

COLEÇÃO
MANUAIS **Dizer**
o Direito

Coord.: MÁRCIO CAVALCANTE

Leonardo Barreto Moreira Alves

Manual de
PROCESSO
PENAL

6ª edição

revista,
atualizada
e ampliada

2026

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br

Dizer  **Direito**
www.dizerodireito.com.br

Capítulo XIII

PROVA

1. TEORIA GERAL DA PROVA

1.1. Conceito e finalidade da prova

O termo “prova”, derivado do latim *probatio*, significa confirmação, aprovação, verificação. Nessa esteira, a prova pode ser definida como todo elemento produzido por uma parte ou ordenado pelo juiz com o objetivo de permitir a formação do convencimento sobre determinados fatos ou, excepcionalmente, a respeito de matérias de direito.

No caso particular do Processo Penal, o objetivo precípua da prova é procurar auxiliar o juiz na formação do seu convencimento quanto à procedência das alegações deduzidas pelas partes em juízo. Em apertada síntese, pode-se afirmar que a **finalidade da prova** é o convencimento, a persuasão do juiz, buscando-se, ao máximo, permitir que ele julgue a causa a partir de um estado mental de certeza, convicção plena, estado esse que somente pode ser mitigado a partir dos efeitos decorrentes do *in dubio pro reo*.

Por conseguinte, verifica-se que a prova não se destina às partes que a produzem ou a requerem, mas sim ao juiz, autorizando que ele profira o julgamento de procedência ou improcedência da ação penal¹. O **destinatário da prova** é, pois, o magistrado.

No mais, tradicionalmente a doutrina revela uma estreita ligação entre a prova e o princípio da busca da verdade real. Todavia, nota-se que, cada vez mais, por inúmeros motivos, esse princípio vem sendo colocado em xeque, daí porque a finalidade da prova deve ser desvinculada de qualquer concepção de verdade, elemento extremamente subjetivo e, muitas vezes, inalcançável na prática. Toda essa discussão já foi travada nessa obra no capítulo de “Princípios e Sistemas do Processo Penal”. Para evitar repetições desnecessárias, remetemos o(a) leitor(a) a esse capítulo.

1.2. Objeto da prova

Via de regra, o **objeto** da prova são os **fatos** que as partes pretendem demonstrar², ou, em outros termos, “os fatos que, influindo na apuração da existência ou inexistência de responsabilidade penal, são capazes de gerar dúvida no magistrado, exigindo, por isso mesmo,

1. AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2020, p. 493.

2. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 392.

a devida comprovação³⁹. Ressalte-se que devem ser provados apenas os **atos relevantes**. *A priori*, é prescindível a prova sobre a legislação que fundamenta a pretensão da parte, afinal de contas compete ao juiz conhecer a lei (*iura novit curia*).

Excepcionalmente, porém, é possível que se exija da parte a prova de **direitos**, quando eles versarem sobre **normas de caráter internacional, consuetudinário, estadual ou municipal**, sendo que, nas hipóteses de normas estadual e municipal, a prova delas somente é exigida em se tratando de unidade da Federação distinta daquela em que atua o magistrado⁴. Não obstante não exista previsão expressa a esse respeito no CPP, deve ser aplicado à espécie, por analogia (art. 3º CPP), o teor do art. 376 do CPC, segundo o qual “a parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar”. Na dicção legal, a prova do direito pela parte não é automática, ficando na dependência de determinação judicial.

Ainda com fincas no art. 376 do CPC, a doutrina salienta que a prova da vigência de **portarias e regulamentos**, mesmo se expedidos por órgãos públicos federais, pode ser determinada pelo juiz à parte que aduz o direito incorporado a tais atos normativos. Trata-se de situação relevante, por exemplo, na Lei nº 11.343/06 (Lei de Tóxicos), na qual os tipos penais são considerados normais penais em branco heterogêneas, haja vista que devem ser complementados por fonte legislativa oriunda de órgão distinto do Poder Legislativo⁵, nos termos do art. 66, o qual estabelece que a lista das drogas é aquela que se encontra na Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.

A parte também poderá ter a incumbência de provar normas que digam respeito a **estatutos e regras internas de pessoas ou personalidades jurídicas**. Além disso, são provadas **regras de experiências**, “porque, na essência, são fatos reiterados⁶”.

Noutro giro, há determinados **fatos que independem de prova**. São eles:

- I. **Fatos notórios (ou verdade sabida)**: são os fatos conhecidos por uma parcela substancial da população informada⁷. O art. 374, inciso I, do CPC, aplicado à espécie por analogia (art. 3º CPP), afirma expressamente a desnecessidade de prova dos fatos notórios. São fatos notórios, por exemplo, os feriados nacionais, a moeda nacional, a condição de Presidente da República etc. Outro exemplo interessante é apontado por Norberto Avena: “Na Comarca de Camaquã, denunciando o Ministério Público determinada pessoa por crime contra a honra do Prefeito Municipal, será desnecessário comprovar, naquele juízo, que a vítima realmente foi diplomada como Chefe do Executivo, pois essa circunstância é por todos sabida na localidade, inclusive pelo juiz que lá jurisdiciona⁸”.
- II. **Fatos que contêm uma presunção legal absoluta (*juris et de jure*)**: são fatos que não permitem prova em sentido contrário, considerando que possuem juízo de certeza estabelecido por lei. É o exemplo da condição de inimputável do menor de 18 (dezoito) anos. Ressalte-se que as presunções relativas (*juris tantum*) provocam apenas a inversão do ônus da prova, admitindo prova em sentido contrário, daí porque elas são objeto

3. AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2020, p. 493.

4. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 392.

5. AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2020, p. 507.

6. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 392.

7. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Novo Curso de Direito Processual Penal*. 15. ed. reestrut., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 798.

8. AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2020, p. 493.

de prova. É o exemplo da condição de imputável do maior de 18 (dezoito) anos, que pode ser afastada a partir de laudo de insanidade mental concluindo que o agente não possui discernimento.

