

O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL: AFINAL, DEVE O RÉU PROVAR ALGO?

THE BURDEN OF PROOF IN CRIMINAL CASE: AFTER ALL, SHOULD THE DEFENDANT PROVE SOMETHING?

Bruno Pereira Marques

RESUMO

A prova tem a finalidade de trazer uma verdade capaz de convencer o juiz. Por sua vez, ônus da prova aparece como forma de indicar a quem incumbe demonstrar que fatos, bem como incentivar a produção da prova, a fim de o responsável não sofrer as consequências da inércia. Nessa linha, o sistema acusatório preponderante na fase processual da persecução criminal figura como elemento que permite identificar o ônus de cada parte, indicando ainda o Ministério Público claramente como parte em razão de formular a pretensão acusatória. A previsão legal de distribuição do ônus da prova no processo penal não possui aprofundamento suficiente, servindo a doutrina do tratamento dado ao processo civil. Por sua vez, o princípio da presunção de inocência e o princípio do *in dubio pro reo* são elementos primordiais para entender a distribuição do ônus da prova no processo penal. Considerando a previsão de quem afirma tem que provar, deve a acusação provar a autoria e a prática do crime. E, tendo em vista que crime é o fato típico, antijurídico e culpável, esses elementos devem ser provados pelo acusador, não sendo imposto ao réu provar excludentes de antijuridicidade e culpabilidade eventualmente invocadas, de onde se infere que inexistente ônus probatório para o réu.

PALAVRAS-CHAVE: Prova; Ônus da prova; *In dubio pro reo* e presunção de inocência; distribuição do ônus da prova no processo penal.

ABSTRACT

The evidence aims to bring a true able to convince the judge . In turn, the burden of proof appears as a way to indicate who bears demonstrate that facts and encourage the production of evidence in order to be responsible not suffer the consequences of inertia . In this line , the dominant adversarial system in the procedural stage of criminal prosecution as a figure element that identifies the burden of each party , further indicating the Public Prosecution Service clearly as part owing to formulate a libelous claim . The legal provision for distribution of the burden of proof in criminal proceedings does not have enough depth , serving the doctrine of the treatment given to civil procedure . In turn , the presumption of innocence and the principle of *in dubio pro reo* are key elements to understand the distribution of the burden of proof in criminal proceedings. Considering the prediction whose asserts must prove, the prosecution must prove the authorship and the practice of the crime . And , considering that crime is typical juridical impermissible and culpable fact , these elements must be proved by the accuser , not being imposed on the defendant to prove juridical impermissibility and culpability exclusionary eventually invoked, of where it is inferred that there is no evidential burden to the defendant.

KEYWORDS: Evidence; burden of proof; *in dubio pro reo* and presumption of innocence; distribution of the burden of proof in criminal proceedings.

1. INTRODUÇÃO

Tema de suma importância no processo penal, a questão do ônus da prova ainda provoca sérias discussões, e em especial no tocante ao ônus da prova. A importância decorre da óbvia conclusão de que a análise do ônus da prova permite identificar qual dos atores processuais tem a incumbência de comprovar quais fatos além de conferir ao julgador uma regra para proferir seu julgamento sem esbarrar no *non liquet*.

Antecedente da questão da distribuição do ônus da prova, a finalidade a que se propõe a produção da prova é de grande relevância, posto conferir concretude às consequências advindas da não desincumbência de tal ônus. E, a última análise importante a ser feita antes de aferir a distribuição é a própria definição de ônus da prova, junto com a natureza processual da participação dos sujeitos do processo que compõem os polos ativo e passivo.

Com essas bases, parte-se para a análise da distribuição do ônus da prova no processo penal, observando os princípios constitucionais atinentes à matéria, bem como o que cada sujeito processual possui interesse em demonstrar.

Desses elementos, analisando o que cada sujeito processual tem que provar e as eventuais consequências da inércia torna-se possível extrair a distribuição do ônus da prova no processo penal, e, principalmente, qual é o ônus probatório do réu, objetivo pretendido no presente trabalho.

2. O OBJETIVO DA PROVA

Antes de adentrar ao tema do ônus da prova no processo penal, de curial importância destacar o que se pretende quando se fala em prova. A prova no direito processual tem como finalidade conferir certeza às afirmações formuladas pelas partes. Por meio da prova, os fatos alegados são extraídos do campo dos acontecimentos e trazidos ao processo, a fim de que seja possível a reconstrução e reprodução dessas alegações, permitindo aferir sua compatibilidade com o Direito.

Partindo da premissa de que o Direito é um sistema fundado em linguagem, somente é possível ter como objeto de incidência aquilo que for vertido em linguagem – e na linguagem própria do direito. Nessa linha, é possível, em sede processual, perceber dois momentos distintos de atuação das partes: o momento quando são apresentadas as

alegações em juízo que sustentem seu pedido e o momento em que essas alegações são comprovadas.

A formulação das alegações não apresenta qualquer dificuldade linguística, cabendo ao Estado-Juiz apenas aferir se a pretensão arguida possui sustentáculo no ordenamento jurídico.

Por sua vez, a comprovação das alegações se mostra atividade causadora de maiores problemas. Em primeiro lugar, por se tratar de algo ocorrido no passado, não é possível trazer os fatos para o processo. O que se faz é apresentar elementos que possam resgatar e permitir a reprodução linguística do afirmado. Contudo, esses elementos dependem de que tenha sido deixadas marcas capturáveis. Ou seja, somente aqueles fatos que deixaram rastros é que se conseguem provar.

