

PROCESSO JUSTO: O ÔNUS DA PROVA À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO *IN DUBIO PRO REO*

Flávio Mirza

*Doutor em Direito (UGF). Professor Adjunto de
Direito Processual da UERJ (graduação, mestrado e
doutorado). Professor Adjunto no Centro de Ciências
Jurídicas da UCP. Advogado.*

1.DELIMITAÇÃO E JUSTIFICATIVA

O objeto do singelo estudo restringe-se ao ônus da prova, em seu aspecto objetivo, nas ações penais condenatórias.¹ Tal será analisado à luz dos princípios da Presunção de Inocência e do *in dubio pro reo*, considerando-se que, ao final do processo, depare-se o julgador com inarredável incerteza sobre algum fato relevante para o julgamento do pedido.

Eventuais questões/implicações atinentes ao âmbito cível não serão estudadas. Assim, caso deseje afastar eventual demanda reparatória, o réu deverá, por exemplo, fazer prova de que não concorreu para a infração penal (artigo 386, IV, do CPP).

Importa salientar, outrossim, que diversos conceitos, como por exemplo, o de ônus, foram expostos de modo sintético, para não alongar o trabalho.

Por fim, o trabalho justifica-se pela necessidade de fomentar o debate, mormente após o advento da lei 11.690/08, promulgada no bojo de uma “reforma”² do Código de

¹ Para uma exposição detalhada sobre o ônus da prova no processo penal, escrevendo antes das mudanças ocorridas em 2008, confira-se BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

² O termo reforma foi colocado entre parênteses, pois me parece que reformas pontuais, como as que foram realizadas em 2008, não resolvem, ao contrário, agravam o problema da falta de sistemática do vetusto (e facista) Código de Processo Penal.

Processo Penal. Com efeito, a nova redação, dada aos artigos 156 e 386, VI, do mencionado *Codex*, enseja algumas considerações visando reacender o debate sobre a matéria.

2.O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL

O termo ônus é comumente associado a uma obrigação, um dever, um peso, uma carga *etc.*

No aspecto jurídico, o ônus é um imperativo do próprio interesse, uma espécie de faculdade. Trata-se de uma posição jurídica ativa, onde não há posição contrária (contraposta) e sequer sanção em caso de descumprimento.³ É um encargo a ser desincumbido pelo próprio sujeito ativo (e em seu proveito).

O Código de Processo Civil, em seu artigo 333, dispõe sobre o ônus da prova de modo expresso. Cabe, destarte, ao autor provar o(s) fato(s) constitutivo(s) de seu direito e, ao réu, eventuais fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito que o autor alega possuir. É o que se convencionou denominar de aspecto subjetivo do ônus da prova⁴, de menor importância em virtude do princípio da comunhão da prova.

Entretanto, pode haver dúvidas na hora de julgar. Ou seja, mesmo após a produção da prova e as alegações das partes, o juiz pode não se sentir apto a proferir uma decisão. Sendo-lhe defeso pronunciar o *non liquet*, deve socorrer-se das regras de distribuição do ônus da prova. Tais devem ser vistas como “regra de julgamento”, em caso de dúvida insuperável (vale dizer: se o julgador estiver convencido, que sentencie). É o aspecto objetivo do ônus da prova.

O Código de Processo Penal, notadamente arcaico e carente de boa sistemática, não trata da matéria com maior rigor.⁵ A doutrina, por sua vez, não enfoca a questão de modo

³ Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *op.cit.*, p.168-178.

⁴ Importante mencionar a posição de Gustavo Badaró no sentido de que o ônus subjetivo da prova é, em verdade, um ônus imperfeito. Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *op.cit.*, p.239-241.

⁵ Perdeu o legislador, na recente “reforma” do CPP, boa chance de aclarar a questão. Infelizmente, a lei 11.690/08, que deu nova redação ao artigo 156, e seus incisos (de inquestionável inconstitucionalidade), bem como ao artigo 386, VI, conseguiu piorar o que já era ruim.

coerente com os princípios constitucionais e processuais penais (infra-constitucionais). Proclama a adoção dos mencionados princípios, porém, na hora de aplicá-los, tenta restringi-los ou acaba infirmando-os, ainda que sem se aperceber.

Como antecipado anteriormente, as regras acerca do ônus (objetivo) da prova servem de rumo ao juiz na hora de julgar, quando os fatos narrados na denúncia (ou queixa) não estiverem demonstrados.

Evidentemente, o chamado ônus objetivo da prova não é, em verdade, um ônus. Ou seja, sob o ponto de vista técnico, não se trata de um encargo para consigo. Logo, foge ao conceito de ônus, devendo, pois, ser visto como regra de julgamento.

Cometida uma infração penal, ou melhor, havendo prova mínima (justa causa) do cometimento de um crime surge para o Ministério Público o poder-dever de agir.⁶

Por meio da denúncia ou da queixa (petições iniciais do processo penal), o *Parquet* (ou o querelante) deve imputar um fato criminoso, com todas as circunstâncias jurídicas relevantes, consoante o disposto no artigo 41 do CPP.

Citado, o réu, em conjunto com seu defensor, será chamado a defender-se⁷, apresentando resposta escrita.⁸

A acusação (Ministério Público ou querelante) deverá provar, cabalmente, os fatos deduzidos na denúncia (queixa), com todas as suas circunstâncias relevantes (artigo 41 do Código de Processo Penal). Ou seja, o(s) fato(s) constitutivo(s) de seu direito. Ao réu cabe, tão somente, opor-se à pretensão do acusador, ou seja, o ônus da prova é todo da acusação. Vale mencionar que a dúvida quantos aos fatos constitutivos leva, inexoravelmente, à absolvição. A rigor, o réu não alega fato algum, apenas opõe-se à pretensão ministerial ou àquela do querelante. Isto porque é presumidamente inocente⁹ e a dúvida o socorre, sendo a absolvição medida que se impõe.¹⁰

⁶ Preenchidas as condições para o regular exercício do direito de ação é defeso ao presentante do *Parquet* deixar de oferecer denúncia. Já quando se tratar de ação penal de iniciativa privada, em virtude do princípio da Oportunidade, o querelante pode intentar, ou não, a queixa.

