir “a descoberta, após a sentença, de novas provas de inocência do condenado ou de circunstâncias que determinem ou autorizem diminuição especial da pena”.

Não parece existir grandes discussões sobre a possibilidade de ajuizamento de revisão criminal quando o surgimento de prova nova acontece depois do trânsito em julgado da condenação – afinal, é exatamente isto o que o consta na lei.

Entretanto, nos casos em que a prova nova surge ao mundo jurídico depois do julgamento da causa pelas instâncias ordinárias, mas antes do trânsito em julgado – ou seja, durante o processamento dos recursos excepcionais – surge certa dúvida acerca do que pode ser feito caso os tribunais superiores não recepcionem essa prova.

Ao julgar o *habeas corpus* n. 126.292, o Supremo Tribunal Federal assegurou: “é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas, e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado”²⁰⁷.

Nesse contexto de nenhum avanço ao debate de questões probatórias pelas vias excepcionais, a prova nova extemporânea não poderia surtir efeitos na solução da causa penal no momento entre o julgamento do recurso de apelação e o trânsito em julgado.

Todavia, cria-se um impasse, na medida em que a conveniência de postergar a utilização da prova nova para depois do trânsito em julgado pode culminar com a consolidação de um julgamento injusto.

Não se reveste da maior lógica o raciocínio de esperar a plena formação da culpa criminal (Constituição Federal de 1988, art. 5º, LVII) e dar início a execução da pena, privando a liberdade do condenado, quando uma prova superveniente de inocência já se faz disponível ao Poder Judiciário.

Sendo a revisão criminal uma ação que se presta a rediscutir fatos, e a matéria fática probatória exaurida após o julgamento promovido em segundo grau, nada poderia impedir o ajuizamento antecipado de revisão criminal quando existente o risco de tornar definitiva uma

²⁰⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 126.292/SP. Min. Rel. Teori Zavascki. Tribunal Pleno, j. 17-02-2016, Public. 17-05-2016.

incorreta condenação penal, levando o condenado a perder sua liberdade – ainda que temporariamente.

Nas situações em que há risco de restrição de liberdade do acusado, as possibilidades de rediscussão da matéria fática devem ser maiores. Negar aos que podem ser injustamente condenados e presos a possibilidade de discutir sua inocência, com base em provas surgidas extemporaneamente, é um disparate lógico, um atentado à dignidade humana.

Assim, o surgimento de prova nova relevante durante o processamento de recursos excepcionais deve abrir dois caminhos à melhor prestação jurisdicional: ou bem os tribunais superiores recepcionam, determinam a produção e valoram a prova no julgamento dos recursos especial e extraordinário, ou bem viabiliza-se o ajuizamento antecipado da revisão criminal, evitando-se o aperfeiçoamento de condenação criminal inadequada e o indevido início da execução de pena.

6 CONCLUSÃO

1. A prova é a demonstração lógica da realidade, por meio de instrumentos legalmente previstos, buscando gerar a certeza em relação aos fatos alegados e, por consequência, gerando a convicção objetiva para o deslinde da demanda.
2. O julgador deve se ater à verdade construída no processo para proferir o seu veredicto, cabendo à parte, no contexto probatório, concentrar-se na extração do maior número de elementos viáveis para a persuasão racional de quem recebe a prova.
3. O que se prova é a hipótese acusatória, prova-se o que consta no discurso acusatório, na alegação dos fatos formulada por uma das partes.
4. O destinatário imediato da prova é o juiz, que forma seu convencimento com base na livre apreciação da prova e, como destinatário mediato está o processo, que funciona como instrumento de concretização e efetivação dos direitos oriundos aos litigantes que é conferido por meio da produção probatória diante do exercício da jurisdição.
5. O sistema adotado e validado no processo penal brasileiro é o sistema da persuasão racional ou do livre convencimento. Nele o juiz só pode julgar com base no que existe no processo e deve fundamentar suas decisões com base nas provas.
6. Fonte de prova é aquilo que se considera idôneo a fornecer um resultado apreciável para a decisão do juiz, como por exemplo um documento, uma pessoa ou uma coisa.
7. Os meios de prova são os instrumentos ou atividades por meio dos quais os dados probatórios são introduzidos e fixados no processo. Os meios de prova referem-se a uma atividade endoprocessual, desenvolvida perante o juiz, com o conhecimento e a participação das partes, visando introduzir e fixar dados probatórios no processo.
8. O elemento de prova é o que se extrai do meio de prova, de maneira que a necessária e fundamental valoração realizada pelo magistrado ainda não se consumou.

