

RECURSOS E INSTITUTOS PRIVATIVOS DA DEFESA NO PROCESSO PENAL

Diego Fucilini¹

Resumo: O recurso, no sentido jurídico, constitui-se como um direito de qualquer uma das partes do processo de questionar e voltar-se contra uma decisão judicial que lhe seja desfavorável. Neste sentido, ao longo do presente artigo será desvelado o que concretamente significa um recurso processual, bem como alguns de seus possíveis desdobramentos. Do mesmo modo, serão abordados os institutos processuais penais cuja interposição somente é possível quando manuseada pela defesa do réu. Para cumprir tal desiderato, cujo fito é o de oferecer uma correta conceituação destes *instrumentos de defesa*, o método de pesquisa adotado foi o da revisão bibliográfica de importante parcela da doutrina processual penal e, sobretudo, da própria legislação processual penal vigente. Dessa forma, objetivou-se desvelar os pormenores e as motivações que, ao longo da história, fizeram destes importantes institutos processuais penais artifícios exclusivos da defesa.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. *Favor Rei*. Ampla defesa. *In dubio pro reo*. Constituição.

Abstract: The appeal constitutes a right of any party to the process to question and turn against an unfavorable judicial decision. In this sense, throughout this article, it will be unveiled what concretely means a procedural appeal, as well as some of its possible consequences. In the same way, criminal procedural institutes whose interposition is only possible when handled by the defendant's defense will be addressed. To fulfill this aim, the research method adopted, whose purpose is to offer a correct conceptualization of these instruments, occurred primarily through the bibliographic review of part of the criminal procedural doctrine and, above all, the penal procedural legislation in force in the country. Thus, the objective was to reveal the details and motivations that, throughout history, made these important criminal procedural institutes exclusive devices of defense.

Keywords: Criminal Procedural Law. *Favor Rei*. Wide defense. *In dubio pro reo*. Constitution.

1. INTRODUÇÃO

Juridicamente, recursos são conhecidos como um direito do qual dispõem as partes de um processo e que lhes dá a possibilidade de questionar uma decisão judicial que lhe

¹Diego Fucilini é advogado criminalista, graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal e membro da Associação Brasileira de Advogados Criminalistas (ABRACRIM).

Currículo lattes:<http://lattes.cnpq.br/2676867628002349>

Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

tenha sido desfavorável. Neste sentido, os recursos são oponíveis por ambas as partes do processo e, precipuamente quando se fala em processo penal, vale destacar, os recursos são cabíveis tanto quando promovidos pela defesa, quanto quando promovidos pela acusação.

No entanto, neste artigo não serão abordados todos os recursos cabíveis em um processo penal, até mesmo porque o objetivo aqui traçado é bastante delineado e tem um lado bastante claro no jogo processual: o da defesa criminal. Assim, oportuno destacar que serão aqui abordados os recursos privativos da defesa e também os demais institutos processuais que podem ser manuseados tão somente pela Defesa em um processo criminal.

Pari passu, serão tratados ao longo do presente artigo, para além do conceito do que exatamente vem a ser um recurso no sistema processual, alguns de seus desdobramentos possíveis e que somente são oponíveis a uma decisão judicial quando manuseados/arguidos pela defesa do réu. São estes recursos e institutos processuais penais, os chamados *embargos infringentes e de nulidade*, a *proibição da reformatio in pejus*, a *permissão da reformatio in melius*, a *revisão criminal exclusivamente pro reo*, a regra de interpretação da prova do *in dubio pro reo*, a *absolvição por falta de provas* e a *admissibilidade de provas ilícitas a favor do réu*.

Para tanto, o método de pesquisa utilizado, com vistas a oferecer uma correta conceituação destes institutos, ocorreu por meio de uma pesquisa amparada na revisão bibliográfica, galgada na boa doutrina processual penal e, em especial, da própria legislação processual penal vigente no país. Dessa forma, vislumbrou-se poder desvelar os pormenores das motivações por trás destes tão importantes institutos processuais penais exclusivos da defesa.

2. RECURSO

O recurso se constitui como um direito de qualquer uma das partes do processo de questionar e voltar-se contra uma decisão judicial. Neste sentido, os recursos se tratam de uma faculdade de que dispõem as partes de uma relação processual para que uma decisão judicial que lhe foi injusta ou desfavorável seja revisada por instância jurisdicional superior àquela que proferiu tal decisão.

Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Na doutrina encontra-se respaldo a tal assertiva. Para NUCCI, recurso é um “direito que possui a parte, na relação processual, de se insurgir contra as decisões judiciais,” de modo que possa requerer a “revisão, total ou parcial, em instância superior” àquela que a proferiu. Assim, para o autor, recurso é uma “manifestação natural de inconformismo da parte com a decisão proferida pelo juiz”, motivo pelo qual, em geral, os recursos devem ser voluntários, tempestivos e taxativos (NUCCI, 2016, p. 503).