- III. **Fatos impossíveis:** são fatos que “causam aversão ao espírito de uma pessoa informada”⁹, a exemplo da afirmação de que o réu estava na lua no momento do cometimento do crime.
- IV. **Fatos axiomáticos ou intuitivos:** são fatos decorrentes da própria intuição, evidentes, isto é que, “se auto demonstram, têm força probatória própria”¹⁰, a exemplo do que se extrai do art. 162, parágrafo único, do CPP, que “dispensa o exame interno cadavérico, quando as lesões externas permitirem precisar a causa da morte, como no caso da decapitação, ou de carbonização do cadáver. Esse fato seria evidente. A verdade salta aos olhos”¹¹.
- V. **Fatos irrelevantes ou impertinentes ou inúteis:** são fatos que não guardam qualquer relevância para a solução da causa, sendo meramente secundários. São os exemplos do passatempo preferido da vítima de um furto ou do time de futebol pelo qual torce o autor de um delito de peculato.

Ademais, os **fatos incontroversos**, aqueles aduzidos por uma parte e não impugnados pela outra, no Processo Civil não carecem de prova, nos termos do art. 374, inciso III, do CPC. Mas, no Processo Penal, tais fatos dependem de prova, podendo inclusive o juiz, com fundamento no art. 156, inciso II, do CPP, determinar, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. E isso por razões lógicas, afinal de contas se nem mesmo a confissão do réu é suficiente para, por si só, ensejar o decreto condenatório, exigindo-se, para tanto, seja ela sempre confrontada com os demais elementos de prova produzidos nos autos (art. 197 CPP), com maior razão a simples ausência de impugnação do fato por uma parte não tem o poder de dispensar a produção da prova.

1.3. Classificação da prova

A doutrina aponta alguns critérios para classificação da prova. Vejamos os mais relevantes:

- I. **Quanto ao objeto:** esse critério envolve o vínculo entre a prova e o fato a ser demonstrado. Nesse sentido, a prova pode ser:
 - a) *Direta ou positiva:* é aquela que se refere “diretamente ao fato probando, por si o demonstrando”¹². Tem o objetivo de revelar a afirmação do fato a se demonstrar, de maneira positiva. É o exemplo da testemunha visual ou presencial.
 - b) *Indireta ou negativa ou contrária:* é aquela que se refere a “um outro acontecimento que, por ilação, nos leva ao fato principal”¹³. Pretende, pois, negar que um fato

9. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 392.

10. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Novo Curso de Direito Processual Penal*. 15. ed. reestrut., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 798.

11. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Novo Curso de Direito Processual Penal*. 15. ed. reestrut., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 798.

12. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Novo Curso de Direito Processual Penal*. 15. ed. reestrut., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 799.

13. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Novo Curso de Direito Processual Penal*. 15. ed. reestrut., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 799.

tenha ocorrido, o que será feito por meio de outro fato que é, por razões lógicas, incompatível com aquele outro. É o exemplo de um álibi: se o acusado demonstra que estava em determinado lugar no dia e horário do crime, logicamente não poderia estar na cena do delito.

II. Quanto ao efeito ou valor: esse critério envolve o grau de certeza despertado no juiz com a análise da prova. Nessa esteira, a prova pode ser:

- a) *Plena*: é aquela prova que se exige para fins de condenação do réu, despertando no magistrado um juízo de certeza quanto ao fato apreciado¹⁴.
- b) *Não plena ou indiciária*: é aquela prova limitada com relação à profundidade¹⁵, que permite, por exemplo, o decreto de medidas cautelares.

III. Quanto ao sujeito ou causa: esse critério avalia em que consiste o material produzido¹⁶. Desse modo, a prova pode ser:

- a) *Real*: é aquela prova que emerge do fato. É o exemplo de fotografias, pegadas etc.
- b) *Pessoal*: é aquela prova que decorre da pessoa, isto é, “do conhecimento de alguém em razão do *thema probandum*”¹⁷. São os exemplos da confissão, da prova testemunhal, do depoimento do ofendido etc.

IV. Quanto à forma ou aparência: é critério que aborda “como a prova se revela no processo”¹⁸. Por força deste critério, a prova pode ser:

- a) *Testemunhal*: é aquela prova “expressa pela afirmação de uma pessoa, independentemente, tecnicamente, de ser testemunha ou não”¹⁹. É o exemplo do interrogatório do réu.
- b) *Documental*: é aquela que “irá condensar graficamente a manifestação de pensamento”²⁰. É o exemplo de um contrato.
- c) *Material*: é aquela que “simboliza qualquer elemento que corporifica a demonstração do fato”²¹. São os exemplos do exame de corpo de delito, instrumentos do crime etc. A prova material, por sua vez, se subdivide em:

14. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Novo Curso de Direito Processual Penal*. 15. ed. reestrut., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 800.

15. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Novo Curso de Direito Processual Penal*. 15. ed. reestrut., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 800.

16. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Novo Curso de Direito Processual Penal*. 15. ed. reestrut., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 801.

17. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Novo Curso de Direito Processual Penal*. 15. ed. reestrut., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 801.

18. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Novo Curso de Direito Processual Penal*. 15. ed. reestrut., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 801.

19. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Novo Curso de Direito Processual Penal*. 15. ed. reestrut., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 801.

20. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Novo Curso de Direito Processual Penal*. 15. ed. reestrut., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 801.

21. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Novo Curso de Direito Processual Penal*. 15. ed. reestrut., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 801.

- c.1) *própria*: quando é “apresentada a própria coisa à constatação do juiz²²”;
- c.2) *imprópria*: ocorre quando “a constatação dos elementos materiais do delito seja feita por perito²³”. Nessa situação, há “materialidade por ficção jurídica²⁴”.

V. Quanto à previsão legal: é critério referente à regra que determina o meio de prova, declinando o seu *nomen juris*, podendo conter ou não a forma procedimental para a sua constituição²⁵. Observando-se este critério, a prova pode ser:

- a) *Nominada*: é o meio de prova previsto pela legislação, indicando-se o seu nome jurídico, podendo estipular ou não o procedimento para a sua colheita. Ela é subdividida em:
 - a.1) *Típica*: é a prova nominada que possui procedimento previsto em lei para a sua produção. É o exemplo da prova testemunhal, que é prevista pelo CPP, tendo o seu regramento fixado por essa mesma lei.
 - a.2) *Atípica*: é a prova nominada que não possui procedimento para a sua colheita disciplinado em lei, não obstante a legislação indique o seu *nome juris*. Ou seja, a lei a prevê, mas não diz qual o procedimento para a sua produção. É o exemplo da reprodução simulada dos fatos, que vem prevista no art. 7º do CPP, o qual, no entanto, não revela a forma de constituição dessa prova.
- b) *Inominada*: considerando que vale no Processo Penal o sistema da liberdade probatória, a prova inominada é aquela que não é vedada por lei ou pelos bons costumes, não obstante não exista procedimento legal expresso. Ela pode ser utilizada se não “implicar violação ou abreviação do rito procedimental²⁶”. É o exemplo das certidões de oficiais de justiça que declaram determinado fato: elas não significam provas testemunhais, mas meras informações.