⁷ A defesa, em processo penal, para ser completa, deve unir a defesa técnica à autodefesa.

⁸ Vide lei 11.719/08.

⁹ Juan Montero Aroca, tratando da Presunção de Inocência, conclui: “b) Conclusión de que el acusado no necesita probar nada, siendo toda la prueba de cuenta de los acusadores, de modo que si falta la misma ha de

Antes de retomar o tema, seguem breves explanações sobre a Presunção de Inocência (consagrada em nível constitucional) e o *in dubio pro reo*.

2.1. Da Presunção de Inocência

O princípio da Presunção de Inocência¹¹, amplamente conhecido no âmbito internacional, remonta aos postulados fundamentais que presidiram a reforma do sistema repressivo empreendido pela revolução liberal do séc. XVIII¹². Assinalam alguns autores que o aludido princípio seria a versão técnica do clássico *in dubio pro reo*¹³, embora a origem deste último possa ser vislumbrada desde o direito romano, influenciado pelo Cristianismo.¹⁴

A Presunção de Inocência foi consagrada pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo art. 9º proclamava o duplo significado do preceito idealizado pela Assembléia Nacional Francesa.¹⁵ De um lado, regra processual, segundo a qual o acusado não é obrigado a fornecer provas de sua inocência, que é presumida; de outro, regra de tratamento, impedindo a adoção de medidas restritivas da liberdade do acusado, ressalvados os casos de absoluta necessidade.¹⁶

dictarse sentencia absolutoria.” Cf. MONTERO AROCA, Juan. **Principios del proceso penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p.153.

¹⁰ Importa consignar, à guisa de premissa teórica, que, a meu ver, o processo penal encerra uma hipótese. Assim, deve o juiz, a todo momento, perguntar-se: será que o réu praticou o crime que lhe é imputado? Esta postura metodológica (e, por que não dizer, psicológica) é *conditio sine qua non* para o correto (e justo) exercício do ofício de julgar.

¹¹ “Ce principe, selon lequel on doit présumer innocent toute personne accusée d’une infraction tant que sa culpabilité n’a pas été reconnue par un jugement irrévocable, est destiné à protéger l’individu contre la puissance publique.” Cf. GUINCHARD, Serge; BUISSON, Jacques. **Procédure Pénale**. 3.ed. Paris: Litec, 2005, p.388.

¹² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p.9.

¹³ GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de direito penal e processual penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.101.

¹⁴ GOMES FILHO, *op.cit.*, p.9.

¹⁵ Art 9º “Tout homme étant présumé innocent, s’il est jugé indispensable de l’arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi”.

¹⁶ No mesmo sentido é a lição de Andrea Antonio Dalia e Marzia Ferraioli, *in verbis*: “La presunzione di non colpevolezza è tanto regola probatoria di giudizio, quanto regola di trattamento dell’imputato.” Cf. DALIA,

O apelo à Presunção de Inocência como direito natural, inalienável e sagrado do homem, surgiu como resposta às exigências iluministas, que partiam da premissa de que era preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente. Em última instância, clamava-se pela substituição do procedimento inquisitório do *ancien régime* por um processo penal que assegurasse a estrita legalidade das punições, bem como a igualdade entre a acusação e a defesa.¹⁷

Após a desastrosa experiência da Segunda Guerra Mundial, o princípio se disseminou, embasado, sobretudo, pelo pensamento jurídico-liberal, sendo acolhido por importantes diplomas jurídicos internacionais, como meio de afirmação dos valores fundamentais da pessoa humana.

Assim, dentre as disposições relativas às garantias do justo processo, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela ONU em 1948, dispõe em seu art. 11.1 que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se prove sua culpabilidade, conforme a lei e em juízo público no qual sejam asseguradas todas as garantias necessárias à defesa". O princípio vem relacionado, portanto, à efetividade do direito e à tutela jurisdicional.

Já o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, assinado pela Assembléia Geral da ONU, em 1966, além de reafirmar o direito à Presunção de Inocência (art. 14.2), trata mais detalhadamente das garantias mínimas em favor de toda pessoa acusada da prática de um delito (art. 14.3).

No entanto, apesar da enumeração minuciosa e exaustiva dessas garantias, as Nações Unidas são criticadas por não possuírem mecanismos eficientes para sua aplicação prática, reduzindo sua tutela a recomendações de cunho político.¹⁸

Cumprе observar que dispositivos semelhantes foram introduzidos na Convenção Européia para a proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (art. 6.2). A grande inovação do sistema europeu consistiu em conferir maior efetividade à defesa

Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. **Manuale di Diritto Processuale Penale**. 5.ed. Padova: Cedam, 2003, p.254.

¹⁷ GOMES FILHO, *op.cit.*, p.9-11.