Conforme LOPES JR. (2014. p. 858), “o fundamento do sistema recursal gira em torno de dois argumentos: falibilidade humana e inconformidade do prejudicado (até porque, consciente da falibilidade do julgador)”. Para este autor, o conceito de recurso está vinculado “à ideia de ser um meio processual através do qual a parte que sofreu o gravame solicita modificação [...] ou a anulação de uma decisão judicial [...] no mesmo processo em que ela foi proferida” (Ob. Cit., p. 859).

Afora isso, é consabido que os recursos são verdadeiros remédios “contra as decisões judiciais” (GRINOVER, 2009. p. 26). Assim, impende destacar que por meio dos recursos “não se instaura uma nova relação processual (um *novo processo*)”, uma vez que pelo recurso se opera “um mero prosseguimento da relação processual já existente” (Ob. Cit., p. 27). Neste sentido, os recursos serão sempre anteriores “à formação da coisa julgada” (Ob. cit., p. 26), de modo que um dos traços distintivos entre os recursos e as “*ações autônomas de impugnação*” é justamente “o fato de que as últimas se dirigem contra decisões já passadas em julgado”, enquanto “os primeiros são exercíveis antes do trânsito em julgado”, pois seu fito é “exatamente” o de “obstá-lo” (Idem, *ibidem*).

Dito isso, pode-se conceituar o recurso como:

O meio voluntário de impugnação de decisões, utilizado antes da preclusão e na mesma relação jurídica processual, apto a propiciar a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão. (GRINOVER, Ob. cit., p. 27)

Muito importante referir, neste ponto, que “exatamente por se tratar de meios *voluntários* de impugnação, os recursos, quanto à sua interposição, configuram um *ônus processual*”, pois representam “uma faculdade” que ao não ser “exercida” pode vir a “acarretar consequências desfavoráveis” (GRINOVER, Ob. cit., p. 28). Nesta toada, evidencia-se que:

Aquele que não recorre, conformando-se com a decisão proferida, perde a oportunidade de obter sua reforma ou invalidação, seu esclarecimento ou integração, consolidando-se, para ele, os efeitos da decisão. (Idem, *ibidem*).

Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Portanto; quando se fala especificamente em processo penal, cabe ressaltar que as consequências da não oposição de recursos tendem a ser predominantemente desfavoráveis ao réu. No entanto, como será visto adiante, o ônus de recorrer sofre uma série de atenuações, como, por exemplo, nos casos de necessidade do duplo grau de jurisdição; nos quais “a decisão poderá ser revista pelo tribunal de segundo grau”, bem como por conta da incidência do princípio do *favor rei*; que poderá “dar margem à denominada *reformatio in melius*”, que, conforme se verá adiante, resumidamente, trata-se de uma “revisão da decisão, no recurso da acusação, para favorecer o acusado, ainda que este não tenha recorrido” (Idem, *ibidem*).

3. EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE

O recurso de embargos infringentes e de nulidade está previsto no parágrafo único do art. 609 do CPP, que assim preceitua:

Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.

Segundo os autores GRINOVER, GOMES FILHO e SCARANCE FERNANDES, este recurso se trata de uma “impugnação privativa da defesa” que parece estar fundamentada “no receio de que” seja cristalizado “contra o réu, um julgamento injusto”. Assim, infere-se em decorrência da “existência de um voto mais favorável” ao réu no âmbito do acórdão - o que indicaria “que a solução dada à causa, no mínimo, não é pacífica”. Quanto à “aparente dualidade (*embargos infringentes e de nulidade*)”, os autores afirmam que, apesar disso, trata-se de um único recurso cuja distinção se explica em decorrência da “natureza da matéria debatida: material ou exclusivamente processual”(GRINOVER, 2009, p. 163).

Os embargos infringentes e de nulidade possibilitam que, através da ampliação da “composição da turma julgadora”, a fim de que a matéria objeto de divergência seja reexaminada, a situação do acusado seja melhorada – caso prevaleça “o voto divergente” (Ob. cit., p.164). De tal sorte, só são oponíveis embargos infringentes e de nulidade aos

Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

“acórdãos proferidos pelos tribunais de segundo grau no julgamento de apelações ou recursos em sentido estrito” (Ob. cit. p.165).

Impende arguir que os embargos infringentes e de nulidade somente são oponíveis caso a decisão a ser embargada “tenha sido *desfavorável* ao réu e resultante de votação *não unânime* pelos integrantes da turma julgadora” (Idem, *ibidem*). Destarte, neste recurso “a matéria que pode ser impugnada” é limitada somente àquela que instaurar a divergência entre os votos (GRINOVER, Ob. cit., p.166). Portanto, “se o desacordo for *total*, integral será o reexame da matéria [...] que ensejou os embargos; se *parcial*, a impugnação [...] estará limitada ao que ficou decidido sem unanimidade” (Idem, *ibidem*).