9. A prova enquanto resultado probatório é a conclusão do juiz sobre os elementos fornecidos, construídos a partir dos meios de prova, em contraditório entre as partes, resultado este que proporcionará o convencimento do magistrado acerca das hipóteses que lhe são apresentadas.
10. O direito à prova está assentado em bases constitucionais principiológicas do devido processo legal da ação, da ampla defesa e do contraditório, responsáveis por proporcionarem o exercício dos direitos processuais adequados à solução dos conflitos trazidos a juízo e por possibilitarem resultados eficazes para todos aqueles que buscam a mediação da função jurisdicional.
11. Os elementos do direito à prova pressupõem a importância da presença das partes e do juiz na atividade probatória, do respeito ao contraditório, da necessidade de fundamentação das decisões judiciais e a importância da prova na aproximação da verdade dos fatos e consequências judiciais do fato provado.
12. É assegurado à parte o direito à prova, sob todos os seus aspectos formais e materiais, como garantia ao direito de defesa; é certo também que no direito processual penal o ônus da prova é a responsabilidade da acusação, na medida em que busca conferir veracidade às alegações vertidas na denúncia, e, circunstancialmente, da defesa na demonstração da existência de excludentes de ilicitude.
13. A verdade não se descobre, inventa-se, cria-se, constrói-se. Não há uma verdade objetiva, ela é sempre relativa. Não é simplesmente descoberta, mas criada pelo ser humano no interior de determinado sistema.
14. O sistema acusatório previsto no direito processual brasileiro contempla a iniciativa instrutória do juiz, afinal, deposita na figura do julgador o principal destinatário da prova.
15. No tocante à matéria probatória, o direito ao contraditório deve ser rigorosamente observado na postulação, na admissão, na produção e na valoração probatória.

16. A seara penal trata de liberdades individuais e a liberdade, como bem jurídico de evidente importância, representa uma palpável justificativa para proporcionar a relativização de regras formais de produção de prova.
17. Não se deve admitir que o acusador público atue com desídia, deixando de apontar provas necessárias para comprovar sua tese no momento legal cabível. A acusação dispõe de todo tempo necessário para buscar fontes de provas na fase pré-processual, não sendo razoável que essa busca possa acontecer desenfreadamente durante todo o processo. As regras de preclusão probatória para a acusação devem ser observadas de forma mais rígida.
18. O instituto da preclusão no processo penal visa a estabelecer pesos entre o melhor acerto fático possível e a maior rapidez atingível; é certo que, estando em risco o direito de liberdade do réu, deve-se dar maior peso ao primeiro, privilegiando-se o direito do acusado se defender provando.
19. Prova nova consiste na prova superveniente, surgida após o momento em que deveria ter sido apresentada no processo ou na prova que está nos autos, mas que, por alguma razão, não foi valorada pelo juízo.
20. O requerimento extemporâneo de produção de prova dado com a finalidade escusa de causar tumulto no processo, a má-fé do acusado – demonstrada no processo – impõe o indeferimento do requerimento do pedido probatório.
21. Recurso é o meio que a parte vencida possui para alcançar a reversão do provimento jurisdicional, pois, na sua visão, não houve a aplicação da melhor Justiça.
22. É certo que essa conversão do julgamento em diligência não é um direito da parte, mas uma faculdade do julgador determinar de ofício a providência probatória em segundo grau, em busca do melhor esclarecimento dos fatos e do fortalecimento de seu convencimento (art. 616 do Código de Processo Penal).
23. Quando observada alguma pertinência, vê-se que a reabertura da dilação probatória em fase recursal deve ser cogitada, aproximando os julgadores da verdade dos fatos, impedindo que

injustiças sejam cometidas, especialmente quando tais injustiças podem culminar na privação da liberdade do acusado.