¹⁸ GOMES FILHO, *op.cit.*, p.19.

desses direitos, mediante a previsão de recurso individual à Comissão Européia, assim como aplicação de sanções aos governos violadores dos direitos assegurados.¹⁹

No continente americano, a Convenção sobre Direitos Humanos, assinada na Conferência de San José, Costa Rica, em 1969 ("Pacto de San José de Costa Rica"), subscrita por nosso país, assegurou a Presunção de Inocência, em seu art. 8º, ao afirmar que "(...) toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se comprove legalmente sua culpa".²⁰

No plano doutrinário e programático devem ser destacadas as propostas contidas nos Projetos de Código Penal e Processo Penal – Tipos, previstos para a América Latina.

Em comum, ambos os textos prevêem que o tratamento dispensado ao acusado seja no sentido de sua inocência; ressaltam também a imprescindibilidade do devido processo penal e o caráter excepcional da coerção contra o acusado.²¹

Todavia, foi a partir da inclusão dos preceitos básicos do direito processual nos textos constitucionais modernos - do pós-guerra - que o princípio da Presunção de Inocência adquiriu status de verdadeira condição ao exercício da repressão no Estado de Direito.²²

No Brasil, o princípio foi erigido a dogma constitucional pela Carta Magna de 1988 e previsto no rol dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, inc. LVII). Em França, "Le Conseil constitutionnel a reconnu valeur constitutionnelle au principe de la présomption d'innocence."²³

Embora parte da doutrina já o considerasse como informador do ordenamento pátrio, desde a adesão brasileira à Declaração Universal de Direitos, de 1948, argumentava-se, no sentido oposto, ou seja, de que o referido princípio jamais fora respeitado entre nós.²⁴

Assim, conforme acentua Tourinho Filho, não foi observada nenhuma reforma processual que pretendesse amoldar o nosso diploma processual penal ao princípio da

¹⁹ GOMES FILHO, *op.cit.*, p.20.

²⁰ GOMES, *op.cit.*, p.102.

²¹ GOMES FILHO, *op.cit.*, p.21.

²² GOMES FILHO, *op.cit.*, p.22-23.

²³ Cf. GUINCHARD, Serge; BUISSON, Jacques, *op.cit.*, p.388.

²⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, vol.1, 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.69.

Presunção de Inocência, chegando-se à conclusão "de que a adesão do nosso Representante junto a ONU, àquela Declaração, foi tão somente poética, lírica, com respeitável dose de demagogia diplomática...".²⁵ Entretanto, desde a Constituição de 1988, Tourinho Filho diz que a situação mudou e aduz: "Agora é diferente. O princípio foi erigido à categoria de dogma constitucional."²⁶

É relevante ressaltar que a redação utilizada pelo constituinte de 1988 - "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória(...)" - inspira-se, nitidamente, na Constituição Italiana de 1948.²⁷ Distanciando-se, assim, da Constituição Portuguesa de 1976 e da Constituição Espanhola de 1978, que se referem explicitamente à Presunção de Inocência, nossa Lei Maior não utilizou expressamente a locução, suscitando uma interpretação dúbia acerca do preceito constitucional.²⁸

As razões que influenciaram essa ambígua redação remontam ao debate doutrinário envolvendo as escolas penais italianas: a liberal clássica, que teve como expoentes Carrara e Carmignani, a Positivista (Ferri e Garofalo) e a Técnico-Jurídica (Manzini e Alfredo Rocco).²⁹ Alexandra Vilela, ao comentar o posicionamento da escola clássica, forte nos ensinamentos de Carrara, aduz:

“Deste jeito, a presunção de inocência é encarada como um postulado fundamental, de que parte a ciência penal nos seus estudos acerca do processo penal, de tal forma que se manifestará inexoravelmente naquele, seja ao nível das regras de competência, seja na legal, completa e atempada notificação, seja na moderação a ter em conta aquando da prisão preventiva, seja ao nível da matéria de prova, seja ao nível da prudência que deverá estar presente aquando da audição das testemunhas, seja nas condições de legalidade para obtenção da confissão (...).”³⁰

²⁵ TOURINHO FILHO, *op.cit.*, p.69.

²⁶ Cf. TOURINHO FILHO, *op.cit.*, p.69.

²⁷ Art. 27.2: "L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva"

²⁸ GOMES, *op.cit.*, p.102.

²⁹ GOMES, *op.cit.*, p.103-104.

³⁰ VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2000, p.38.

Já no tocante às Escolas Positivista e Técnico-Jurídica, a aludida autora assim se manifesta:

“A escola positivista, e mais tarde com maior acuidade, a escola técnico-jurídica, rejeitam o princípio da presunção de inocência concebido nos moldes da doutrina clássica, baseando-se em argumentos de política criminal, revelando uma preocupação com o enfraquecimento de medidas de defesa social contra a delinquência. Daqui decorre ainda que estas escolas rejeitem qualquer instituto que possa ser relacionado com o princípio do favor rei, uma vez que enfraqueciam a acção processual do Estado.”³¹

Enfim, estas últimas sustentavam que a tutela do interesse social de repressão à delinquência deveria preponderar sobre o interesse individual de liberdade. Conclui-se, então, que o discurso antiliberal da Escola Técnico-Jurídica, de base político-fascista, foi determinante na elaboração do art. 27 da Constituição Italiana de 1948 que, por sua vez, influenciou o legislador pátrio a adotar uma postura "neutra", que trata o acusado como “indiciado” - nem culpado, nem inocente.

Consoante os defensores desta corrente³², o aludido artigo italiano teria consagrado a "presunção de não culpabilidade". No entanto, a doutrina mais recente defende que não é mais possível distinguir uma da outra e que, na verdade, a Constituição Italiana acabou consagrando o princípio da Presunção de Inocência.³³ Igual é o entendimento de Illuminati.³⁴

Demais disso, está cada dia mais consolidado o entendimento de que o princípio deve ser entendido como o coroamento do *due process of law* e afirmação da democracia moderna.