Segundo a lição de Renato Marcão, é de suma importância notar que os embargos infringentes e de nulidade somente são oponíveis quando a “decisão não unânime proferida em 2ª instância” for *desfavorável* ao acusado (MARCÃO, p. 1323). Além disso, refere o autor que, mesmo que se fale em recursos privativos da defesa, “não há que se falar em violação ao princípio da paridade de armas”, pois a “regulamentação atende à determinação contida no art. 5º, LV, da Constituição Federal, que garante a ampla defesa [...] com todos os recursos a ela inerentes” (Idem, *ibidem*).

Por fim, como fora visto, os embargos infringentes e de nulidade constituem uma espécie de recurso que é privativo da defesa, coadunando-se à noção do princípio *favor rei*, quer seja, uma noção segundo a qual as dúvidas no processo penal necessitam ser dirimidas predominantemente de forma favorável ao réu, tendo como consequência a manutenção da presunção de inocência e seu *status libertatis*. Nessa ótica, apesar de os legitimados para interpô-lo serem o próprio réu ou seu defensor, tal fato não obsta uma possível interposição pelo próprio “*órgão do Ministério Público (no caso, a Procuradoria-Geral)*”, uma vez que é também legitimado a propor tal recurso naqueles casos em que a própria acusação visa recorrer “em favor do acusado” (GRINOVER, Ob. cit. p.166).

4. PROIBIÇÃO DA *REFORMATIO IN PEJUS*

O instituto processual da proibição da *reformatio in pejus* está expresso no art. 617 do CPP, que assim dispõe: “O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada

Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença”. Nesse sentido, segundo a trinca de seletos processualistas Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, “pelo recurso do réu e sem que haja recurso do Ministério Público, não pode ser agravada a situação do recorrente” (GRINOVER, Ob. cit., p. 39).

Para GRINOVER, GOMES FILHO e SCARANCE FERNANDES, a *reformatio in pejus* significa uma “diferença para pior, entre a decisão recorrida e a decisão do recurso”. Dessa forma, nem mesmo aquelas matérias que o juiz deve conhecer de ofício (p.e., nulidades absolutas) podem ensejar que “o recurso do réu” sirva “para o reconhecimento de nulidade que prejudique a defesa” (Idem, ibidem).

Sob outro prisma, Edilson Mougenot Bonfim concatena a vedação da *reformatio in pejus* à impossibilidade de que “o juízo *ad quem*” decida “fora dos limites pugnados pelo réu em sua apelação, *ultra* ou *extra petitum*”, pois, caso o réu tivesse sua pena agravada, “haveria afronta ao princípio *tantum devolutum quantum appellatum*”. Assim, para BONFIM, mesmo quando se trate de “hipótese de erro de procedimento”, a decisão não pode piorar a situação do acusado (BONFIM, 2012, p. 872).

Mauro Fonseca Andrade dita que a proibição da *reformatio in pejus* decorre diretamente do princípio do *favor rei* e funciona como uma de suas garantias, através da qual se busca “evitar” que o acusado venha a ser surpreendido pela modificação para pior de “um dos pontos da sentença”, isto é, ter sua situação agravada pela nova decisão. Tal lógica advém do fato de que, caso um recurso do próprio acusado visando a atenuação de sua condenação pudesse ser convertido de forma a lhe prejudicar, tal possibilidade “converteria os membros do tribunal em mais acusadores do que o próprio acusador” (ANDRADE, 2013, p. 191).

Convém mencionar que há, ainda, a proibição da chamada *reformatio in pejus* indireta, que, conforme GRINOVER, GOMES FILHO e SCARANCE FERNANDES (Ob. cit., p. 41), funciona da seguinte forma:

[Nos] casos em que a sentença venha a ser anulada, por intermédio de recurso do réu [...] o juiz que vier a proferir nova decisão, em lugar da anulada, ficará vinculado ao máximo da pena imposta na primeira sentença, não podendo agravar a situação do réu. Se o fizesse, argumenta-se, estaria ocorrendo uma *reformatio in pejus* indireta.

Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

No entanto, os referidos autores alertam para o fato de que a doutrina e jurisprudência não seguem essa mesma orientação nos casos em que se trata “de anulação de sentença proferida pelo Tribunal do Júri”, pois se tem o entendimento de que “a regra não pode limitar a soberania do tribunal popular que volte a julgar a causa” (GRINOVER, 2009, p. 42). Também nesse sentido, não haveria tal “proibição para o agravamento” nos casos em que o processo é “anulado por incompetência absoluta do julgador e, sobretudo nos casos de incompetência constitucional”, já que, nestes casos, acarretaria a “inexistência jurídica da sentença, pois a decisão foi proferida por órgão desvestido do poder de julgar” (Idem, ibidem).