VI. Quanto à finalidade: é critério que busca verificar se a destinação da prova está ou não em conformidade com sua previsão legal. De acordo com este critério, a prova pode ser:

- a) *Anômala*: a prova anômala é aquela utilizada para objetivos diferentes que lhe são próprios, com características de outra prova típica. Ela é produzida quando, por exemplo, o Ministério Público, ao invés de arrolar testemunha presencial do crime como testemunha de acusação, colhe o seu depoimento nas próprias dependências do órgão e junta aos autos este depoimento para caracterizar a produção de prova documental. Há um verdadeiro desvio de finalidade da prova, não sendo ela aceita no Processo Penal, já que implica a descaracterização do sistema probatório. Ela

22. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Novo Curso de Direito Processual Penal*. 15. ed. reestrut., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 801.

23. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Novo Curso de Direito Processual Penal*. 15. ed. reestrut., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 801.

24. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Novo Curso de Direito Processual Penal*. 15. ed. reestrut., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 801.

25. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Novo Curso de Direito Processual Penal*. 15. ed. reestrut., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 802.

26. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Novo Curso de Direito Processual Penal*. 15. ed. reestrut., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 803.

não se confunde com a prova atípica, que consiste naquela que não possui um procedimento probatório específico, a exemplo da reprodução simulada dos fatos (art. 7º do CPP), mas é aceita pelo ordenamento jurídico em virtude do princípio da liberdade de provas.

- b) *Irritual*: a prova irritual é aquela típica colhida sem a observância do modelo previsto em lei. Em outros termos, esta prova envolve um correto meio de prova, mas não o procedimento para este último legalmente estabelecido. Desse modo, o rito adotado para a produção desta prova é diferente daquele fixado no ordenamento jurídico. Como tal prova é confeccionada em desrespeito ao modelo legal, trata-se de *prova ilegítima*, que pode ensejar a declaração de nulidade, desde que demonstrado o prejuízo (*pas de nullité sans grief*). É o exemplo do depoimento de uma vítima de crime sexual prestado por escrito, abandonando-se a forma oral.

1.4. Princípios gerais da prova

A doutrina também indica princípios gerais que disciplinam a produção da prova. Nesse tópico, sistematizaremos os mais importantes, a saber:

1. Princípio da busca da verdade real: como afirmado anteriormente, este princípio já foi detidamente analisado nessa obra no capítulo de “Princípios e Sistemas do Processo Penal”. Para evitar repetições desnecessárias, remetemos o(a) leitor(a) a esse capítulo.

2. Princípio do contraditório: este princípio também já foi avaliado no capítulo de “Princípios e Sistemas do Processo Penal”. Nesse tópico, pretendemos apenas ampliar os estudos, destacando uma divisão desse princípio ligada à prova que ainda não foi apreciada nesta obra. Assim, em matéria de prova, a doutrina subdivide o princípio do contraditório em **contraditório para a prova (ou contraditório real)** e **contraditório sobre a prova (contraditório diferido ou postergado)**, senão vejamos:

- a) **contraditório para a prova (ou contraditório real):** é contraditório que exige que as partes atuem no momento em que a prova é produzida. Desse modo, torna-se obrigatório que a prova seja colhida na presença das partes, bem como do próprio órgão julgador. É o exemplo da prova testemunhal produzida em juízo, na qual “não há qualquer razão cautelar a justificar a não intervenção das partes quando de sua produção, sendo obrigatória, pois, a observância do contraditório para a realização da prova²⁷”.
- b) **contraditório sobre a prova (contraditório diferido ou postergado):** é o contraditório que é exercido apenas depois da produção da prova. Nesse passo, a prova é colhida sem a observância do contraditório; todavia, posteriormente, é assegurada às partes a possibilidade de exercício do contraditório, com manifestação a respeito do teor da prova, indicando-se eventuais erros e acertos, vícios, ilegalidades, nulidades, admitindo-se ainda, se for o caso, o requerimento de produção de contraprova. Como salienta Renato Brasileiro, na ótica da defesa, deve-se conferir a oportunidade para que o acusado e seu defensor, no curso do processo, conteste a providência cautelar, ou combata a prova pericial feita no curso do inquérito²⁸. É o exemplo da interceptação telefônica

27. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: volume único. 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 57.

28. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: volume único. 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 58.

autorizada pelo juiz no curso das investigações; por razões lógicas, para que não sejam frustrados os objetivos da prova, não há que se falar em intimação do investigado para acompanhar a produção dela; enquanto a interceptação for colhida, não será disponibilizado o contraditório real. Uma vez concluída a prova e juntados aos autos o laudo de degravação e o resumo das operações realizadas (art. 6º, § 2º, Lei nº 9.296/96), será concedida vista da diligência à defesa para fins de ciência do teor do material obtido, respeitando-se com isso o contraditório e também a ampla defesa. Em resumo, tem-se aqui o contraditório sendo diferido para momento posterior ao da produção da prova.

3. Princípio da comunhão ou aquisição da prova: é princípio segundo o qual, uma vez produzida, a prova pertence ao juízo e pode ser utilizada por qualquer das partes e pelo juiz, ajudando na busca da verdade real, mesmo que tenha sido requerida por apenas uma das partes. Assim, como adverte Guilherme de Souza Nucci, não há *titular* de uma prova, mas mero proponente²⁹. Desse modo, por exemplo, uma testemunha arrolada pelo Ministério Público pode prestar depoimento que favoreça o réu, sendo permitido que este último utilize tal depoimento em seu benefício.

Por força deste princípio, parte da doutrina entende que o art. 401, § 2º, do CPP, o qual permite que a parte desista da oitiva da testemunha por ela arrolada, ressaltando apenas a possibilidade de que o magistrado determine de ofício a colheita do depoimento desta mesma testemunha, deveria ser lido com temperamentos, pois se a parte contrária insistisse no seu depoimento, a citada testemunha teria que ser ouvida. Aliás, esse raciocínio seria válido para todo e qualquer meio de prova lícito proposto por uma das partes. Não obstante, por lealdade acadêmica, noticie-se que outra parcela da doutrina sustenta que haveria a possibilidade de dispensa unilateral da testemunha como mero corolário do sistema acusatório, excepcionado somente o interesse do juízo na oitiva, nos termos literais do dispositivo legal anteriormente mencionado. Não existiria, portanto, comunhão da prova antes da sua colheita, o que somente restaria configurado com a sua efetiva produção. Esta segunda corrente é a que acaba preponderando em sede de doutrina.