De fato, a operatividade da Presunção de Inocência se relaciona, de forma indissociável, ao princípio do devido processo legal (*due process of law*), pois sem a

³¹ VILELA, *op.cit.*, p.42.

³² Manzini, Guarnieri, Frosali, Vannini. Cf. GOMES, *op.cit.*, p.105.

³³ Cf. GOMES, *op.cit.*, p.105.

³⁴ ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d'innocenza dell'imputato**. Bolonia: Zanichelli, 1979, p.21.

observância deste último, estar-se-á sujeito às mais variáveis circunstâncias sócio-políticas e à arbitrariedade do poder estatal.³⁵

Presunção de Inocência e Devido Processo Legal são, portanto, conceitos interdependentes, que traduzem a concepção de que o reconhecimento da culpabilidade exige, acima de tudo, um processo justo, com paridade de armas entre o poder repressivo estatal e o direito à liberdade.³⁶

Consoante os defensores desse posicionamento, a garantia constitucional não se revela apenas como expressão do *in dubio pro reo*, mas deve se impor como regra de tratamento do indiciado/acusado³⁷, que antes da condenação não pode sofrer qualquer equiparação ao culpado; sobretudo quando se compreende a Presunção de Inocência como verdadeira decorrência do princípio basilar do *favor rei*.³⁸

Ao consagrar a Presunção de Inocência ou de não culpabilidade, no artigo 5º, inciso LVII, a Carta Magna dá o benefício da dúvida ao acusado. Quanto à distinção entre Presunção de Inocência ou de não culpabilidade, como já manifestado *alhures*, cabe destacar que alguns doutrinadores não fazem distinção acerca das locuções referidas. Luiz Flávio Gomes, assim se manifesta:

“a) Não possui nenhum sentido, diante do que foi exposto até aqui, não considerar que no inc. LVII do art. 5º da CF está escrito, com todas as letras, o princípio da presunção de inocência, com toda carga liberal e democrática que carrega em sua história, tendo como ponto de arranque (em termos de *ius positum*) a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), de fundo indubitavelmente iluminista. Mais do que presunção de não culpabilidade (que provém de uma visão ‘neutral’, típica do engajamento político

³⁵ ANDRADE, Gustavo Fernandes. Prisão Cautelar e Presunção de Inocência, Necessidade e Compatibilidade. In: TUBENCHLAK, James (Coord.). **Livro de Estudos Jurídicos**. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, p.161.

³⁶ GOMES FILHO, *op.cit.*, p.47.

³⁷ GOMES FILHO, *op.cit.*, p.37.

³⁸ Tourinho Filho, amparado em doutrina internacional, aduz que: “o princípio do *favor rei* é o princípio base de toda a legislação processual penal de um Estado, (...)”. E, adiante, afirma que ele (o princípio do *favor rei*) “(...) deve constituir um princípio inspirador da interpretação. Isto significa que, nos casos em que não for possível uma interpretação unívoca, mas se conclua pela possibilidade de duas interpretações antagônicas de uma norma legal (antinomia interpretativa), a obrigação é escolher a interpretação mais favorável ao réu (cf. *Instituições*, cit., p. 296).” Cf. TOURINHO FILHO, *op.cit.*, p.73.

acrítico do jurista), o que temos no texto sub examinem é a verdadeira e própria presunção de inocência.”³⁹

Simplificando a questão, de maneira lapidar, Malatesta afirma:

“A experiência nos mostra que são, felizmente, em número muito maior os homens que não cometem crimes que aqueles que os cometem; a experiência nos afirma, por isso, que o homem ordinariamente não comete ações criminosas, isto é, que o homem é, via de regra, inocente: e como o ordinário se presume, também a inocência.

Eis a que fica reduzida a presunção indeterminada e inexata de bondade, quando se queira determinar nos limites racionais. Não falamos, por isso, de presunções de bondade, mas de presunção de inocência, presunção negativa de ações e omissões criminosas, presunção sustentada pela grande e severa experiência da vida.”⁴⁰

Sendo assim, presume-se o réu inocente, até a condenação final. Isto porque os princípios, notadamente o da Presunção de Inocência, são verdadeiras normas eleitas pelo constituinte como alicerce, ou fundamento, da ordem jurídica instituída.

Logo, o acusado pode, por exemplo, em seu interrogatório, afirmar que agiu em legítima defesa e nada mais declarar, calando-se. É a acusação (Ministério Público ou querelante) que, ao provar o fato criminoso, com todas as suas circunstâncias jurídicas relevantes, ilidirá a alegação, sem fundamento, propalada pelo réu. Transferir o ônus da prova no tocante à legítima defesa (exemplo dado acima) ou a qualquer outra excludente de ilicitude ou culpabilidade é negar vigência ao preceito constitucional, e à lei (artigo 386, VI, *in fine*, do CPP), pois não se conseguindo produzir esta prova, presumir-se-ia a culpa (em sentido *lato*). Teríamos, então, uma situação inusitada, qual seja: haveria Presunção de Inocência se o réu se calasse por completo, nada dizendo. Mas, se, monossilabicamente, alegasse uma excludente de ilicitude ou de culpabilidade, transferir-se-lhe-ia o ônus da

³⁹ GOMES, *op.cit.*, p.107.

⁴⁰ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001, p.139.

prova e, então, desmoronaria a Presunção de Inocência (princípio constitucional). Diga-se de passagem, a ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes (art.5º, LV, CRFB/88), viraria letra morta, pois seria mais vantajoso ao réu não se defender.