Finalmente, segundo o autor italiano Gilberto Lozzi, a explicação para a proibição da *reformatio in pejus* somente pode decorrer da incidência do princípio do *favor rei* (LOZZI, 1968, p. 115). Segundo o autor italiano, especialmente porque somente este princípio é capaz de “*giustificare le eccezioni che l'istituto in esame aporta ad alcuni principi fondamentali*”² (LOZZI, Ob. ci., p. 115).

5. PERMISSÃO DA *REFORMATIO IN MELIUS*

Diametralmente oposta à noção da *reformatio in pejus* é a noção da chamada *reformatio in melius*. Para Edilson Mougnot Bonfim, a *reformatio in melius* possui explicação “ao inverso do que se pensaria quando o apelo advém exclusivamente da acusação”, pois possibilita que o “órgão jurisdicional superior” absolva ou minore a pena do réu, já que “não há qualquer restrição imposta pelo art. 617 do CPP, que proíbe exclusivamente a *reformatio in pejus*” (BONFIM, 2012, p. 873). Segundo BONFIM, o fundamento deste “raciocínio” centra “sua razão de ser no papel do Ministério Público como órgão acusatório do Estado”, já que, por ser também o órgão responsável pela fiscalização da “correta aplicação da lei”, em tese, não haveria por parte dele “interesse na manutenção de uma sentença injusta” (Idem, ibidem).

Em contrapartida, para GRINOVER, GOMES FILHO e SCARANCE FERNANDES, *reformatio in melius* é uma denominação imprópria, “pois se trata sempre de *reformatio in pejus* para o recorrente”, neste caso, o “órgão da acusação” (GRINOVER,

²“Justificar as exceções que o instituto em questão traz para alguns princípios fundamentais” in LOZZI, Ob. ci., p. 115. Tradução nossa.

Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

2009, p. 40). Seja como for, através da *reformatio in melius* se pode incorrer na situação de o recurso interposto pela acusação beneficiar o réu. Essa lógica, segundo os autores, é inspirada nos princípios do “*favor rei* ou *favor libertatis*”, já que a previsão do art. 617 do CPP parece ter sido ditada “apenas para beneficiar a defesa” (Idem, *ibidem*).

Segundo ANDRADE, a *reformatio in melius* “se caracteriza [...] pela possibilidade do tribunal *ad quem* reformar a decisão do primeiro grau de jurisdição em benefício do acusado” (ANDRADE, 2013, p. 191). Assim, o tribunal pode utilizar tanto o recurso interposto pelo réu, ou até mesmo o recurso interposto pela acusação, “para fazer reformas que beneficiarão o acusado, ainda que elas não hajam sido requeridas por quem recorreu” (Idem, *ibidem*).

Consoante ANDRADE, o “fundamento para a existência” da *reformatio in melius* reside no fato de que ao Estado não interessa desrespeitar “as regras do direito processual”, até porque foram “criadas por ele mesmo”. Portanto, a garantia da *reformatio in melius*, para além de configurar um “privilégio”, “deve ser entendida como uma garantia do acusado contra os eventuais abusos ou omissões do Estado-perseguidor ou do Estado-jurisdição” (Idem, *ibidem*).

6. REVISÃO CRIMINAL EXCLUSIVAMENTE *PRO REO*

Conforme infere o célebre jurista italiano Giuseppe Bettiol, “el proceso penal por naturaleza tende a una sentencia”³ (BETTIOL, 1977, p. 272). Assim, toda a ação penal, esteja pedindo a condenação do acusado, esteja pedindo sua absolvição, “encuentra su consunción em una decisión del magistrado que decide sobre los hechos de que se han tratado”⁴ (Idem, *ibidem*). Sabendo-se que a sentença é obra de um ser humano e que, por isso mesmo, pode estar equivocada, isto é, ser injusta, há a possibilidade de sua revisão que, em muitos casos funciona como um verdadeiro remédio. Contudo; BETTIOL (Ob. cit., p. 272) assevera:

Del principio de la inmutabilidad de la cosa juzgada penal deriva una regla muy importante: la del *ne bis in idem* que encierra una verdadera y propia preclusión, por la que, en el supuesto de la identidad del hecho no se puede ser juzgado

³“O processo penal, por natureza, tende a uma sentença” in BETTIOL, 1977, p. 272. Tradução nossa.

⁴“Encontra sua consumação em uma decisão do magistrado que decide sobre os fatos ali tratados” in BETTIOL, Ob. cit. Tradução nossa.

Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

una segunda vez por el mismo hecho y, por tanto, resumir la condición de imputado.⁵

Tratando especificamente do direito pátrio, indica-se que a coisa julgada está guarnecida no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal de 1988, que afirma, *in verbis*: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Convém, desde logo, frisar que sua importância é imensa, já que a coisa julgada representa uma “exigência essencial à segurança jurídica” (GRINOVER, 2009, p. 237).

Historicamente a revisão criminal de processos findos foi instituída no Brasil pelo art. 9º, III, do Decreto 848 de 11 de outubro de 1890. Este decreto atribuía competência ao Supremo Tribunal Federal (STF) para “proceder á revisão dos processos criminaes em que houver sentença condemnatoria definitiva”.