24. O efeito devolutivo é inerente a todo recurso. Recorre-se para que a decisão que causa gravame ao recorrente seja revista, analisada novamente e corrigida em seu benefício. A devolução de conhecimento da matéria impugnada a outro órgão é o objetivo de todos os meios de impugnação.
25. O efeito devolutivo estatal deve ser apreciado conforme a extensão e a profundidade da matéria devolvida. Quanto à extensão, o conhecimento do recurso é limitado pela matéria impugnada pelo recorrente. No tocante à profundidade do conhecimento dos recursos, essa é a maior possível dentro do quanto impugnado pelo recorrente, considerando tudo o que for relevante para a tomada de nova decisão.
26. O efeito devolutivo confere ao juízo de segundo grau a possibilidade de fazer uma segunda análise da matéria recorrida, nos limites da impugnação, de maneira ampla e aprofundada. Além disso, é permitido ao julgador recursal reconhecer de ofício questões de ordem pública.
27. No processo penal, nem todos os recursos possuem efeito suspensivo. Sua existência pressupõe previsão legal. As questões relativas ao efeito suspensivo recursal no processo penal são, de certa forma, ofuscadas pela aplicação da garantia da presunção de inocência e pela verificação do trânsito em julgado da condenação criminal.
28. O recurso de apelação caracteriza-se pela possibilidade de discussão ampla, podendo o recorrente levar à instância superior o pleno conhecimento do feito.
29. Em determinadas situações, a prova, ou a possibilidade de sua produção, surgida no decorrer do processamento do recurso de apelação, desde que pertinente, adequada e necessária, pode ser admitida pelo tribunal revisor e valorada no julgamento do recurso de apelação.
30. Sendo o processo penal o meio de aproximação da verdade fática e o recurso uma garantia dirigida à proteção do acusado no processo penal, não podendo o tecnicismo processual

prevalecer sobre a possibilidade de desvendamento da verdade e do julgamento justo, e considerando a amplitude de debate do recurso de apelação, a prova nova no decorrer do processamento do recurso de apelação deve ser admitida, determinada sua produção (convertendo-se o julgamento em diligência) e valorada no julgamento do recurso de apelação.

31. Em situações especiais, principalmente naquelas que levam à absolvição sumária, impronúncia ou desclassificação do crime imputado ao acusado no tribunal do júri e, pelas mesmas razões pontuadas na hipótese de surgimento de prova nova no decorrer do processamento do recurso de apelação, desde que pertinente, adequada e necessária, o tribunal revisor poderá admitir e valorar a prova nova no julgamento do recurso em sentido estrito.
32. O debate sobre questões de fato e prova encerram-se em segundo grau, nos tribunais ordinários. O debate estabelecido perante os tribunais superiores restringe-se a questões puramente de direito.
33. A busca pela aproximação da verdade fática, o direito do acusado de defender-se provando e o cuidado com a liberdade daquele que pode ser inocente, são garantias e circunstâncias que deveriam possibilitar a admissão da prova nova e sua valoração no julgamento dos recursos excepcionais.
34. A prova nova de conteúdo inquestionável, com força de modificar instantaneamente a compreensão dos fatos, alçada a categoria de elemento de interesse público, torna obrigatória sua recepção pelos julgadores, mostrando-se necessária sua utilização no momento do julgamento. Essa recepção, aliás, deve ser promovida de ofício.
35. Nos casos em que a prova nova surge ao mundo jurídico depois do julgamento da causa pelas instâncias ordinárias, mas antes do trânsito em julgado – ou seja, durante o processamento dos recursos excepcionais – estabelece-se um impasse, na medida em que a conveniência de postergar a utilização da prova nova para depois do trânsito em julgado pode culminar com a consolidação de um julgamento incorreto.