4. Princípio da oralidade: sempre que possível, as provas devem ser colhidas de formal oral, na presença do magistrado. Deve-se, pois, buscar o predomínio da palavra falada, o que garantirá o acompanhamento pelo magistrado da produção da prova. É o exemplo da prova testemunhal, em que será conferida maior credibilidade ao depoimento prestado oralmente do que por escrito. Para fins probatórios, o princípio da oralidade resulta em dois subprincípios, quais sejam, os princípios da concentração e da imediatidade: nesses termos:

- a) **princípio da concentração:** entende-se que toda a colheita da prova e o julgamento devem ocorrer em uma única audiência (audiência de instrução e julgamento) – ainda que seja possível cindi-la em mais de um dia –, o que passou a ser regra expressa consagrada no CPP, mais precisamente nos artigos 400, §1º, e 411, §2º, desde o advento da Lei nº 11.719/08.

Com efeito, na prática, é muito comum que a audiência de instrução em julgamento seja fracionada em mais de um dia – fala-se em audiência desmembrada ou em continuação. É o exemplo de uma audiência que se inicia próximo ao final do expediente forense, tendo sido arroladas inúmeras testemunhas por ambas as partes. Com a instrução entrando noite adentro, pelo “adiantar da hora”, o magistrado costuma suspender os trabalhos e determinar o reinício

29. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 109.

da colheita dos depoimentos no dia útil subsequente. No entanto, em termos técnicos, há aqui um só ato, repita-se, fragmentado em mais de um dia.

Certo é que a concentração permite que as impressões colhidas pelo magistrado não se percam no tempo, isto é, “que o juiz mantenha fresco em sua memória tudo o que foi feito na audiência por ele presidida³⁰”.

- b) **princípio da imediatidade**: compreende-se que “o magistrado deve ter contato direto com a prova produzida, formando mais facilmente sua convicção³¹”. Em outras palavras, com o contato físico com as provas durante a produção, o juiz conservará em sua memória elementos relevantes do momento da sua colheita, o que facilitará a sua posterior valoração quando da sentença.

5. Princípio da publicidade: é princípio segundo o qual os atos processuais devem ser praticados publicamente, sem qualquer controle, permitindo-se o amplo acesso ao público, bem como os autos do processo penal estão disponíveis a todos. Trata-se de forma de fomentar o controle social dos atos processuais. Naturalmente, este princípio também se aplica à produção das provas, que, via de regra, deve se realizar de forma pública. Há, porém, exceções a esta regra, todas elas já devidamente discutidas no capítulo de “Princípios e Sistemas do Processo Penal”, para onde se remete mais uma vez o(a) leitor(a).

6. Princípio da autorresponsabilidade das partes: por meio desse princípio, entende-se que as partes deverão assumir a responsabilidade sobre o seu comportamento referente à prova das suas alegações, isto é, elas “assumirão as consequências de sua inatividade, erro ou negligência relativamente à prova de suas alegações³²”. Nessa perspectiva, se, na ação penal pública, o Ministério Público não comprovar categoricamente a autoria e a materialidade delitiva, arcará com a consequência de ver o acusado sendo absolvido.

7. Princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*): é princípio segundo o qual o acusado não está obrigado a produzir provas contra si mesmo. Exemplo prático de sua aplicação pode ser identificado com a permissão conferida ao agente de que não participe da reconstituição do crime. Outras tantas situações que refletem a incidência deste princípio, muitas delas inclusive, foram igualmente debatidas no capítulo de “Princípios e Sistemas do Processo Penal”, para onde se remete novamente o(a) leitor(a).

1.5. Sistemas de avaliação ou apreciação da prova (art. 155 CPP)

Embora as partes sejam destinatárias indiretas da prova, certo é que o **magistrado é o seu destinatário direto ou principal**, pois o objetivo precípuo da atividade probatória é a formação do convencimento do juiz.

Nessa esteira, faz-se imprescindível estudar os sistemas que buscam apontar qual o papel do juiz frente a uma prova, isto é, como ele deve avaliá-la, apreciá-la. É dizer, conforme o sistema a ser adotado, verifica-se ou uma plena e irrestrita liberdade do juiz para avaliar a prova, ou, em outro extremo, a inexistência de qualquer liberdade para o julgador apreciá-la, ou ainda, em um sistema intermediário, confere-se liberdade ao magistrado para avaliação da prova, impondo-se, no entanto, alguns limites.

30. ARAÚJO, Fábio Roque; COSTA, Klaus Negri. *Processo Penal Didático*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 61.

31. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 108.

32. AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2020, p. 496.

É certo que, historicamente, em termos de Direito Comparado, há sistemas bem antigos, que não trazem qualquer repercussão ao atual Processo Penal brasileiro. Apenas para registro, primeiramente houve o **sistema étnico ou pagão**, aquele em que a avaliação da prova ficava ao sabor das impressões do juiz, que deveria aferi-las conforme a sua própria experiência, em um sistema empírico. Em seguida, adotou-se o **sistema religioso ou ordálio**, aquele que invocava o julgamento divino para fins de definição da culpa ou inocência do indivíduo. Nesse sistema, os julgamentos eram feitos a partir de sinais divinos apresentados no mundo terreno, os quais eram extraídos de provas corporais dolorosas a que o agente era submetido, como a *prova da água fria* (jogava-se o indivíduo na água; ele seria culpado se viesse à tona e inocente se submergisse), *prova do ferro em brasa* (o indivíduo deveria caminhar descalço por uma chapa de ferro em brasa; se nada ocorresse, ele seria inocente) e *duelo judicial* (era realizado a pé ou a cavalo, conforme a classe social das partes, durando certo período de tempo; quem perdesse o duelo, perderia o processo).

Mas, no presente tópico, pretendemos tecer maiores considerações em relação apenas aos sistemas que ainda vigoram no mundo e que efetivamente trazem repercussão ao atual Processo Penal brasileiro. São eles: sistema da íntima convicção; sistema da prova tarifada; sistema do livre convencimento motivado. Como será exposto, o Brasil adota como regra geral um desses sistemas, mas, excepcionalmente, também acolhe os outros dois. Vejamos cada um deles nos próximos tópicos.