Desde então, conforme GRINOVER, GOMES FILHO e SCARANCE FERNANDES, a revisão criminal “foi sempre contemplada em nível constitucional” e, ainda que não esteja “incluída no capítulo atinente aos direitos e garantias fundamentais, guarda sem dúvida natureza de ação constitucional”, sendo “considerada tradicionalmente direito fundamental do condenado” (GRINOVER, 2009, p. 238). Além disso, e de acordo com o assunto até aqui tratado, a revisão criminal é “tradicionalmente” um “remédio exclusivo da defesa” (Idem, *ibidem*).

Hodiernamente, a revisão criminal está indicada em âmbito constitucional no art. 102, I, j, que afirma competir ao STF “processar e julgar, originariamente”, os casos de “revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados”. No CPP a revisão criminal está assentada num rol de nada menos do que dez artigos, precipuamente os arts. 621 à 631 do *códex* processual.

As lições de GRINOVER, GOMES FILHO e SCARANCE FERNANDES indicam que toda “atividade jurisdicional” está sujeita a erros, afinal, está-se falando de uma atividade humana e, por isso mesmo, “inseparável do erro” (GRINOVER, *Ob. cit.*, p. 238). Dessa forma, entende-se que o fundamento da utilização da revisão criminal voltada a defender exclusivamente os interesses do réu é um argumento político. Segundo os

⁵ “Do princípio da imutabilidade da coisa julgada penal deriva uma regra muito importante: a do *ne bis in idem* que contém uma verdadeira e específica preclusão, a partir da qual um imputado julgado por um determinado ato, não pode ser julgado uma segunda vez pelo mesmo ato e, portanto, retomar o status de acusado” *in* BETTIOL, *Ob. cit.* p. 272. Tradução nossa.

Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

referidos autores, “o drama” vivido pelo réu por ter um processo penal voltado contra si já se trata de “um castigo”, assim, por manifestação do “princípio do *favor revisionis* (desdobramento daquele do *favor rei*)”, se pode chegar à conclusão de que “o réu absolvido não pode ser submetido a novo julgamento” (Idem, *ibidem*).

Segundo o processualista Aury Lopes Junior, a revisão criminal é erroneamente tratada pelo CPP junto aos recursos (LOPES JR., 2014, p. 969). Assim, também como para GRINOVER, GOMES FILHO e SCARANCE FERNANDES (2009, p. 239), trata-se, na verdade, de “uma ação de impugnação”, cuja “competência originária” pertence aos tribunais, não sendo, portanto, um recurso (LOPES JR., *Ob. cit.*).

Além disso, de acordo com LOPES JR., a revisão criminal, por ser um “meio extraordinário de impugnação [...] que se destina a rescindir uma sentença transitada em julgado”, não se submete a prazos e nem é atingida pela coisa julgada. Desse modo, pode-se concluir que a revisão criminal se situa “numa linha de tensão entre a “segurança jurídica” instituída pela imutabilidade da coisa julgada e a necessidade de desconstituí-la em nome do valor da justiça” (Idem, *ibidem*).

Impende, porém, indicar que a revisão criminal somente tem cabimento diante de alguns pressupostos. Desse modo, a partir da lição de Norberto Avena, indica-se que esses pressupostos são:

(i) A *existência de decisão judicial condenatória*: pois “não se admite a utilização da revisão criminal nem de qualquer outra via impugnativa para a desconstituição da sentença absolutória” (AVENA, 2014, p. 1.210);

(ii) A *Ocorrência do trânsito em julgado*: porque só se busca a revisão daquela “decisão contra a qual já estiverem preclusas todas as vias recursais” (AVENA, *Ob. cit.*, p. 1.212), conforme expressa o art. 625, § 1º, do CPP: “O requerimento será instruído com a certidão de haver passado em julgado a sentença condenatória e com as peças necessárias à comprovação dos fatos arguidos”,

Convém salientar, ao fim, que a utilização da revisão criminal necessita respeitar as hipóteses de cabimento previstas no art. 621 do CPP. Desse modo, a ação de revisão só prosperará caso sejam identificadas as situações legais que a autorizam, quais sejam: (I) “quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos”; (II) “quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou

documentos comprovadamente falsos”; e, por fim, (III) “quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena”.

7. REGRA DE INTERPRETAÇÃO DA PROVA DO *IN DUBIO PRO REO*

A regra do *in dubio pro reo*, hodiernamente conhecida através do adágio popular que afirma ser “melhor absolver um culpado do que condenar um inocente”, deita raízes no *Digesto*, funcionando na época do Direito Romano através do brocardo “*status esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari*”⁶ (MAIER, ob. cit., p. 494). Já no Direito Canônico imperava “la máxima “*actore non probante reus absolvitur*”” que, mais tarde, segundo o renomado jurista argentino Júlio B. J. Maier, sob a égide do Inquisitivismo foi trasladada e desfigurada para a noção do “*innocens praesumitur, cuius nocentia non probatur, Omnis praesumitur bonus nisi probetur malus*” (Idem, ibidem).