Enfim, a Presunção de Inocência valeria “de vez em quando”. Penso tratar-se de um contrassenso. No mesmo sentido, Afrânio S. Jardim, afirma:

“Assim, não nos parece cientificamente correto resolver a questão do ônus da prova na ação penal condenatória na dependência do que, neste ou naquele caso, foi alegado pela acusação ou pela defesa. Repita-se: a defesa não manifesta uma verdadeira pretensão, mas apenas pode se opor à pretensão punitiva do autor. Urge, destarte, tratar o problema do ônus da prova dentro de um sistema lógico, em termos genéricos e não casuisticamente”.⁴¹

A meu juízo, a Presunção de Inocência transfere toda a carga probatória à acusação⁴². Malatesta, mais uma vez, sintetiza a questão afirmando que “(...) a inocência se presume. Por isso, no juízo penal, a obrigação da prova cabe à acusação”⁴³.

2.2) Do princípio do *in dubio pro reo*

Igualmente, o que foi escrito acima vale para o princípio do *in dubio pro reo*⁴⁴. Ora, se a dúvida favorece o réu, como impor-lhe o ônus de provar excludentes de ilicitude ou de culpabilidade? A resposta é dada por Paolo Tonini ao aduzir que “(...) no processo penal, o órgão acusador tem o ônus de provar a responsabilidade do acusado de modo a eliminar a

⁴¹ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.212.

⁴² Novamente, valer-me-ei das lições de Luiz Flávio Gomes: “e) E esse ônus de comprovar os fatos e a atribuição culpável (imputação subjetiva) deles ao acusado, por força do art. 156 do CPP, cabe a quem formula a acusação”. Cf. GOMES, *op.cit.*, p.112.

⁴³ MALATESTA, *op.cit.*, p.142.

⁴⁴ Frederico Marques aduz: “A acolhida mais expressiva desse princípio, na legislação pátria, encontra-se no artigo 386, nº VI, do Código de Processo Penal, quando diz que o juiz absolverá o réu se não existir prova suficiente para a condenação. Está aí, perfeitamente cristalizada, a aplicação do *in dubio pro reo*.” Cf. MARQUES, Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, vol. II. São Paulo: Bookseller, 1998, p.260-261. A edição consultada é anterior à Lei 11.690/08, que deu nova redação ao artigo 386.

dúvida.”⁴⁵ É de se ressaltar novamente, o réu apenas se opõe à pretensão acusatória, não lhe compete fazer nenhuma contraprova, pois a ele é possível negar, ainda que sem fundamento algum, o que desejar. É a acusação que, ao provar o fato criminoso com todas as suas circunstâncias jurídicas relevantes, infirmará as alegações defensivas. Logo, estando o *in dubio pro reo* intimamente ligado à Presunção de Inocência, a dúvida deve sempre vir em socorro do acusado. Como bem salienta Alexandra Vilela:

“O *in dubio* está directamente ligado à questão da produção da prova e da distribuição do ónus da prova, por um lado, e que, por outro lado, uma das mais importantes consequências da presunção de inocência se revela na não necessidade do argüido provar a sua inocência para ser absolvido, concluindo-se, em consequência que ambos os princípios actuam sobre o mesmo campo, neste caso o da prova”⁴⁶

Neste sentido, como deixei escapar acima, a nova redação do artigo 386, VI, do Código de Processo Penal, dada pela lei 11.690, de 2008, parece aclarar a questão. Assim, eventuais dúvidas acerca de excludentes de ilicitude ou de culpabilidade alegadas, mas não provadas, levarão, inexoravelmente, à absolvição do acusado.

Por fim, há que se perceber que a Presunção de Inocência possui caráter mais geral, ao passo que o *in dubio pro reo* é mais específico, relacionando-se ao caso concreto.

Ressalte-se que, apesar de não estar previsto expressamente na Magna Carta, o princípio do *in dubio pro reo* é de suma importância, não restando “desprestigiado” em virtude de ausência expressa no texto constitucional.

2.3) O ônus da prova: repartição e importância

Retornando ao problema central, é possível afirmar que a doutrina alienígena dispensa pouca ou nenhuma atenção ao tema. Eugenio Florian entende, de forma bem esquemática e resumida, que a questão do ônus da prova é de pouca importância, uma vez

⁴⁵ TONINI, Paolo. **A Prova no Processo Penal Italiano**. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002, p.69.

⁴⁶ VILELA, *op.cit.*, p.78.

que cabe ao juiz buscar as provas em homenagem ao princípio da verdade real. Sendo assim, a atividade das partes seria subsidiária e de menor importância. Assim se manifesta o citado autor e, posto que longas, merecem transcrição suas lições:

“En nuestro derecho positivo actúan ambos, pero prevalecen notablemente las facultades conferidas al juez en materia de prueba. Es lo contrario de lo que ocurre en el proceso civil, donde por regla general corresponde a las partes fijar los hechos relevantes para la causa y proponer los medios de prueba pertinentes.

En el proceso penal las partes tienen una función subordinada. Más amplia es la del juez, en razón a que lo más importante en él es el descubrimiento de la verdad objetiva, para el cual es indispensable la labor del juez. La manifestación más importante de estos poderes autónomos de actividad probatoria que corresponde al juez la encontramos en el debate, donde sin necesidad de petición de las partes, éste tiene facultades de prueba supletoria (arts. 455 y 457). Estos poderes instructorios del juez por cima de la actividad de las partes, son expresión del amplio y especial carácter público que se imprime al juicio penal.”⁴⁷

Vicenzo Manzini, outro processualista de renome, também é do mesmo sentir e endossa a posição de Eugenio Florian⁴⁸.