1.5.1. Sistema da íntima convicção (ou livre convicção ou certeza moral do juiz ou prova livre ou secunda conscientia)

É o sistema em que há plena e irrestrita liberdade para o julgador avaliar a prova, a ponto de não se exigir sequer que ele venha a motivar o seu julgamento, sendo irrelevante a circunstância de a prova se encontrar ou não nos autos³³.

Nesse sistema, portanto, quem confere valor à prova é o próprio julgador, que, destarte, possui inteira liberdade para a formação do seu convencimento.

No Brasil, esse sistema não é adotado como regra geral. No entanto, excepcionalmente, ele é aplicado no âmbito do **Tribunal do Júri**, no qual os jurados não motivam o seu voto, até porque ele é sigiloso.

Com efeito, o Conselho de Sentença não pode justificar a sua votação, devendo proferir o seu veredicto a partir de votos secretos “sim” e “não” que lhe forem formulados pelo juiz-presidente, os quais são depositados em um recipiente (urna). Durante a votação, não se admite qualquer comunicação entre os jurados a respeito da matéria em pauta.

Note-se que, quando formado o Conselho de Sentença, o juiz do Júri deve colher dos jurados um juramento solene, nos termos do art. 472 do CPP, oportunidade em que eles se comprometem a julgar a causa com imparcialidade e a proferir a decisão de acordo com a consciência e os ditames da justiça.

1.5.2. Sistema da prova tarifada (ou sistema tarifário ou certeza moral do legislador ou verdade legal ou regras legais)

Nesse sistema, há valoração prévia da prova realizada pelo legislador, não possuindo o julgador qualquer margem de liberdade na formação do seu convencimento. Ademais, a decisão

33. AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2020, p. 499.

deve ser proferida necessariamente a partir de provas que se encontram juntadas aos autos do processo, não se permitindo a utilização de provas extra-autos³⁴.

Em suma, nesse sistema há “valoração taxada ou tarifada da prova, significando o pre-estabelecimento de um determinado valor para cada prova produzida no processo, fazendo com que o juiz fique adstrito ao critério fixado pelo legislador, bem como restringido na sua atividade de julgar³⁵”.

Esse sistema é diametralmente oposto ao anterior: nele, o valor da prova não é conferido pelo julgador, mas sim pelo legislador, inexistindo qualquer margem de liberdade para que o magistrado venha a formar o seu convencimento.

É como se a legislação trouxesse uma tabela de valores das provas (daí porque sistema tarifário), cabendo ao juiz apenas a mera função de somar a pontuação das provas favoráveis à acusação e daquelas benéficas à defesa e divulgar o placar final, indicativo do vencedor do processo.

Por muito tempo se falou que, em matéria de prova, a confissão seria “a rainha a prova”, ao passo que a testemunha seria a “prostituta da prova”. Preconceitos à parte, tal expressão denotava claramente a ideia do sistema da prova tarifada: a lei estaria estabelecendo valor maior a uma prova em detrimento de outra.

Atualmente, o Brasil não adota esse sistema como regra geral. Mas, excepcionalmente, existem situações apontadas pela doutrina que revelam o reconhecimento dele, a saber:

- (i) art. 62 do CPP: este dispositivo prevê que, no caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade. Ausente a certidão de óbito, se for o caso, aguarda-se a prescrição do delito para, somente após, declarar-se a extinção da punibilidade por esse motivo (e não pela morte).
- (ii) Art. 92 do CPP: tal norma obriga o juiz criminal a suspender o andamento do processo penal quando surgir questão prejudicial de natureza extrapenal que cuide do estado das pessoas. É o exemplo do delito de bigamia em relação ao qual há ação tramitando no juízo cível para discutir a validade do primeiro casamento.
- (iii) art. 149, *caput*, do CPP: a inimputabilidade do réu depende necessariamente de exame pericial (exame médico-legal), pois apenas o médico pode atestar a existência de doença mental.
- (iv) art. 155, parágrafo único, do CPP: estipula que, quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. Assim, por exemplo, os estados de casado, de filiação, de paternidade etc dependem das respectivas certidões. Nesse passo, a prova da menoridade do indivíduo pode ser realizada por documento idôneo, não se admitindo o uso de qualquer outro meio. É o que apregoa a Súmula nº 74 do STJ: “*Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil.*”. O documento hábil mencionado no enunciado sumular não se limita à certidão de nascimento ou à carteira de identidade: para este fim, tem valor probatório qualquer meio dotado de fé pública, principalmente se a sua veracidade puder ser contestada por prova em sentido contrário; são os exemplos do Boletim de Ocorrência, da folha de antecedentes criminais e do auto de apreensão em flagrante de ato infracional.

34. AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2020, p. 500.

35. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 394.

- (v) art. 158, *caput*, do CPP: o dispositivo exige o exame de corpo de delito, direto ou indireto, para a formação da materialidade da infração penal que deixar vestígios, vedando a sua produção através da confissão. Portanto, nos crimes que deixam vestígios, o exame de corpo de delito é prova de valor máximo, ou, para ser mais preciso, prova de valor único.

1.5.3. Sistema do livre convencimento motivado (ou persuasão racional ou convencimento racional ou apreciação fundamentada ou prova fundamentada)

Trata-se de sistema misto ou eclético, pois é uma mescla entre os dois sistemas anteriores, no sentido de que concilia uma característica marcante do sistema da íntima convicção (a liberdade do julgador na avaliação da prova) com outra que é encontrada no sistema da prova tarifada (o limite imposto ao julgador ao proferir a sua decisão).

Nessa esteira, o livre convencimento motivado pode ser definido como o sistema em que é conferida liberdade ao julgador para a apreciação da prova e formação do seu convencimento, após o que ele deverá motivar a decisão proferida.

Em suma, por meio desse sistema, permite-se que o juiz decida a causa “de acordo com seu livre convencimento, devendo, no entanto, cuidar de fundamentá-lo, nos autos, buscando persuadir as partes e a comunidade em abstrato³⁶”.