36. Sendo a revisão criminal uma ação que se presta a discutir fatos, e a matéria fática probatória exaurida após o julgamento promovido em segundo grau, nada deveria impedir o ajuizamento antecipado de revisão criminal quando existente o risco de tornar definitiva uma indevida condenação penal, levando o condenado a perder sua liberdade – ainda que temporariamente.
37. O surgimento de relevante prova nova durante o processamento de recursos excepcionais pode abrir dois caminhos à melhor prestação jurisdicional: o primeiro deles seria os tribunais superiores recepcionarem e procederem à valoração da prova no julgamento dos recursos especial e extraordinário, ou, o segundo, viabilizar-se o ajuizamento antecipado da revisão criminal, evitando-se aperfeiçoar a condenação criminal indevida e o início inadequado da execução da pena.

REFERÊNCIAS

- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 8. ed. São Paulo: RT, 2016.
- AZEVEDO, Vicente de Paulo. **Curso de direito judiciário penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1958.
- AZEVEDO, Vicente de Paulo. **Curso de direito judiciário penal**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1958.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 3. ed. São Paulo: RT, 2018.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2016.
- BADARÓ, Gustavo Henrique; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Prova e sucedâneo de prova no processo penal brasileiro. **Revista Brasileiras de Ciências Criminais**, n. 65. São Paulo: RT, 2007.
- BERMUDES, Sérgio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 7. São Paulo: RT, 1975.
- CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**. Curitiba: Juruá, 2014.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. v. II. Bogotá: Atlas, 2000.
- DELLEPIANE, Antônio. **Nova teoria da prova**. Rio de Janeiro: Jacintho, 1942.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- ESTELLITA, Heloisa. A flexibilização da legalidade no Supremo Tribunal Federal: o caso da execução da condenação sujeita a apelos extremos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, 2018.
- FAGUNDES, Higor. **Direito probatório: perspectiva da distribuição dinâmica do ônus da prova**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: RT, 2007.
- FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoración racional da prova**. Trad. Vitor de Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. **A preclusão no processo civil**: admissibilidade e relevância. Curitiba: Juruá, 1991.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2. ed. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GOLDSCHIMIDT, James. **Direito processual civil**. Trad. Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003.

GOLDSCHIMIDT, James. **Teoria general del proceso**. Trad. Leonardo Prieto Castro. Madri: Labor, 1936.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Aline. **Efeitos da preclusão pro judicatio no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide (org.) **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacarias; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 27, São Paulo, jul.-set. 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. *In*: PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.). **Verdade e prova no processo penal**. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: RT, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 8. ed. São Paulo: RT, 2017.

JUNOY, Joan Picó I. **El derecho a la prueba en el proceso civil**. Barcelona: J. M. Bosch, 1996.

KARAM, Munir. Ônus da prova: noções fundamentais. *Revista de Processo* n. 17-50, 1980. *In*: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). **Atividade probatória**. São Paulo: RT, 2011.

- KERR, Vera Kaiser Sanches. A disciplina da prova no direito processual penal brasileiro. *In*: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide. **Provas no processo penal** – estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. 2. ed. São Paulo: RT, 1976.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 10. ed. São Paulo: JusPodivm, 2021.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 6. ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2005.
- MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 2000.
- MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. v. 3. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos do direito processual penal**. v. 4. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.
- MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Atuação de ofício em grau recursal**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MONTEIRO, João. **Programa do curso de processo civil**. 5. ed. São Paulo: Acadêmica, 1936.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indício no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. São Paulo, **Revista de Processo**, v. 9, n. 35, 1984.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 3. ed. São Paulo: RT, 1997.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 16. ed. São Paulo: RT, 2016.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ORDENAÇÕES FILIPINAS – Livro III, título 63. Disponível em:
<https://www.diariodasleis.com.br/legislacao/federal/209021-livro-iii-ordenacoes-filipinas-titulo-lxiii-que-os-julgadores-julguem-pela-verdade-sabida-sem-embargo-do-erro-do-processo.html>. Acesso em: 22 nov. 2021

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. **A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal**. São Paulo: IBCrim. 2006.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RIO DE JANEIRO. **Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**. Relatório publicado: em 11 set. 2020. Disponível em:
<https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/imagens/d12a8206c9044a3e92716341a99b2f6f.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021.