Eduardo Couture, em entendimento que parece equivocado, manifesta-se pela desnecessidade de se falar em ônus da prova, devendo tal expressão ser inclusive banida da ciência processual penal⁴⁹.

No Direito Soviético, a solução adotada é bastante peculiar, pois não se nega a inocência do acusado até que surja posterior prova em contrário. Entretanto, reparte-se o

⁴⁷ FLORIAN, Eugenio. **Elementos de Derecho procesal penal**. Tradução de L. Prieto Castro. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1933. p.318-319.

⁴⁸ MANZINI, Vicenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**, tomo III. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, p.200-202.

⁴⁹ Couture assim se manifesta: “Neste sentido é necessário acompanhar a mesma orientação do processo penal, em que se preferiu ‘riscar a expressão ônus da prova’ do vocabulário da ciência.” Cf. COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Tradução de Benedicto Giacobini. São Paulo: Red Livros, 1999, p.161.

ônus da prova entre acusador e acusado, ou seja, ao acusador cabe demonstrar os fatos que fundamentam sua pretensão e, ao acusado, os que a infirmam⁵⁰.

Em que pese a opinião dos ilustres doutrinadores não concordo com suas exposições.

Primeiramente, tomou-se a questão do ônus da prova sob o aspecto subjetivo, o que, definitivamente, não é o caso. Já no direito soviético, a solução adotada não apreende o fenômeno em sua inteireza.

O fato de o juiz buscar provas e tentar chegar à verdade não impede a atividade das partes de fornecerem elementos à convicção do julgador. Isso porque a atividade do magistrado deve ser sempre supletiva à das partes e, malgrado todo esforço probatório, podem pairar dúvidas acerca da ocorrência dos fatos⁵¹. Nesse momento é que ganham importância as regras do ônus da prova, pois tais visam dar uma direção em virtude de dúvida insuperável. Sem as regras do ônus da prova a orientá-lo, o julgador ver-se-ia sem caminhos diante de dúvidas acerca da imputação. A busca da verdade pelo julgador, em minha opinião, nada tem a ver com as regras do ônus da prova⁵².

É de se ressaltar que as regras de experiência mostram que nenhum juiz, salvo se possuir uma mente doentia, condena diante de dúvidas quanto à culpa do réu. Entretanto, o que se quer com esse singelo trabalho é estipular, e aclarar, o que deve ser provado, ou seja, como se fará a distribuição do ônus da prova.

⁵⁰ Andrei Vishinski assim resume a questão: “Conclusão: a regra do deslocamento do **onus probandi** somente pode ser formulada no sentido de que: a) a prova das circunstâncias que confirmam a acusação cabe ao acusador; b) a prova das circunstâncias que negam a acusação compete ao acusado.” Cf. VISHINSKI, Andrei. **A Prova Judicial no Direito Soviético**. Tradução de Roberto Pereira de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1957, p.131.

⁵¹ José Roberto dos Santos Bedaque, tratando do processo civil, mas em lição inteiramente aplicável ao processo penal, assim se manifesta no tocante ao ônus da prova e aos poderes instrutórios do juiz: “As regras referentes à distribuição do ônus da prova devem ser levadas em conta pelo juiz apenas e tão-somente no momento de decidir. São regras de julgamento, ou seja, destinam-se a fornecer ao julgador meios de proferir a decisão, quando os fatos não restaram suficientemente provados. Antes disso, não tem ele de se preocupar com as normas de distribuição do ônus da prova, podendo e devendo esgotar os meios possíveis, a fim de proferir julgamento que retrate a realidade fática e represente a atuação da norma a situação apresentada em juízo.” Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.117-118.

⁵² É interessante notar que na doutrina italiana, como já se viu em Manzini, há forte tendência em conferir pouca importância as regras de ônus da prova, face a possibilidade do juiz agir na busca da “verdade real”. Cf. LEONE, Giovanni. **Tratado de Derecho Procesal Penal**, vol.II. Tradução de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1963, p.155-161.

Na doutrina nacional, os autores que escreveram antes da “reforma” de 2008, não enfrentaram a questão de modo correto.

Eduardo Espínola Filho foge do tema. Limita-se a tecer comentários sobre o papel do juiz no moderno direito processual penal e em certa passagem afirma que “(...) muito perde do seu prestígio a velha regra de que o onus da prova da alegação compete a quem a faz”. Em suma, não há aprofundamento da matéria e, demais disso, o autor dá importância maior ao aspecto subjetivo do ônus da prova⁵³.

Hélio Tornaghi, um dos maiores processualistas de todos os tempos, assinala que:

“Portanto, o sentido do art. 156 deve ser êsse: ressaltadas as presunções, que invertem o ônus da prova, as alegações relativas ao fato constitutivo da pretensão punitiva têm de ser provados pelo acusador e as referentes a fatos impeditivos ou extintivos devem ser provados pelo réu. Essa, aliás, é a orientação do Código de Processo Civil (§ 1º do art. 209), apenas devendo observar-se que ali só se exige prova de fato controverso”.⁵⁴

José Frederico Marques, outro grande processualista, pensa como Tornaghi e afirma que:

“O Ministério Público deve provar a prática do fato típico. Feita essa demonstração fundamental, segue-se o juízo de valor sobre a licitude da conduta tipificada. Existindo uma causa excludente da antijuridicidade, o fato típico não será ilícito. Ao réu, porém, incumbe provar a existência dessa causa excludente da ilicitude, para que demonstre ter agido *secundum jus*”.⁵⁵

E, conclui mais adiante:

“De um modo geral, o onus probandi é repartido, também no processo penal, segundo a regra de que “incumbe a cada uma das partes alegar e provar os fatos que são base da norma que lhes é favorável.”⁵⁶

⁵³ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**, vol.2. 5.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, p.454-455.