Nesse sistema, assim como no sistema da íntima convicção, o valor da prova é conferido pelo julgador. Todavia, com ele não se confunde. No livre convencimento motivado, embora o julgador possua liberdade para, intimamente, formar o seu convencimento, ele deverá, em seguida, motivar a sua decisão; já no sistema da íntima convicção, o julgador, intimamente, forma o seu convencimento, e, logo após, não necessita exteriorizar as razões de decidir.

O livre convencimento motivado é o sistema adotado como regra geral no Brasil, por força do previsto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, que exige a motivação de todas as decisões judiciais. Ele vem estampado expressamente no art. 155, *caput*, do CPP, segundo o qual “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”.

Com base nessas normas do ordenamento jurídico, é possível indicar algumas consequências relevantes da adoção pelo país do sistema do livre convencimento motivado, a saber:

a) não há hierarquia entre os meios de prova: como não há tarifas fixadas pela lei para as provas, inexistente qualquer hierarquia entre elas. Desse modo, na formação do seu convencimento, o juiz deve procurar avaliar uma prova à luz de todo o contexto probatório produzido no processo. Em outras palavras, o magistrado deve reconhecer valor a uma prova se é ela corroborada, ratificada pelas demais provas. Deve-se buscar, pois, que as provas se interliguem e se harmonizem, construindo um conjunto coeso e coerente que permita a prolação do julgado com convicção e segurança por parte do juiz.

Portanto, é o conjunto das provas que deve fundamentar a decisão a ser proferida pelo juiz, notadamente se ela for de natureza condenatória. É a partir desta concepção que a doutrina pontifica que as **provas possuem valor relativo**, “de sorte que, apenas se analisadas globalmente, terão força bastante para levar o juiz a um *veredicto condenatório*. Diz-se condenatório porque, para absolver, não é preciso que haja provas de inocência, bastando, no mais das vezes, que não haja provas suficientes para condenar o acusado (art. 386, VI, do CPP³⁷).”.

36. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 395.

37. AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2020, p. 509.

Assim, por exemplo, ainda que policiais militares gozem de fé pública, os depoimentos por eles prestados nos autos em desfavor do acusado necessitam ser valorados em face de todo o cenário das provas colhidas no feito para que justifiquem a condenação do agente. Pode ainda o juiz discordar de um laudo pericial (art. 182 CPP) e proferir decisão em sentido contrário ao seu teor, valendo-se, para tanto, de outros meios de prova que se encontrem em maior harmonia e coerência com os fatos, como a prova testemunhal. Da mesma maneira, pode o magistrado não levar em conta o depoimento realizado por testemunha juramentada e proferir decisão respaldada por testemunho oferecido por quem não prestou o compromisso de dizer a verdade.

b) a confissão, por si só, não necessariamente induz a condenação do réu: a confissão não é a “rainha das provas”; por consequência, réu confesso não necessariamente é réu que deva ser condenado. Logo, mesmo se o réu confessar a autoria do delito, o juiz deverá avaliar todas as provas produzidas pela acusação para concluir se é possível condená-lo. É dizer, a confissão necessita estar respaldada no contexto probatório para ser utilizada na formação do convencimento do juiz. Até porque sempre há o risco de que a confissão seja falsa. Por exemplo, em processo envolvendo crime de tráfico de drogas, o réu, inocente, confessa o cometimento do delito porque o chefe do tráfico local ameaçou seriamente matar toda a sua família; nessa situação, se o juiz verifica, pelo contexto probatório, que a confissão não reflete a realidade dos fatos, deverá absolver o agente. Por tudo, sintomático é o teor do art. 197 do CPP, segundo o qual “o valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância”.

c) a revelia não induz o efeito de confissão ficta, nem determina obrigatoriamente a condenação do réu: no Processo Penal, em face da indisponibilidade dos bens jurídicos que estão em jogo, a revelia não induz o efeito de presunção de veracidade dos fatos narrados na peça acusatória (confissão ficta). Por conseguinte, mesmo se o réu for revel, a acusação deverá demonstrar categoricamente que ocorreu a infração penal e que ele foi o autor ou partícipe dela. Nesses termos, a revelia não determina a condenação do acusado. Assim como se verifica no caso de réu presente aos autos, cabe ao magistrado avaliar todo o cenário das provas produzidas no processo para decidir se condena ou não o réu.

d) o juiz não está limitado aos meios de prova regulamentados em lei: se lícitas e legítimas, mesmo em se tratando de provas inominadas (aquelas sem qualquer procedimento regulamentado em lei), elas podem ser regularmente utilizadas na formação do convencimento do julgador.

Tecidos esses comentários sobre as consequências da adoção do sistema do livre convencimento motivado no país, impende focar agora os estudos especificamente na redação do *caput* do art. 155 do CPP.

A esse respeito, em primeiro lugar, nota-se que o juiz apenas poderá formar a sua convicção a partir de provas que constem no processo penal. Em outras palavras, não se admite que o magistrado, na formação do seu convencimento, venha a se utilizar de elementos estranhos ao processo. Em suma, o juiz fica adstrito às provas constantes nos autos.

Além disso, igualmente para fins de formação do seu convencimento, o juiz, via de regra, somente pode se valer das **provas produzidas ao longo do processo penal**, eis que elas estarão submetidas ao contraditório e à ampla defesa.

Nesse passo, os elementos informativos colhidos na investigação criminal devem ser repetidos em juízo para que possam ser utilizados na fundamentação do julgamento a ser proferido pelo magistrado. Como já discutido nessa obra no capítulo de “Investigação Criminal”, esses elementos de convicção produzidos na etapa pré-processual, ao menos em regra, somente se prestam para fundamentar o oferecimento da ação penal, não se valendo para embasar uma futura sentença condenatória ao fim da ação penal instaurada. Caso se deseje que tais

elementos sirvam para os fins de um decreto condenatório, exige-se a repetição deles ao longo da instrução processual em juízo, sob o crivo do contraditório.

Esclareça-se, no entanto, que, quando o dispositivo legal em comento afirma que o juiz não poderá fundamentar sua decisão “exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação”, está a dizer apenas que esses elementos não podem ser os fundamentos *exclusivos* do convencimento do magistrado. Ou seja, não se veda que o juiz se utilize de “eventuais provas obtidas na fase extrajudicial como **elementos de convicção secundários**”³⁸.