Outro problema é que os fatos ocorridos se encontram em linguagem distinta da linguagem utilizada para se operar com o Direito. Tendo os fatos ocorridos no mundo natural, forçoso é que se proceda à conversão dos elementos porventura deixados no campo fenomênico para linguagem acessível ao Direito.

Esses obstáculos alimentam a tão badalada discussão acerca da “verdade real” em contraposição com a “verdade formal”. Todavia, trata-se de uma discussão vazia e que pode levar a conclusões sem utilidade prática ao Direito, incorporando um ceticismo que em nada contribui com a busca da verdade – sem qualquer qualificativo – que se pretende na atividade probatória e que só corrói o objetivo final da busca da verdade que é a aplicação do Direito a fim de obter uma decisão justa. E essa discussão acaba por influenciar a normatividade da atividade probatória.

A busca pelo real aplicada ao processo penal esbarra em sério obstáculo, pois “o real só existe no presente. O crime é um fato passado, reconstruído no presente, logo, no campo da memória, do imaginário. A única coisa que ele não possui é um dado de realidade.”(LOPES JR. p.586). Essa reconstrução se dá por meio das provas, que buscam traduzir em linguagem os dados ocorridos no mundo fático a fim de que sejam passíveis de análise pelo aplicador do direito. O resultado dessa operação é o que se pretende como verdadeiro.

A “verdade” no processo deve ser entendida como uma verdade *aproximativa*, de onde se pode extrair que determinada tese é mais plausível (mais próxima da verdade possível para o conhecimento humano) e preferível a outras por seu maior “poder de explicação” (sem dar preferência a uma ou outra versão dos fatos) e maior controle (passível de prova e oposição). (MACHADO, p 473).

Sob essa ótica, e diante da constatação da grande divergência acerca do que seria a verdade, para fins processuais – afinal, o processo tem por objetivo a resolução de uma demanda, e não simplesmente a busca pela verdade – importante destacar que o objetivo precípuo da prova seria a reconstrução de uma verdade capaz de convencer o juiz acerca das alegações fáticas perpetradas pelas partes no processo. A verdade aparece como o produto do convencimento do juiz após valorar as provas.

Cumprido sempre lembrar que a atuação do juiz tem por objetivo conferir concretude às consequências previstas abstratamente pelo legislador em caso de ocorrência de certo fato por esse também especificado. Nessa linha, a busca da verdade se mostra como forma de legitimar a decisão judicial, pois justamente concretiza a vontade do legislador – e, de forma mediata, da sociedade. E esse fato tem que efetivamente ter o ocorrido, a fim de que não se ponha por terra a vontade do legislador.

Desta forma, percebe-se que a questão probatória ganha imensa importância, pois é essa que fornece os elementos ao aplicador do direito elaborar a norma jurídica concreta – no caso do processo penal, a sentença.

3. O QUE É ÔNUS DA PROVA

Fixado qual é o objetivo da atividade probatória, outra questão que se levanta é acerca de quem deve provar o que. É justamente sob esse questionamento que tem vez a discussão do ônus da prova. Mas a primeira questão é: por que se fala em ônus da prova?

Fala-se em ônus da prova partindo de uma premissa privatística de que em um processo as partes não são obrigadas a produzirem qualquer prova. Assim, o ônus da prova serviria como um estímulo às partes a produzirem provas acerca de suas afirmações, pois sabedoras das consequências em caso de inércia nessa atividade. Pietro Perlingieri define ônus da seguinte maneira:

O ônus é a situação passiva na qual o titular deve comportar-se não no interesse de outrem, mas sim, próprio. O ônus é definido [...] como *obbligatio* potestativo, no sentido de que o seu titular pode realizá-lo ou não. [...] representa uma situação instrumental para alcançar um resultado útil para o titular. (PERLINGIERI, p. 698).

E, trazendo justamente o exemplo do ônus da prova, completa o professor italiano que “o adimplemento do ônus da prova não realiza um direito de outrem, mas o próprio interesse do titular” (PERLINGIERI, p. 699). Nessa linha, a distribuição do ônus da prova apresenta-se como uma norma jurídica com dupla finalidade: serve para

indicar às partes do processo quem deve provar quais alegações – o chamado ônus subjetivo – e, encerrada a atividade probatória, serve ao magistrado como forma de julgar o processo caso persista em dúvida – o chamado ônus objetivo (BADARÓ, pp. 194-195).

Essa divisão é muito marcante em uma análise mais tradicional do processo civil, onde, em regra, estamos diante de direitos disponíveis e no auge da autonomia da vontade. Sob essa perspectiva, cada parte prova o que lhe convém e suporta as consequências de eventual inércia. No processo penal, contudo, em jogo estão direitos indisponíveis – e o direito mais importante: a liberdade humana.

As regras de distribuição do ônus da prova, ainda que de grande valia, vêm perdendo escala de importância quando da análise da atividade probatória na proporção inversa em que, reconhecido o caráter público da atividade processual, vem se atribuindo ao magistrado importante atividade probatória. Não causa mais espanto, portanto, que no processo civil – o mais marcado pelo princípio dispositivo – o juiz tenha amplos poderes instrutórios para determinar diligências de ofício.