⁵⁴ TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**, vol.IV. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p.232.

⁵⁵ MARQUES, *op.cit.*, p.267.

⁵⁶ MARQUES, *op.cit.*, p.268.

Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, em obra mais moderna, sustenta a posição acima mencionada e chega a citar o professor Tornaghi⁵⁷.

Fernando da Costa Tourinho Filho, na esteira dos ensinamentos acima mencionados, aduz:

“Se, por acaso, a Defesa argüir em seu prol uma causa excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade, é claro que, nessa hipótese, as posições se invertem, tendo inteira aplicação a máxima *actori incumbit probatio et reus in excipiendo fit actor...* Diga-se o mesmo se a Defesa alegar a extinção da punibilidade.”⁵⁸

Os autores incorriam sempre nos mesmos erros.

A rigor, como já se afirmou *alhures*, o réu nada tem a provar, sua única incumbência é a de opor-se à pretensão acusatória. É a acusação que deve provar o que alegou. Não se pode, por analogia, impor ao processo penal a distribuição do ônus da prova, referida pelo Código de Processo Civil, ou seja, não há inversão desse ônus se o réu alegar excludentes de ilicitude ou de culpabilidade. Volta-se a afirmar, o ônus da prova é todo da acusação, consoante o disposto no artigo 41 da Lei Processual Penal. Ao narrar o fato criminoso com todas as suas circunstâncias o acusador está afirmando que foi cometido um fato típico, antijurídico e culpável. Logo, o réu não poderia ter agido, por exemplo, em legítima defesa.

Mittermaier manifestou-se pela impossibilidade de se transferir ao réu o ônus de provar uma excludente de ilicitude, como, por exemplo, uma legítima defesa. Suas lições, por sua clareza, merecem transcrição:

“As analogias do processo civil ainda fizeram considerar as justificações dadas pelo acusado, com relação a circunstâncias de fato a si favoráveis, como verdadeiras exceções, cuja prova lhe incumbe. Porém é este um dos raciocínios mais falsos e perigosos. A confusão que a este respeito reina no direito civil,

⁵⁷ CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. de. **Da Prova no Processo Penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.10-15.

⁵⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, vol.3, 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.245.

encontramo-la no direito criminal, sempre que para aí passa um tal princípio; e assim como no primeiro tentou-se classificar sob diversas denominações as exceções que o réu pode apresentar, assim também os antigos criminalistas trataram da exceção *álibi* e da exceção *culpa*; e, se nos modernos tempos caíram em desuso estas denominações, não deixou de substituir em alguns espíritos a opinião de que, em matéria de exceção (se, por exemplo, alega-se o caso de legítima defesa, etc., etc.), a prova compete ao acusado. Ora, embora restrita a um pequeno número de casos, esta opinião é insustentável com referência ao processo criminal; e, especialmente aplicada à confissão parcial (qualificada), tem produzido grandes inconvenientes.”⁵⁹

Como se não bastasse, incorre-se em outro erro.

Sustenta-se que, em virtude do fato ser típico, presumir-se-ia sua antijuridicidade⁶⁰. Logo, alegada, v.g, uma excludente de ilicitude, caberia ao réu prová-la. Aqui fica mais patente o engano, pois o raciocínio é válido para a teoria do delito e não para reger normas probatórias de direito processual. É necessário que se construa uma teoria que valha para qualquer situação, ou seja, as regras do ônus da prova devem valer sempre. Não se pode dar aplicação parcial aos princípios da Presunção de Inocência e do *in dubio pro reo* sob pena de desnaturação dos mesmos, pois a Presunção de Inocência “(...) *actúa siempre que deba adoptarse una resolución, judicial o administrativa, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive um resultado punitivo, sancionador o limitativos de sus derechos* (...)”⁶¹.

Surge, então, a questão da prova acerca do dolo, a ser feita pela acusação. Como isso seria feito? Ora, ao provar o fato principal com todas as suas circunstâncias (art. 41 do CPP), o dolo emergiria do contexto probatório. Com o advento da Teoria Finalista, o dolo passou a integrar o tipo, em seu aspecto subjetivo, logo, repita-se, ao provar o fato e suas

⁵⁹ MITTERMAIER, C.J.A.. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**, 3.ed., 2.tir.. Tradução de Herbert Wüntzel Heinrich, São Paulo: Bookseller, 1997, p.124.

⁶⁰ Em verdade, a tipicidade não indicia a antijuridicidade e sim a fundamenta. Para um melhor entendimento da matéria, cf. TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

⁶¹ RODRÍGUEZ, Ricardo Fernández. **Derechos Fundamentales y Garantías Individuales en el Proceso Penal**. Granada: Comares, 2000, p.50.

circunstâncias (art. 41 do CPP) a acusação (Ministério Público ou querelante) provaria que o réu agiu dolosamente.

Há, outrossim, que se fazer referência à culpabilidade. Tal há de ser entendida como um juízo de reprovação do agente acerca de um fato. Ou seja, o mesmo podendo, e devendo, agir de acordo com a lei, não o faz. É como assenta Juarez Tavares, quando aduz que “(...) a culpabilidade assenta-se, precisamente, no poder do autor de não ter agido antijuridicamente”⁶². A culpabilidade é formada pelos seguintes elementos: imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude. E, é da acusação a incumbência de provar seus elementos⁶³. Assim, se o réu alegar eventuais excludentes de culpabilidade, cabe à acusação ilidi-las. A dúvida também socorrerá o acusado (artigo 386, VI, do CPP).