Excepcionalmente, porém, é possível a utilização de provas produzidas na investigação criminal para a formação da convicção do magistrado, se tais provas forem **cautelares, não repetíveis e antecipadas** (art. 155, *caput*, parte final, do CPP). São os **elementos migratórios no Processo Penal**, assim denominados porque eles migram da investigação para o processo penal, autorizando que o juiz os utilize em seu julgamento. Por tudo, são provas colhidas na investigação, não repetidas em juízo (isto é, sem submissão ao contraditório judicial), mas que podem ser regularmente utilizadas pelo juiz na formação do seu convencimento.

Embora aparentemente as expressões sejam idênticas, há diferença entre os termos “provas cautelares”, “provas não repetíveis” e “provas antecipadas”, senão vejamos:

(i) **provas cautelares**: são aquelas que, em razão da necessidade e urgência, devem ser praticadas, sob pena de que os elementos venham a ser perdidos. Conforme leciona a doutrina, a prova cautelar pode ser tanto *antecipada*, como a prova colhida durante as investigações em virtude do risco do seu perecimento (a exemplo da interceptação telefônica), como *incidental*, aquela produzida ao longo da ação penal, constituindo uma antecipação do momento probatório (como, por exemplo, colher antecipadamente o depoimento de uma testemunha, fora do momento legal previsto, em decorrência de doença grave).

(ii) **provas não repetíveis**: são aquelas que não podem ser reproduzidas durante a fase processual, por pura impossibilidade material, isto é, em decorrência do desaparecimento ou perecimento da fonte. É o exemplo do exame de corpo de delito em um crime que deixa vestígios, como o de lesões corporais: uma vez produzido este exame, muito provavelmente não será mais possível repeti-lo no curso da ação penal (ao menos não na modalidade direta), anos depois, considerando que os vestígios do delito terão desaparecido.

Antes de tecer considerações sobre as provas antecipadas, insta salientar que, quanto às provas cautelares e às provas não repetíveis, elas são produzidas de forma inquisitiva, ou seja, durante a sua produção não há a observância do contraditório (e da ampla defesa). Apenas após a sua produção, isto é, ao longo da ação penal, é que elas serão submetidas a um **contraditório diferido ou postergado**, oportunidade em que as partes poderão impugná-las ou mesmo requerer a produção de contraprova, se possível for. Em suma, **nas provas cautelares e nas provas não repetíveis não há contraditório para a prova, mas sim um contraditório sobre a prova**.

(iii) **provas antecipadas**: são as provas produzidas em juízo, com a observância do contraditório (atual ou real ou para a prova) e a ampla defesa, embora em momento processual distinto daquele previsto em lei (ou mesmo antes do início da ação penal), tendo em vista a urgência necessária, exigindo-se, para tanto, prévia autorização judicial³⁹. Há aqui, pois, autêntica *prova cautelar incidental*. É o exemplo do disposto no art. 225 do CPP, segundo o qual “se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice,

38. AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2020, p. 499.

39. ARAÚJO, Fábio Roque; COSTA, Klaus Negri. *Processo Penal Didático*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 525.

inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento” (é o chamado depoimento *ad perpetuam rei memoriam*). Nesse passo, o STJ já decidiu que é justificável a produção antecipada do depoimento especial de adolescente vítima de suposto crime contra a dignidade sexual, a uma, pela especial relevância da palavra da vítima em crimes dessa natureza, e, a duas, pela urgência decorrente da falibilidade da memória de crianças e adolescentes (STJ, processo em segredo de justiça, Rel. Min. Massod Azualay Neto, j. 06.03.23 – Informativo nº 767). Outro exemplo se encontra no art. 366 do CPP, que permite a produção antecipada das provas consideradas urgentes se o réu, citado por edital, não comparecer aos autos, nem constituir defensor.

Encerrando a análise do art. 155 do CPP, convém agora registrar o teor do seu parágrafo único, segundo o qual somente quanto ao **estado das pessoas** serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. Assim, por exemplo, um casamento somente pode ser provado mediante certidão de casamento, um nascimento pela certidão de nascimento e um óbito pela certidão de óbito. É com esse fundamento que o art. 62 do CPP assevera que, no caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade. É ainda nessa esteira que o STJ editou a Súmula nº 74, que possui o seguinte verbete: “*Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil.*”. Como visto anteriormente, a doutrina entende que este dispositivo legal guarda resquícios do sistema da prova tarifada.

No mais, noticie-se que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe novidade a respeito do sistema de avaliação da prova adotado como regra geral no Brasil, suprimindo a expressão “livre” que acompanha o convencimento do juiz, nos termos do art. 371 (“*O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.*”). Essa novidade, por ser bem-vinda, deve repercutir na esfera processual penal, reforçando-se a ideia de que, embora o juiz tenha liberdade na apreciação da prova, ele encontra limites para fundamentar a sua decisão, não podendo a sua fundamentação estar alicerçada em argumentos que não encontram respaldo no ordenamento jurídico, daí porque, de fato, a sua liberdade é regrada.

Sistemas de avaliação da prova

1. **Íntima convicção**: o valor da prova é atribuído pelo julgador, que tem plena liberdade para a sua apreciação, dispensando-se o dever de fundamentar o seu convencimento. É o sistema adotado excepcionalmente no Tribunal do Júri.
2. **Prova tarifada**: o valor da prova é atribuído pelo legislador, daí porque o julgador não possui nenhuma margem de liberdade para a sua apreciação, devendo fundamentar a sua decisão a partir da tarifa legal da prova. É o sistema adotado excepcionalmente nos arts. 62, 149, *caput*, 155, parágrafo único, e 158, *caput*, CPP.
3. **Livre convencimento motivado**: o valor da prova é atribuído pelo julgador, que possui liberdade para apreciar a prova, mas, uma vez formado o seu convencimento, deverá motivá-lo. É o sistema adotado como regra no Brasil (art. 93, IX, CF; art. 155, *caput*, CPP).

1.6. Fases do procedimento probatório

Com base nos ensinamentos da doutrina, são apontadas 4 (quatro) fases do procedimento probatório, a saber:

1ª Fase – Proposição: é a fase em que as provas são pleiteadas pelas partes ao julgador, ou por elas são trazidas à sua admissão⁴⁰. Há dois momentos de proposição das provas:

- (i) *momentos ordinários:* na ótica da acusação, esses momentos se referem à denúncia e à queixa-crime; na esfera da defesa, à resposta escrita à acusação;
- (ii) *momentos extraordinários:* são aqueles em que se permite o requerimento de provas depois de iniciada ou encerrada a instrução processual.