Conforme MAIER, ainda que se discuta o verdadeiro nascimento da máxima do *in dubio pro reo*, a sua concepção atual é fruto do Iluminismo, “cristalizado en la presunción de inocencia declamada por el art. 9 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano”⁷(MAIER, Ob. cit., p. 495). Assim, para o autor o conteúdo de tal princípio está galgado na ideia de que “la exigencia de que la sentencia de condena y, por end, la aplicación de una pena sólo puede estar fundada en la certeza del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado”⁸ (Idem, ibidem).

Para Giuseppe Bettiol “la regla *in dubio pro reo* no se refiere sólo en concreto a la interpretación de la norma penal”⁹, pois o *favor rei* já inspira sempre a interpretação da norma de forma mais favorável ao acusado (BETTIOL, 1977, p. 266). Dessa forma, segundo o autor italiano, o *in dubio pro reo* reconduz à noção de ônus da prova, encontrando sua aplicação

⁶“É preferível deixar impune um culpado por um fato punível do que prejudicar a um inocente” in MAIER, ob. cit., p. 494. Tradução nossa.

⁷“Cristalizado na presunção de inocência declamada pelo art. 9 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” in MAIER, Ob. cit., p. 495. Tradução nossa.

⁸“A exigência de que a sentença de condenação e, em última análise, a aplicação de uma pena somente pode estar fundada na certeza do tribunal sobre a existência de um ato punível atribuível ao acusado” in MAIER, 1996, p. 495. Tradução nossa.

⁹ “A regra do *in dubio pro reo* não se refere somente à interpretação da norma penal” in BETTIOL, 1977, p. 266. Tradução nossa.

Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

exatamente quando o fato permanecer incerto e, conseqüentemente, não conseguir ser provado pela acusação (Idem, ibidem).

Mauro Fonseca Andrade aduz que o princípio do *in dubio pro reo et contra civitatem*, em conjunto com a presunção de inocência, constitui um “dever do acusador de demonstrar cabalmente a veracidade de sua acusação” (ANDRADE, 2013. p. 187). Por derivar “da carga da prova acusatória”, esta garantia visa impedir que “uma simples acusação não comprovada” produza “preconceitos sociais e os mesmo efeitos de uma sentença condenatória imodificável” (Idem, ibidem).

Nesse mesmo matiz é a doutrina de Aury Lopes Junior, para quem “ao lado da presunção de inocência, como critério pragmático de solução da incerteza (dúvida) judicial, o princípio do *in dubio pro reo* corrobora a atribuição da carga probatória” à acusação, reforçando a “regra de julgamento” segundo a qual não se deve “condenar o réu sem que sua culpabilidade tenha sido suficientemente demonstrada” (LOPES JR., 2014. p. 398). Sendo assim, caso a acusação não logre êxito em provar ao julgador a autoria e a materialidade do fato, imputando-a ao acusado, sua “absolvição é imperativa” (Idem, ibidem).

Vicente Greco Filho, a seu turno, leciona que “a regra de apreciação da prova *in dubio pro reo*” determina que em caso de “dúvida quanto à situação de fato, a conclusão deve ser absolutória” (GRECO FILHO, 2012. p. 105). Sustenta o autor que “se fosse possível condenar sem provas suficientes” cairia-se na vala de uma “condenação sem fundamentação” condicionada a uma “atuação arbitrária da justiça penal” (Idem, ibidem).

No direito pátrio a regra do *in dubio pro reo* está insculpida no art. 386, VII, do CPP, que impele que deverá o juiz absolver o réu quando “não existir prova suficiente para a condenação”. Em termos práticos, não logrando a acusação demonstrar a materialidade e autoria do crime, impõe-se a absolvição, donde, *in dubio pro reo*.

Portanto, segundo BETTIOL, “nunca, cuando es incierto el hecho, podrá tener lugar una sentencia de condena”¹⁰. Neste caso, o juiz deve absolver o réu através de uma sentença de absolvição por insuficiência de provas (BETTIOL, Ob. cit. p. 266).

¹⁰“Sendo o fato incerto, nunca poderá ser proferida uma sentença condenatória” in BETTIOL, 1977, p. 266. Tradução nossa.

8. A ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS

A absolvição pela falta de provas está prevista no art. 386 do CPP, mais claramente nos incisos II, V e VII. Esse mesmo dispositivo legal consagra também outras regras para absolvição do acusado inspiradas no princípio do *favor rei*, dentre elas a que já fora vista no tópico anterior a respeito da absolvição por insuficiência de provas decorrente do critério do *in dubio pro reo*.