Poderes semelhantes são atribuídos ao magistrado no processo penal, cabendo-lhe não somente a presidência do processo, mas também a iniciativa probatória, a despeito das críticas severas de parte da doutrina. Aury Lopes Jr afirma que “Atribuir poderes instrutórios a um juiz – em qualquer fase – é um grave erro, que acarreta a destruição completa do processo penal democrático” (LOPES JR. p.143). Não chegamos a esse ponto, haja vista serem os poderes instrutórios do juiz limitados. Esses poderes, a princípio, poderiam entrar em contradição com a aplicabilidade do ônus da prova no processo penal – seja pelo fato de, com esses poderes, não haveria mais que se falar em atribuição das partes produzirem as provas; seja pelo fato de que, em caso de dúvidas, o magistrado poderia determinar a produção de mais provas até alcançar a verdade. Todavia, não há qualquer incompatibilidade entre as duas situações. Os poderes instrutórios do juiz apenas tornam imperfeitos os ônus processuais atinentes à atividade probatória. Mas, de forma alguma, retiram as consequências advindas da distribuição do ônus da prova.

Não obstante o caráter público do direito probatório, bem como os avanços legislativos e jurisprudenciais a fim de incentivar o juiz a engajar-se na busca da verdade, essa atuação mais proativa ganha vozes contrárias na doutrina, por incompatibilidade com o sistema acusatório, o que será aprofundado a seguir.

4. O SISTEMA ACUSATÓRIO NO PROCESSO PENAL E O ÔNUS DA PROVA

O processo penal como um todo, abrangendo desde o inquérito policial até a decisão final abrange em seu interior dois sistemas de colhimento de prova: o sistema inquisitório e o sistema acusatório, sendo, assim, reconhecido como um sistema misto. Leciona Eugênio Pacelli de Oliveira que, na doutrina:

Alguns alegam que a existência do inquérito policial na fase *pré-processual* já seria, por si só, indicativa de um sistema *misto*; outros, com mais propriedade, apontam determinados poderes atribuídos aos juízes no CPP como a justificativa da conceituação antes mencionada (PACELLI, p. 13).

A distinção entre sistema inquisitório e sistema acusatório é dada pela doutrina com base na titularidade atribuída ao órgão da acusação (PACELLI, p.9).

No sistema inquisitório, a presidência se encontra nas mãos do mesmo órgão que requer e produz as provas. É destacada a marca inquisitória no inquérito policial, procedimento no qual é a própria autoridade policial quem produz as provas e formula as conclusões que dela se alcança. A concentração dos trabalhos dessa forma é mostrase pouco afeita ao contraditório, razão pela qual, inclusive, seu valor probatório para fins de pretensão punitiva é reduzido. “A atuação judicial na fase de inquérito ha de ser para fins exclusivos de tutela das liberdades publicas.” (PACELLI, p. 13).

Por sua vez, iniciado o processo penal propriamente dito, com o oferecimento da denúncia, marca-se a virada para um sistema acusatório, mais condizente com a principiologia constitucional. O ponto nodal de um sistema acusatório é a dialeticidade, com a existência de partes distintas, antagônicas, com direitos iguais. São essas partes que conduzem o processo, deixando ao final o juiz imparcial com elementos para o julgamento.

Sem adentrar nessa polêmica, o que importa dizer sobre o sistema acusatório é que a dialeticidade permite se encontrar a verdade de forma mais eficaz. O antagonismo das partes leva cada uma dessas a enveredar por um campo de investigação que tenda a conferir melhores resultados para si, propiciando a formulação de tese e antítese mais abrangentes. Como resultado, ao magistrado são conferidos maiores elementos para a formulação da síntese (ou seja, a decisão judicial), o que importa dizer que a decisão encontrada é mais justa do que se incumbida de ser prolatada por ente que se engajou em um dos lados do processo.

Essa estrutura mostra-se a clara influência da Constituição Federal que, paulatinamente vem ganhando espaço também no âmbito processual. A existência de dois polos destinados a convencer um terceiro (em tese) imparcial tem clara influência do contraditório, na medida em que toda alegação e prova é submetida ao crivo da contraparte, a quem é permitida (e até mesmo recomendável) a refutação. Amplia-se ainda o direito de defesa, como consequência dessa incessante discussão.

Aury Lopes Jr. tem posição contundente acerca do sistema processual pátrio. Afirma claramente que o sistema no Brasil seria uma espécie de “neo-inquisitório”, pois, ao conferir poderes instrutórios ao juiz, faz com que esse saia de seu papel de imparcial e busque respostas. E essa busca de respostas, de um lado indicaria a posição que o magistrado já tomou, de outro, macularia a imparcialidade em relação ao resultado (LOPES JR, p. 134). Esse tema também vem sendo objeto de estudos, demonstrando-se a incompatibilidade do sistema acusatório com os poderes instrutórios conferidos ao juiz, mormente se analisado à luz da presunção de inocência e do princípio do *in dubio pro reo*. Há que se concordar com tais críticas. Na medida em que a legislação processual confere ao magistrado o poder de realizar diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, os princípios protetivos ao réu são maculados sob duas perspectivas.