2ª Fase – Admissão: é a fase em que as provas pleiteadas pelas partes ou já produzidas são deferidas ou não pelo juiz⁴¹. Como esclarece a doutrina, as provas propostas nos *momentos ordinários* apenas podem ser indeferidas quando *impertinentes* ao processo; já se as provas foram propostas nos *momentos extraordinários* (por exemplo, no curso de uma audiência), podem ser indeferidas pelo magistrado se entender que elas são *desnecessárias* para a formação do seu convencimento⁴². Em ambas situações, exige-se sempre do magistrado decisão fundamentada. De todo modo, se a parte se sentir prejudicada com o indeferimento da prova postulada, indicando cerceamento de acusação ou de defesa, conforme o caso, será possível impugnar esta decisão por meio de correição parcial. A jurisprudência ainda admite a impetração de mandado de segurança em matéria criminal.

3ª Fase – Produção: é a fase que implica a produção de atos processuais para que as provas postuladas pelas partes e admitidas pelo juiz sejam incorporadas aos autos. São os exemplos da requisição de documentos, oitiva de testemunhas etc.

4ª Fase – Valoração: no contexto do livre convencimento motivado, é a fase em que o magistrado avaliará todas as provas produzidas, motivando a sua convicção, atribuindo-lhes o valor que entender apropriado. Via de regra, esta fase se realiza no momento da sentença.

1.7. Ônus da prova, atividade probatória do juiz e gestão da prova (art. 156 CPP)

Ab initio, insta salientar que ônus não se confunde com dever ou obrigação.

Com efeito, o descumprimento de um dever constitui um ato contrário ao direito, daí porque terá como consequência a aplicação de alguma sanção processual. Assim, por exemplo, a testemunha tem o dever de depor em juízo; se, devidamente intimada para prestar depoimento na audiência de instrução e julgamento, não comparecer ao ato sem motivo justo, poderá receber as sanções de condução coercitiva, pagamento das despesas pela condução e de multa, além da responsabilidade penal pelo crime de desobediência (arts. 218 e 219 CPP). Já se ela comparece ao ato, mas não cumpre com o dever de dizer a verdade, poderá responder pelo crime de falso testemunho (art. 342 CPP).

Já o ônus representa a imposição de uma atribuição processual que, se cumprida, alavanca a parte a uma condição mais favorável no processo e, se descumprida, não provoca a incidência de qualquer sanção, mas apenas faz com que ela deixe de conquistar esta condição.

40. AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2020, p. 500.

41. AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2020, p. 501.

42. AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2020, p. 501.

Nessa esteira, em matéria probatória, o que a legislação impõe às partes não é um dever e sim um ônus. Desse modo, o ônus da prova pode ser definido como a atribuição que recai sobre as partes de demonstrar a procedência das suas alegações deduzidas no processo, objetivando oferecer ao magistrado, enquanto destinatário das provas, o suporte necessário à formação do seu convencimento.

Se descumprido esse ônus, a parte que a possuía poderá deixar de obter uma condição mais favorável no processo. Por exemplo, se a acusação não demonstra categoricamente o envolvimento do acusado no fato delitivo, correrá o risco de vê-lo sendo absolvido; se, por sua vez, a defesa não produz provas mínimas sobre as teses sustentadas em favor do réu, ficará mais suscetível ao decreto de uma sentença condenatória, não obstante não seja esta uma consequência obrigatória.

Quanto ao ônus da prova, o art. 156, *caput*, 1ª parte, do CPP estabelece que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”. Pelo que se verifica deste dispositivo, ao contrário do que é sustentado por muitos, o ônus de prova não é exclusivo da acusação. Ou seja, há sim ônus de prova da defesa.

Nesse sentido, pode-se afirmar apenas que, **em regra**, por força do princípio da presunção de inocência, o **ônus é da acusação**. Destarte, compete ao autor da ação penal a demonstração da prática da infração penal (materialidade) e o envolvimento do acusado no fato (autoria), além dos elementos que definem um delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), incluindo o dolo ou a culpa do agente, e de circunstâncias que venham a exasperar a pena (qualificadoras, causas de aumento de pena e até mesmo agravantes, embora estas últimas possam ser reconhecidas de ofício pelo juiz, nos termos do art. 385 do CPP). Em suma, **é ônus de prova da acusação demonstrar fatos constitutivos da pretensão punitiva**.

Excepcionalmente, **é ônus da defesa a prova da existência de excludentes de ilicitude, de culpabilidade e de tipicidade, de circunstâncias que mitiguem a pena (atenuantes, minorantes e privilegiadoras) e de causas de extinção da punibilidade (art. 107 CP)**. Em apertada síntese, **é ônus de prova da defesa demonstrar fatos extintivos, impeditivos ou modificativos da pretensão punitiva**. Todavia, **o *in dubio pro reo* tem o poder de mitigar o ônus de prova da defesa**. É dizer, se a prova produzida pela defesa não provoca no juiz a certeza absoluta sobre a ocorrência da tese por ela sustentada, mas nele desperta uma “fundada dúvida sobre a sua existência”, será caso de absolvição, ainda que a parte não tenha efetivamente se desincumbido do seu ônus de prova. É o exemplo do que se verifica no art. 386, inciso VI, 2ª parte, do CPP, segundo o qual o juiz absolverá o réu se reconhecer haver fundada dúvida sobre a existência de circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena.

Esse é, pois, o sistema de **distribuição do ônus da prova** entre a acusação e a defesa que vem prevalecendo na doutrina e na jurisprudência do STJ (STJ, RHC nº 1330/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 9/9/1991, p. 12214).

No cenário desse sistema de distribuição do ônus da prova, a doutrina aponta a impossibilidade de se admitir a produção das chamadas **prova diabólica** e **prova duplamente diabólica**. Nesse passo, a **prova diabólica** é aquela prova impossível ou excessivamente difícil de ser produzida, a exemplo da prova de fato negativo. Ela é vedada expressamente pelo CPC (art. 373, § 2º) e, de forma implícita, pela regra de distribuição do ônus da prova prevista no art. 156, *caput*, do CPP. Já a **prova duplamente diabólica** envolve situações em que a impossibilidade ou a dificuldade para a sua colheita atinge ambas as partes. São situações, pois, de inesclarecibilidade.

Mas há de se destacar a possibilidade excepcional de ocorrência de **inversão do ônus da prova no âmbito do Processo Penal**, ferramenta utilizada pelo Estado para o combate com