A dicção do art. 386 do CPP revela o dever do juiz absolver o réu quando, conforme seu inciso II, for reconhecida “não haver prova da existência do fato”; conforme o inciso V, “não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal”; e de acordo com o inciso VII, já tratado, “não existir prova suficiente para a condenação”. Portanto, assume-se que nestes casos a absolvição por falta de provas se faz impositiva.

Conforme Edilson Mougenot Bonfim, no caso do inciso II, trata-se da hipótese de que embora “fato criminoso” possa “ter existido”, não há, contudo, “prova de sua ocorrência” (BONFIM, 2012. p. 563), motivo pelo qual o réu deve ser absolvido. Na hipótese do inciso V, não há demonstração de “ter o acusado, de qualquer forma, concorrido para a prática da infração penal” (Idem, ibidem).

Quanto ao inciso VII, anota BONFIM, que esta “hipótese representa a aplicação do princípio do *favor rei*”, haja vista que a “produção de prova da autoria e materialidade do crime cabe à acusação” (Idem, ibidem), conforme visto no tópico anterior. Entende-se, ainda, que todos os incisos tratados detêm em si uma inferência ao princípio do *favor rei*, motivo pelo qual a absolvição do réu é imperiosa.

No entanto, “em todas essas situações o juiz penal não fechou questão em torno do fato existir ou não”, pois mesmo tendo absolvido o réu, não “afastou, por completo, a autoria [...] assim como não considerou lícita a conduta” (NUCCI, 2016, p. 153). Portanto, como preceitua Guilherme de Souza Nucci, há a possibilidade de propositura de ação civil *ex delicto*, já que a absolvição por falta de provas não configura “impedimento à indenização civil” (Idem, ibidem).

Também neste sentido GRECO FILHO, que indica que em que pese “a absolvição por falta de provas” poder deixar “questões remanescentes”, estas não são de “competência do juiz criminal” (GRECO FILHO, 2012. p. 519). Por este motivo, portanto, dão ensejo à propositura de “ação adequada no juízo cível, inclusive quanto ao aspecto da

Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

reparação do dano moral” e, além disso, “a absolvição por falta de provas impedirá qualquer nova ação penal sobre o mesmo fato” (Idem, *ibidem*).

Quanto aos efeitos da sentença absolutória por falta de provas concernentes ao réu, estes estão previstos no parágrafo único do art. 386. Dessa forma, como preceitua o referido dispositivo legal, *in verbis*, “na sentença absolutória, o juiz: I – mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade; II – ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas;” e “III – aplicará medida de segurança, se cabível”.

Por derradeiro, conforme BETTIOL (1977, p. 266), o ônus da prova no processo penal incumbe ao órgão acusador (MP) e milita em benefício do acusado. Assim, parece um tanto quanto lógico que a falta de provas enseje sua absolvição. Nesse sentido, infere-se que a ausência de provas deve inexoravelmente converter-se na absolvição do acusado por nítida manifestação do princípio do *favor rei*.

9. ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS A FAVOR DO RÉU

Em que pese o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, também chamado princípio da vedação das provas obtidas por meios ilícitos, emanar do art. 5º, LVI, da CF/88, que preceitua serem “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, esta vedação é mitigada por uma inspiração do princípio do *favor rei*. Nesse sentido, como se verá, mesmo as provas obtidas de forma ilícita são admitidas no processo quando sua utilização puder beneficiar o réu.

Dita Renato Brasileiro de Lima que, muito embora esteja prevista “a inadmissibilidade da utilização no processo de provas obtidas por meios ilícitos [...]”, não há na CF/88 conceituação do que são provas ilícitas, nem mesmo “regramento legal acerca das consequências de sua utilização no processo” (LIMA, 2017. p. 621). A esse respeito, impende mencionar que Aury Lopes Jr. aduz não passar o inciso LVI do art. 5º da CF/88 de “uma norma geral, que simplesmente menciona “processo””, sem nem ao menos “fazer qualquer distinção entre processo civil e penal” (LOPES JR., 2014. p. 427). Não obstante a isso, o CPP foi atualizado neste sentido e, desde a inclusão feita pela lei 11.690, de 2008, seu art. 157 também informa que:

Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

[...]

Assim, segundo LOPES JR., “devem-se distinguir prova ilegal, ilegítima e ilícita”, sendo a prova ilegal “gênero, do qual são espécies a: (i) *prova ilegítima*: que vem a ser a prova decorrente da “violação de uma regra de direito processual penal no momento de sua produção em juízo”, ocorrendo, portanto, dentro do processo; (ii) *prova ilícita*: é aquela que decorre da violação de “regra de direito material” ou da própria Constituição “no momento da sua coleta”, sendo, portanto, anterior ou concomitante ao processo” e sempre externa a ele (LOPES JR., Aury. 2014, p. 428).

Nesse mesmo sentido, LIMA preceitua que “a prova será considerada ilegal sempre que sua obtenção se der por meio de violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento” jurídico, seja “natureza material ou processual”. Assim, as provas que forem obtidas ilegalmente são o gênero, “do qual são espécies as provas obtidas por meios ilícitos e as provas obtidas por meios ilegítimos” (LIMA, 2017. p. 621).