De um lado, no momento em que o magistrado sai de sua inércia e inicia a busca por respostas, a imparcialidade que deveria ser a marca de sua atuação se esvai (ou ao menos reduz). A busca por provas impõe que se siga trajetória em que é abandonada a equidistância, aproximando o magistrado de alguma das partes. Mas essa razão não é a pior. O *in dubio pro reo* (princípio esse que será melhor analisado oportunamente) impõe que, em caso de dúvidas, deve o magistrado julgar em favor do réu. Por sua vez, permitir um protagonismo do juiz na quando não estiver satisfeito com as provas contradiz com tal previsão, pois, ao invés de julgar em favor do réu, o magistrado está mais substratos para julgar. Se poderia absolver pela existência de dúvida, saná-la indica clara intenção condenatória. Atento a essa contradição, Wagner Marteleto Filho afirma que:

Ora, se, para absolver, basta a dúvida e se, para o Estado-Juiz, a absolvição interessa tanto quanto a condenação, é irrefutável que, no momento em que parte à procura de provas, o juiz está descendo para o lado da acusação, fulminando sua imparcialidade. O juiz não precisa buscar provas para absolver; por isso, quando as busca, no fundo o faz para confirmar uma hipótese condenatória, por ele mentalmente criada como possível. É a primazia da hipótese sobre o fato (MARTELETO FILHO. pp. 206-207).

Nessa linha, os poderes instrutórios do juiz devem ser observados com cautela. Seu caráter é meramente complementar, não sendo incumbência do magistrado ter papel proeminente na busca da verdade. Sinal dessa modificação paradigmática é nova redação do artigo 212 do CPP, que traz que ao juiz cabem apenas questões complementares.

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

O que se lamenta é que, conforme afirmado reiteradamente pelo professor Lênio Streck, essa modificação vem sendo categoricamente ignorada, mostrando ainda o ranço inquisitorial da magistratura, o que não deixa de tirar razão ao professor Aury Lopes Jr.

4.1. O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO PARTE

Como corolário do sistema acusatório que se pretende prevalente no ordenamento processual penal pátrio, questão que se mostra latente é a configuração do Ministério Público como parte ou não.

Como esclarece Badaró, parte da doutrina retira essa característica de parte, ao apontar que inexistente interesse do MP, enquanto outros defendem que seria uma parte imparcial, que buscaria apenas a verdade, sustentando ainda na possibilidade de requerimento de absolvição (BADARÓ, pp. 207-208). Com todas as vênias devidas a esses posicionamentos, o Ministério Público, quando órgão da acusação é efetivamente parte, e não meramente “parte imparcial”.

A primeira confusão se dá quando se tenta explicar a natureza de parte do Ministério Público com base em critérios patrimoniais. No processo, conforme Chiovenda, partes são aqueles que pede e em face de quem se pede (CHIOVENDA, apud BADARÓ, p. 209.). O fato de não estar defendendo direito próprio do MP não retira a qualidade de parte, nem mesmo o torna imparcial. Aury Lopes Jr. traz a ideia de parte, da qual é possível chegar a mesma conclusão.

Por conseguinte, a definição de partes deve ser elaborada a partir do objeto do processo penal, visto como a pretensão acusatória. Assim, são partes aquele que formula e aquele contra quem se formula a pretensão acusatória objeto do processo penal, segundo as formas previstas na norma processual penal e tendo como destinatário o órgão jurisdicional. (LOPES JR, p. 762).

Nessa mesma linha, Fernando Capez afirma ser “Impossível é negar ao Ministério Público a natureza de parte no processo penal, eis que exerce atividade postulatória, probatória e qualquer outra destinada a fazer valer a pretensão estatal em juízo”(CAPEZ, p. 221). Imperioso que se afaste do conceito de parte com a titularidade do direito, uma vez que não há necessidade dessa coincidência, além de partir de uma visão individualista e civilista. No mais, a identificação de partes permite conferir maiores ares democráticos ao processo penal, muito necessitado desse novo olhar.

No processo penal, o Ministério Público age como parte, representando a sociedade, que tem efetivo interesse na persecução penal, pois “a sociedade exige a sua eficaz atuação na recomposição do equilíbrio social abalado pelo crime” (GRECO FILHO, p. 308). Esse, portanto, é o interesse defendido pelo Ministério Público.

Ocorre que, ao contrário do interesse do acusado – que é se ver livre, independentemente de ser culpado ou não - a sociedade não tem interesse em que alguém inocente seja preso. Daí que é possível extrair a possibilidade do de o MP pedir a absolvição do réu.

Visto do ponto de vista do acusado, esse também poderia pedir sua condenação - mas, como já dito é inerente ao ser humano a briga incessante por sua liberdade, independentemente de ser culpado ou não. Individualmente, o homem busca sempre por sua liberdade.

Situação análoga se dá no processo civil. As partes (e partes reconhecidas como tal) podem, a qualquer momento, desistir do processo e do direito que funda o processo. Essa atitude vai depender do interesse da parte. Sob essa perspectiva, considerando que o Ministério Público é o ente legitimado para a defesa do interesse da sociedade, não há como afastar sua qualidade de parte.

Essa consideração se mostra de grande valia, na medida em que, sendo parte, além de propiciar a efetivação do sistema acusatório, acaba por imputar ao Ministério Público uma série de deveres, mantendo-o (ou ao menos tentando) em igualdade com o acusado, além de atribuir-lhe ônus probatório, que será melhor especificado abaixo.

5. O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Fixadas as premissas de que o sistema probatório no processo penal é regido por ônus, e que ao Ministério Público, por ser parte também lhe é atribuído tal ônus, cabe no

presente momento debruçar acerca da forma como o ônus da prova é distribuído no processo penal.