ROXIN, Claus. **Derecho processual penal**. Trad. Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão no processual civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SILVA, Bernardo Braga e. **O direito à admissão da prova do acusado no processo penal brasileiro**. Curitiba: CRV, 2019.

SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SIQUEIRA, Galdino. **Curso de processo criminal**. 2. ed. São Paulo: Livraria e Oficina Magalhães, 1917.

STJ. **Jurisprudência em Teses**. Apelação e recurso em sentido estrito. Edição n. 66. Brasília, 21 set. 2016. Disponível em:
https://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%EAncia%20em%20teses%2066%20-%20Apela%E7%E3o%20e%20Rese.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021.

TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

TARUFFO, Michele. **A prova**. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. Il diritto alla prova nel processo civile, *Rivista di Diritto Processuale*, 1984, p. 77-78. In: TUCCI, Rogério Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca (coord.). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

TAVARES, Fernando Horta; CUNHA, Maurício Ferreira. O direito fundamental à prova e a legitimidade dos provimentos sob perspectiva do direito democrático. Revista de Processo. Repró 195/111. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). **Coleção doutrinadores essenciais: processo civil**. v. 4. São Paulo: RT, 2011.

TROCKER, Nicoló. **La parità dele armi tra le parti e potere del giudice nel processo civile**. v. 8. Milão: Giuffrè, 1977.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**. São Paulo: RT, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide (org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. **Produção de provas em sede recursal**. São Paulo: RT, 2019.

ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. **Ônus da prova no direito processual constitucional civil e no direito do consumidor**. Curitiba: Juruá, 2009.

Julgados

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADC n. 43 e n. 44. Rel. Min. Marco Aurélio Mello, Tribunal Pleno, j. 07-11-2019, Public. 12-11-2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 126.292/SP. Min. Rel. Teori Zavascki. Tribunal Pleno, j. 17-02-2016, Public. 17-05-2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RHC 91.691. Rel. Min. Menezes Direito, 1ª Turma, j. 19-02-2008, DJe 25-4-2008.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Decisão proferida na AP. 946 ED-EI-EXTN/DF, Rel. Min Ricardo Lewandowski, mencionada no HC 192.814 AgR/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, j. 16-11-2020, DJe 30-11-20. No mesmo sentido a PET 4.972-AgR/GO, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, j. 30-10-2012, DJe 16-12-12.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no AREsp 1663695/MG. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, j. 05-05-2020, Public. 07-05-2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no RMS 39.859/PE. Min. Rogério Schietti. 6ª Turma, j. 09-03-2017, Public. 16-03-2017.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**, HC 598.886, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, j. 27-10-2020, Public. 28-10-2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. HC 136.147/SP. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. 5ª Turma, j. 06-10-2009, Publ. 03-11-2009.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. HC n. 175767/MG. Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, j. 02-10-2012, Public. 09-10-2012

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp n. 752.92. Rel. Hélio Quaglia Barbosa, 6ª Turma, j. 11-11-2005, Public. 16-12-2005.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no AREsp n. 1.347.808/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, 6ª Turma, Public. 09-04-2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no REsp 1.418.746/SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 26-05-2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 5.663/SP. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, j. 15-10-1990.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. HC n. 70083194290, Rel. Des. Viviane de Faria Miranda, 7ª Cam. Crim., j. 21-11-2019, Publ. 27-11-2019.

Referências normativas

(Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)

ABNT NBR 6023: 2018 – Informação e documentação – Referências – elaboração

ABNT NBR 6022:2018 – Informação e documentação – Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 – Informação e documentação – Resumo – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos –
Apresentação