Também desse modo refere SCARANCA FERNANDES, quando leciona que “a prova ilegal consiste em violação de qualquer vedação constante do ordenamento jurídico” (FERNANDES, 2010, p. 82). Fornecendo uma necessária distinção entre prova ilegal e prova ilegítima, sinteticamente assinala o autor que a prova ilícita decorre de ofensa à “norma substancial”, enquanto a prova ilegítima decorre do não atendimento de “preceito processual” (Idem, ibidem).

De qualquer forma, embora o legislador constituinte tenha vedado de forma expressa a admissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos no processo, tem sido acolhida a chamada “teoria da proporcionalidade” (FERNANDES, Ob. Cit., p. 83). Segundo esta teoria, objetiva-se atenuar a rigidez do disposto no art. 5º, LVI da CF/88,

Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

sempre que “a ofensa a determinada vedação constitucional” promover a “proteção de valor maior também garantido pela Constituição” (Idem, *ibidem*).

Portanto, para SCARANCA FERNANDES a “prova ilícita *pro reo*” se fundamenta na imposição de outro princípio constitucional: o da ampla defesa (FERNANDES, Ob. cit., p. 85). Segundo o autor, do choque entre as garantias constitucionais da vedação da prova ilícita e da ampla defesa, a ampla defesa tem prevalência a fim de garantir ao acusado a utilização, como preceitua o art, 5º, LV, da CF/88, de todos “os meios e recursos a ela inerentes” (Idem, *ibidem*).

LOPES JR. é mais categórico quanto ao tema: a prova ilícita só pode ser “admitida e valorada” em “favor do réu”, pois “na ponderação entre o direito de liberdade de um inocente” e o “eventual” sacrifício de qualquer outro direito “na obtenção da prova (dessa inocência)” (LOPES JR., 2014. p. 430), deverá prevalecer o direito à liberdade. Para este autor, a validade de tal asserção se resguarda no fato de que na “obtenção (ilícita) da prova” o réu estaria “acobertado pelas excludentes da legítima defesa ou do estado de necessidade” (LOPES JR., Ob. cit., p. 431).

E, finalmente, conforme SCARANCA FERNANDES, a admissibilidade de provas ilícitas *pro reo* se fundamenta no fato de que “seria inaceitável” se conceber uma condenação baseada na impossibilidade de o réu demonstrar sua inocência se não através “de prova obtida de forma ilícita” (FERNANDES, 2010, p. 84). Portanto, não seria justificável a “condenação [...] de uma pessoa quando há nos autos prova de sua inocência, ainda que tenha sido obtida por meios ilícitos” (FERNANDES, Ob. Cit., p. 85).

CONCLUSÃO

Como se viu ao longo do presente artigo, o processo penal é permeado pela incidência do princípio do *favor rei*. Exatamente por isso, a fim de contrabalançar as parcas forças que tem um acusado e sua beligerante defesa frente ao poderio do Estado, é que exsurge da manifestação de tal princípio uma noção humanizada do processo penal, de modo a assegurar que o réu tenha maiores possibilidades de comprovar sua inocência.

Tal propósito, ao contrário do que possa parecer, não fere a paridade de armas, haja vista que há uma clara posição de desvantagem do réu no curso do processo penal. Assim sendo, não se vislumbra uma situação de disparidade diante dos recursos e institutos

Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

processuais privativos da defesa, pois há de se lembrar que a acusação é exercida pelo Ministério Público - órgão estatal que possui todo o aparato e estrutura disponível para municiá-lo com argumentos favoráveis à obtenção da condenação do réu.

Nesse sentido, a análise de recursos e institutos privativos da defesa no curso do processo penal aqui desvelados, demonstra que o objetivo desta *exclusividade* processual não configura um privilégio ou uma vantagem ao réu. A bem da verdade, recursos como o de embargos infringentes e de nulidade, assim como os demais institutos que asseguram direitos exclusivos à defesa do acusado, meramente conotam uma *compensação* processual cujo fito é a proteção de um dos bens jurídicos mais caros à humanidade: o direito à liberdade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 2ª edição. Curitiba : Juruá, 2013.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal: esquematizado* / Norberto Avena. 6.ª ed. – Rio de Janeiro: Forense.2014.

BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*. Traducción de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi. BOSCH, Casa Editorial, S. A., Barcelona. 1977.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Código de processo penal anotado*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 06 jun. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 06 jun. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 848 de 11 de outubro de 1890*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848impressao.htm>. Acesso em 06 de junho de 2022.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5. ed. rev .. ampl. E atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

LOZZI, Gilberto. *Favore Rei e Processo Penale*. Milano: Giuffrè, 1968.

MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal*. 2. ed. – Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires. 1996.

MARCÃO, Renato. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.