5.1. A REGRA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL EM COMPARAÇÃO COM O PROCESSO PENAL

Não há como negar que o ônus da prova é um tema que teve melhor tratamento pela processualística civil, tanto doutrinariamente quanto legislativamente. Tanto que, ao contrário de outros ramos do direito processual, o processo civil discorreu com maior afinco sobre o tema, ao contrário do processo penal e do processo do trabalho que limitaram a tratar do ônus da prova sob a afirmação de cabe a quem alega a prova de suas alegações. Segue comparativo.

Como fruto de um melhor tratamento dado pelo processo civil, a sistemática civilista serve de inspiração quando se estuda o ônus da prova processo penal. Vicente Greco Filho reconhece que o critério de distribuição do ônus da prova no processo penal é fruto do tratamento dado no processo civil (GRECO FILHO, p. 235).

Por força dos incisos do artigo 333 do CPC, ao autor cabe a prova dos fatos constitutivos de seu direito, e ao réu os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor. Como o artigo 156 do CPP não é tão específico (Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício), tradicional doutrina acaba por aplicar entendimento análogo ao processo penal. Vejamos como Fernando Capez cuida do tema da distribuição do ônus da prova:

A prova da alegação (onus probandi) incumbe a quem a fizer (CPP, art. 156, caput, com a redação determinada pela Lei n. 11.690/2008). Exemplo: cabe ao Ministério Público provar a existência do fato criminoso, da sua realização pelo acusado e também a prova dos elementos subjetivos do crime (dolo ou culpa); em contrapartida, cabe ao acusado provar as causas excludentes da antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade, bem como circunstâncias atenuantes da pena ou concessão de benefícios legais (CAPEZ, p. 396).

Ocorre que esse posicionamento acaba por misturar conceitos de direito civil com conceitos de direito penal, além de afrontar a principiologia constitucional incidente acerca sobre o tema. Assim, o tema do ônus da prova no processo penal merece tratamento específico.

5.2. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O IN DUBIO PRO REO E SUA INFLUÊNCIA NA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Dois princípios fundantes do direito material e processual penal também são basilares no tocante ao ônus da prova. Tratam-se da presunção de inocência (ou de não culpabilidade) e o princípio do *in dubio pro reo*.

A origem da presunção de inocência remota o final do século XVIII, surgindo como uma garantia ao réu contra o arbítrio do Estado, tendo sido expressamente consignada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (RANGEL, p. 45).

O princípio da presunção de inocência é trazido pelo inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal (LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;). Sua dicção traz bem a ideia que circunda a presunção de inocência, informando que até que se transite em julgado a condenação penal, o réu é presumidamente inocente. Luigi Ferrajoli destaca que “esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado” (FERRAJOLI, p. 441). Sua aplicação no âmbito do direito probatório no processo penal é marcante, sendo destacada sua influência na distribuição do ônus da prova.

Marcelo Abelha Rodrigues define presunção como sendo “uma forma de raciocínio do juiz (determinada pela lei), que permite concluir pela existência do fato relevante a partir da comprovação do fato circunstancial” (RODRIGUES, p. 198). Dessa forma, frente a uma presunção, aquele que dela se beneficia não necessita comprovar o fato presumido. Mal comparando, seria como se o beneficiado já tivesse comprovado a tese que lhe beneficiaria. Do outro lado, aquele que pretende ilidir tal presunção deve fazê-lo com base em provas robustas. Aplicando tal regra ao processo penal, fica evidente, portanto, que não cabe ao réu comprovar sua inocência, posto que presumida, afinal, o fato relevante (a inocência do réu) é tido como comprovado de plano, uma vez o fato circunstancial correspondente é a própria submissão ao processo penal. Por outro lado, ao Ministério Público fica o ônus de comprovar a culpa e, assim, ilidir a presunção que beneficia o réu.

Nessa mesma linha tem-se a incidência do princípio do *in dubio pro reo*, também conhecido com *favor rei*. Tal princípio informa que em caso de dúvida, deve o magistrado aplicar a solução que mais beneficie o réu. Umbilicalmente ligado à presunção de inocência, voltando-se ao direito probatório, esse princípio informa que se do material probatório restar alguma dúvida, essa dúvida deve sempre beneficiar o réu. Paulo Rangel define como “regra do processo penal que impõe ao juiz seguir tese mais favorável ao acusado sempre que a acusação não tenha carreado prova suficiente para obter condenação” (RANGEL, p. 53.).

Vista sob a perspectiva inversa, tem-se que ao Ministério Público incumbe a produção de prova firme, que afaste qualquer estado de dúvida acerca dos fatos alegados. Reforçada a presunção de inocência do réu, por força do *in dubio pro reo*, não basta um início de prova. Da confrontação entre uma prova fraca do lado da acusação com nenhuma prova do lado da defesa não exsurge um resultado favorável à acusação. Para fins de desincumbência do seu ônus probatório, a demonstração das alegações deve ser plena. Pode-se dizer que, enquanto a presunção de inocência retira do réu a obrigação de comprovar ser inocente, o princípio do *in dubio pro reo* impõe ao órgão acusador o dever de extirpar vestígios de dúvida, que em uma situação “normal” (como no processo civil, por exemplo, em que a dúvida pode beneficiar quem foi mais eficiente na produção de provas, com a demonstração do “melhor direito”). Com base nesses princípios, é possível estabelecer a distribuição do ônus da prova no processo penal.

5.3. COMO É DISTRIBUÍDO O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL?

Antes de falar acerca da distribuição do ônus da prova, importante trazer a distinção entre ônus da prova e interesse na prova. É que, por óbvio, o Ministério Público tem interesse na prova da culpa do acusado, enquanto que esse tem claro interesse em provar sua inocência. Esse interesse pode levar às partes a realizar atividade probatória superior ao seu ônus, uma vez que só teriam a ganhar ao produzirem muitas provas que confirmem seus interesses – Ministério Público, a condenação; o acusado, a absolvição.

Como já dito, a tradicional doutrina, buscando inspiração na distribuição do ônus da prova no processo civil, costumeiramente informa que ao Ministério Público caberia a prova dos fatos elementares do tipo e a autoria, enquanto que ao réu caberia a prova das causas excludentes da antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade, bem como circunstâncias atenuantes da pena ou concessão de benefícios legais. Vicente Greco Filho chega a tratar esses à semelhança de como a legislação trata no processo civil. Vejamos:

O juiz julgará o pedido improcedente se a acusação não provar suficientemente os fatos elementares do tipo e a autoria.

Ao réu incumbe, em princípio, a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão acusatória, ou seja, o fato que, a despeito da existência do fato constitutivo, tem, no plano do direito material, o poder de impedir, modificar ou extinguir aquela pretensão – são desse tipo as excludentes (GRECO FILHO, p. 235).

Ocorre que tal divisão incorre em erro crasso. A distribuição aos moldes do que ocorre no processo civil ignora completamente que um fato para ser considerado crime não basta que seja típico, sendo ainda necessário que seja antijurídico e culpável. Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, apresentando o conceito de delito, explicam de forma precisa quais são os elementos necessários para que certa conduta possa ser considerada um delito:

Desta forma esquemática construímos o conceito de delito como conduta típica, antijurídica e culpável.

Esta definição do delito como conduta típica, antijurídica e culpável nos dá a ordem em que devemos formular as perguntas que nos servirão para determinar, em cada caso concreto, se houve ou não delito. Em primeiro lugar, devemos perguntar se houve conduta, porque, se falta o caráter genérico do delito, então nos encontramos diante de uma hipótese de ausência de conduta e não se deve formular qualquer outra pergunta. Em seguida, devemos indagar pelos caracteres específicos, mas também aqui devemos seguir a ordem indicada, porque, se concluímos que a conduta não está individualizada em um tipo penal, não faz sentido averiguar se está permitida ou se é contrária à ordem jurídica e menos ainda se é reprovável, posto que jamais será delito, mesmo que ambas as respostas sejam afirmativas. Estaremos diante de um caso de falta de tipicidade, que se denomina atipicidade (a conduta é atípica).

Se estamos lidando com uma conduta típica, caberá então indagarmos se esta conduta é antijurídica, porque, em caso negativo, não tem sentido perguntar-se pela culpabilidade, visto que o direito não se ocupa da reprovabilidade das condutas que não são contrárias a ele (que estão justificadas).

Somente quando temos uma conduta típica e antijurídica (um injusto), é que tem sentido perguntar-se se esta conduta é reprovável ao autor, isto é, se é culpável. Nos casos de inculpabilidade, o injusto não é delito. (ZAFFARONI; PIERANGELI, p 343).

Resta evidente que a caracterização de certa conduta a investigação não termina na aferição da tipicidade – ou seja, se o comportamento praticado amolda-se à previsão legal que isola abstratamente certa conduta e, conferindo-lhe relevância para o direito

penal, impõe certa sanção, indicando que sua prática consiste em contrariedade ao direito. A tipicidade, pois, limita-se a indicar que o direito penal deve tratar daquela ação, mas não indica a pronta aplicabilidade de sanção. A aplicação da sanção somente é imposta se aquele ato relevante ao direito penal, por preencher outros requisitos também previstos na lei, merece, no caso concreto, ser apenado. Esses elementos são, justamente, inexistir previsão legal autorizando a prática da conduta típica (o que a tornaria lícita e, conseqüentemente, não apenável) e se existir reprovabilidade dessa conduta. Assim, fica claro que a divisão tradicional do ônus da prova subverte a presunção de inocência, pois imputa ao réu a prova da não configuração do crime.

Como dito, para se falar em crime, imperioso o preenchimento dos três elementos: fato típico, antijurídico e culpável. Por sua vez, é o Ministério Público que afirma que o réu praticou um crime. Logo, é o Ministério Público quem deve comprovar que a ação do réu preenche os três elementos. Ainda que invoque a ausência de qualquer um desses elementos, o réu não atraiu para si o ônus de provar nada, pois, em verdade, o réu apenas está negando a afirmação do Ministério Público de que teria praticado crime. Sobre esse ponto em específico Afrânio Silva Jardim afirma que

O réu não formula qualquer pedido no processo penal, tratando-se de ação condenatória. Não manifesta qualquer pretensão própria. Apenas pode se opor à pretensão punitiva do Estado, procurando afastar o acolhimento do pedido do autor. (...) Repita-se: a defesa não manifesta uma verdadeira pretensão, mas apenas pode se opor à pretensão punitiva do autor. (...) Sob o prisma processual, somente a acusação é que alega fatos, atribuindo-os ao réu. (JARDIM, pp. 212-213).

E continua afirmando o nobre professor ensinando que

O réu não assume o ônus de provar fato positivo que negue a acusação, permanecendo o autor com o ônus de provar aquilo que originalmente afirmou. (JARDIM, p. 213).

Paulo Rangel tem posicionamento semelhante quando discorre acerca do ônus da prova:

a visão correta que se deve dar à regra constitucional do art. 5º, LVII, refere-se ao ônus da prova. Pensamos que, à luz do sistema acusatório, bem como do princípio da ampla defesa, inseridos no texto constitucional, não é o réu que tem que provar sua inocência, mas sim o Estado-administração (Ministério Público) que tem que provar a sua culpa.

A regra inserta na Carta Política (art. 5º, LVII) inverte, totalmente, o ônus da prova para o Ministério Público. Hoje, não é mais o réu que tem que provar o álibi alegado; é o Ministério Público que tem que provar a inexistência deste álibi.

(...)

Assim, sejam as causas de exclusão da ilicitude, de culpabilidade ou extinção da punibilidade, bem como os elementos subjetivos do tipo (dolo ou culpa), o ônus de provar ou não sua existência é do Ministério Público (RANGEL, p. 49).

Aury Lopes Jr é mais contundente ao expor que inexistente qualquer ônus probatório ao réu, ao passo que incumbe ao órgão de acusação a comprovação da inexistência de excludentes (de antijuridicidade ou culpabilidade).

Gravíssimo erro é cometido por numerosa doutrina (e rançosa jurisprudência), ao afirmar que à defesa incumbe a prova de uma alegada excludente. Nada mais equivocado, principalmente se compreendido o dito até aqui. A carga do acusador é de provar o alegado; logo, demonstrar que alguém (autoria) praticou um crime (fato típico, ilícito e culpável). Isso significa que incumbe ao acusador provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação. Gravíssimo erro é cometido por numerosa doutrina (e rançosa jurisprudência), ao afirmar que à defesa incumbe a prova de uma alegada excludente. Nada mais equivocado, principalmente se compreendido o dito até aqui. A carga do acusador é de provar o alegado; logo, demonstrar que alguém (autoria) praticou um crime (fato típico, ilícito e culpável). Isso significa que incumbe ao acusador provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação. (LOPES JR. p. 569).

Nessa mesma linha, Badaró afirma que “o princípio do in dubio pro reo impede que se imponha ao acusado qualquer ônus probatório na ação penal condenatória, mesmo em relação às excludentes de ilicitude e de culpabilidade” (BADARÓ, p. 233), posição também seguida por Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (TÁVORA; ALENCAR, p. 377), defendendo ser incumbência de provar o preenchimento dos elementos do crime apenas do Ministério Público.

Destaca-se, portanto, que o interesse do réu na produção de provas deriva tão somente da intenção de reforçar seu estado de inocência, não recaindo sobre si qualquer ônus. Como consequência, a ausência de atuação na produção de provas não pode lhe causar qualquer consequência maléfica - exceto, por óbvio, se a acusação se desincumbir de seu ônus probatório. Possui o réu, em verdade, mera faculdade de provar, distinguindo-se do ônus em razão da impossibilidade de resultar- resultado desfavorável em razão de sua inércia.

Essa carga probatória imputada ao Ministério Público não significa que esse tem que exercer um esforço hercúleo a fim de ter que prever e demonstrar a inexistência de todas as hipóteses de excludentes de antijuridicidade e culpabilidade.

O que se aponta é que o ônus da prova da acusação não limite-se a recair sobre a autoria e a existência do evento imputado como criminoso. Como já exposto, para se falar em crime não basta a correspondência do evento fático à descrição do tipo penal. Nessa linha, a comprovação exigida à acusação deve se dar também sobre as circunstâncias em que se deu o evento e também as que levaram à sua prática. Explicadas e demonstradas pela acusação as circunstâncias que envolveram a ação

imputada como criminosa, estaria demonstrada também ser o evento antijurídico e culpável, pois permitiria sua confrontação com as alegações do réu – e, em especial as arguições de ocorrência de eventual causa excludente de antijuridicidade e/ou culpabilidade. Diante desse confronto, a incompatibilidade entre a alegação do réu e as provas das circunstâncias do crime seria suficiente para caracterizar que o Ministério Público se desincumbiu de seu ônus de provar os três elementos do crime.

A própria dicção do artigo 41 do Código de Processo Penal leva a essa conclusão, pois impõe à denúncia a obrigação de exposição de todas as circunstâncias do fato criminoso. Fica claro, portanto, que o ônus de provar também a inexistência de causa excludente de antijuridicidade e culpabilidade (ou seja, provar que o evento descrito preenche os elementos capazes de qualificá-lo como crime) imposto à acusação possui amparo legal.

Por outro lado, a arguição da presunção de antijuridicidade da conduta típica (a teoria da *ratio cognoscendi*) não pode se invocada para imputar ao réu o ônus de provar a excludente de antijuridicidade. Por tal teoria, construída por Max Ernst Mayer, prática da conduta típica já indicaria que essa seria contrária ao Direito, ou seja, antijurídica (BITENCOURT, p. 381). Ocorre que, ao aplicar tal presunção no campo probatório, entra em explícita contradição com a presunção de inocência prevista constitucionalmente como uma garantia fundamental do réu. O confronto de uma presunção construída doutrinariamente em face de outra prevista como uma garantia do réu contra o Estado, em hipótese alguma pode a garantia fundamental ceder espaço. Nessa esteira, em que pese a teoria da *ratio cognoscendi* tenha sua importância para a ciência do direito, não tem essa a aptidão de sustentar a não aplicação do princípio da presunção de inocência e seus consectários.

Ainda acerca da analogia perpetrada para imputar alguma carga probatória ao réu, uma análise mais aprofundada permite reconhecer a completa inaplicabilidade das regras civilistas ao processo penal.

No âmbito do direito material e processual civil, quando se fala em fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito, se está diante de dois momentos: primeiro, o réu afirma sua concordância com as alegações autorais, ou seja, que a relação jurídica invocada existe. Contudo, em seguida, o réu afirma que, a despeito de sua concordância com a existência do direito alegado, esse não mais persiste, por alguma das razões previstas no inciso II do artigo 333 do CPC (algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor). Exemplo claro é o pagamento, em que o

réu confirma a existência da relação jurídica e da dívida, mas afirma que essa dívida já fora paga.

Por seu turno, na tentativa de aplicar semelhante ideia ao processo penal, chega-se a um impasse. Ainda que o réu concorde com a presença de algum dos elementos do crime, ao afirmar a ausência de ao menos um dos restantes, o réu está afirmando inexistir crime. E a existência do crime, por se tratar do fato ensejador da pretensão punitiva, configura-se como fato constitutivo do seu direito, cuja prova é imputável ao Ministério Público, titular da ação penal. Assim, fica claro o ônus da prova no processo penal é da acusação, não podendo ser imputado qualquer ônus ao réu.

6. CONCLUSÃO

O direito probatório, mormente no processo penal, exige muita atenção em seu estudo. É por meio das provas que o aplicador do direito consegue reconhecer que uma conduta considerada relevante para o direito se deu no mundo dos fatos. E somente após essa constatação que se inicia o processo de subsunção do fato à norma.

Nesse interim, instaurada relação processual, mostra-se de primordial valia identificar, no campo probatório, qual é o papel de cada parte no processo de busca pela verdade, mormente se considerarmos a finalidade de convencimento que a prova tem sobre o magistrado. A identificação desses papéis passa, assim, pela análise das consequências que a inércia gera para cada ato processual.

Sob essa perspectiva, a utilização da mesma sistemática do processo civil no processo penal em sede de ônus da prova, mormente para atribuir ao réu o ônus de provar as excludentes de antijuridicidade e culpabilidade, se mostra deveras imprópria. Utilizar-se dessa sistemática, atribuindo ao réu o ônus de provar “fatos extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor” importa em ignorar flagrantemente o princípio do *in dubio pro reo* e, principalmente, da presunção de inocência.

Por influência desses dois princípios, o réu inicia o processo penal “ganhando”, ou seja, a inércia de ambas as partes no campo probatório lhe beneficia. Mais. Se a comprovação da prática do crime não se der de maneira contundente, mesmo que se mantendo inerte o réu ainda se beneficia, sendo mandatória sua absolvição. A acusação, para conseguir um decreto condenatório necessita fazer prova cabal da alegação da prática delituosa por parte do réu.

Todavia, a mera demonstração da autoria e da prática da conduta típica não tem o condão de modificar tal panorama. É que a definição de crime não se encerra na tipicidade. Para que certa conduta seja considerada crime é imperioso ainda que a conduta seja antijurídica e culpável. Como tais elementos fazem parte da acusação (afinal, a aplicação da pena somente é possível com a prática do crime, e não apenas da conduta típica), ainda resta à acusação o ônus de comprovar a configuração destas. Por seu turno, essa comprovação não impõe à acusação “adivinhar” todas as possíveis arguições defensivas. Para se desincumbir-se de seu ônus, basta que prove não só a conduta, mas também as circunstâncias que envolvem a prática delituosa, a fim de que qualquer alegação de causa excludente de antijuridicidade ou culpabilidade torne-se incompatível com o cenário descrito e comprovado.

Recaindo sobre a acusação o ônus de provar todos os elementos do crime, fica claro que não há para o réu o ônus da prova de qualquer de suas alegações defensivas. São assertivas que visam apenas a negar as alegações autorais de prática de crime. Pode-se dizer, portanto, que inexistente qualquer ônus ao réu, o que impõe a conclusão de que, em verdade, no processo penal não deve (ou deveria) existir distribuição do ônus da prova. O ônus é todo da acusação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sérgio Cruz. **A verdade e a prova no processo civil**. Revista de Derecho Procesal (Madrid), v. 7, p. 71-109, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral, 18ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, vol. 1.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.. Código de Processo Penal. Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em 19 fev. 2014

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 852.

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

JARDIM, Afrânio Silva, **Direito processual penal**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. 736p .

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal** - 9. ed. São Paulo: SARAIVA, 2013. v. 01.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal** - Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional - 4ª edição atualizada, ampliada e revisada. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v. 01.

MACHADO, Vitor Gonçalves. **Que é (ou o que deveria ser) a “verdade” no moderno processo civil?**. In IOCOHAMA, Celso Hiroshi. (Org.); SALDANHA, Jânia Maria Lopes (Org.). **Processo e jurisdição** [Recurso eletrônico on-line] - CONPEDI CURITIBA. 1. ed. Florianópolis: FUNJAB, 2013. v. 01.

MARTELETO FILHO, Wagner. **Sistema Acusatório e Garantismo: Uma Breve Análise das Violações do Sistema Acusatório no Código de Processo Penal**. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Minas Gerais, n. 12, p.193-215, 2009. Janeiro/junho

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. rev., ampl e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha . **Manual de Direito Processual Civil**. 5ª Ed., São Paulo: Ed. RT, 2010.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 6. ed. Salvador: Ed Juspodivm, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro** V.1. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.