Portanto, ao réu, que se presume inocente, e que não pode ter o ônus de provar excludentes de sua culpabilidade, não cabe fazer prova de nenhuma delas, como bem ressaltou Alexandra Vilela: “A presunção de inocência assume-se assim enquanto regula iuris na repartição do ônus substancial da prova segundo a qual a prova da culpabilidade recai sobre quem oferece a acusação”⁶⁴

Por fim, no que concerne à culpa, em sentido estrito, vislumbram-se as modalidades da imprudência, da imperícia e da negligência.

Igualmente, a prova das mencionadas modalidades de culpa fica, também, inteiramente a cargo da acusação. Apenas para exemplificar, se o *Parquet* narra um acidente de trânsito, cabe a ele demonstrar que o réu dirigia dessa ou daquela forma e, portanto, de forma imprudente.

Tourinho Filho é do mesmo sentir e sua posição vem ao encontro da que ora se defende:

“Cabe, pois, à parte acusadora provar a existência do fato e demonstrar sua autoria. Também lhe

⁶² TAVARES, Juarez. **Teorias do Delito** (Variações e Tendências). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p.73.

⁶³ Se o réu, por exemplo, junta aos autos certidão comprobatória de sua menoridade, cabe à acusação provar que tal certidão é falsa, ilidindo, assim, a afirmação defensiva.

⁶⁴ VILELA, *op.cit.*, p.54.

cabe demonstrar o elemento subjetivo que se traduz por dolo ou culpa. Se o réu goza da presunção de inocência, é evidente que a prova do crime, quer a parte *objecti*, quer a parte *subjecti*, deve ficar a cargo da Acusação”⁶⁵.

Parece inarredável a conclusão de que a doutrina não tratava a questão do ônus da prova de maneira sistemática, caindo em sucessivas contradições, seja por seus próprios argumentos, seja pela inobservância dos princípios constitucionais aludidos no trabalho.

Ora, quando se afirma que o ônus da prova é todo da acusação, desde que o réu não oponha qualquer excludente de ilicitude ou de culpabilidade é trabalhar com premissas compatíveis, por exemplo, com a teoria do delito e não com as regras de direito probatório que são de natureza processual. É, outrossim, negar vigência aos princípios da Presunção de Inocência e do *in dubio pro reo*, que valerão “em algumas situações”, casuisticamente, e não em sua inteireza, como verdadeiras normas que são.

Ricardo Rodríguez Fernández, sintetiza, citando orientação jurisprudencial, a relação entre o ônus da prova e os princípios mencionados no texto, mormente o da Presunção de Inocência:

“Así afirma el TS (vid., S 21 nov 1994) que este principio supone, substancialmente, que hay que partir inexcusablemente de la inocencia y es el acusador quien tiene que probar los hechos y la culpabilidad del acusado, sin que éste aparezca gravado con la carga procesal de demostrar su inocencia”.⁶⁶

3.CONCLUSÃO

Em suma, é a acusação que deve provar um fato típico, antijurídico e culpável, com suas circunstâncias relevantes. Ao réu, em virtude dos aludidos princípios, constitucionais e infra-constitucionais, cabe, tão somente, opor-se à pretensão acusatória, não alegando fato

⁶⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, vol.3, 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.245.

⁶⁶ Ricardo Rodríguez, *op.cit.*, p.55.

algum⁶⁷. Assim, o *caput* do artigo 156 é totalmente equivocado (aliás, os seus respectivos incisos também o são). Eventuais dúvidas quanto às alegações defensivas, notadamente no que diz respeito às excludentes de ilicitude e de culpabilidade conduzem à absolvição do acusado (artigo 386, VI, do CPP). Aqui, mais uma vez, valer-me-ei das lições de Afrânio S. Jardim: “Sob o prisma processual, somente a acusação é que alega fatos, atribuindo-os ao réu. Eventual “alegação” deste, será tão-somente aparente, vez que juridicamente deve ser reputada como mera negação dos fatos alegados na denúncia ou queixa”.⁶⁸

Isto porque é imperioso que os princípios da Presunção de Inocência e do *in dubio pro reo*, como verdadeiras normas-princípios (de aplicação cogente), valham sempre e não casuisticamente. Tais, mormente o da Presunção de Inocência, “(...) enquanto regra probatória, tem como consequência o facto de ser a acusação quem tem de carrear para o processo o material probatório, desonerando o argüido do ônus da prova da sua inocência”.⁶⁹ Com isso, preservam-se (resgatam-se) os valores (sobretudo o valor liberdade) de um Estado, que se diz Democrático de Direito, e que, por pior que possa parecer, mostra-se infinitamente superior aos regimes autoritários que já assolaram nosso país.

Enfim, o que se pretendeu com esse singelo estudo foi fomentar o debate em torno do assunto, que não possuía o tratamento adequado, esperando-se que a “reforma” (lei 11.690/08) ponha os “pingos nos is”.

⁶⁷ Quanto à afirmação feita acima, a lição de Malatesta, que possui uma das melhores obras sobre a prova em sede criminal, é a seguinte: “O demandado que opõe uma exceção à ação contrária tem obrigação de produzir uma prova completa de sua exceção ou ao menos de uma prova superior à da ação de que quer defender-se. Ao acusado, ao contrário, que expõe desde logo uma justificativa ou uma desculpa, não incumbe a obrigação da prova completa, basta-lhe que sua asserção seja crível, mesmo quando a prova da defesa seja inferior à da acusação e chega-se somente a tornar crível a justificação ou desculpa apresentada, só por isso ele triunfa. Por isso, para evitar confusões, é melhor não falar de exceções em matéria penal.” Cf. Malatesta, *op.cit.*, p.143-144.

⁶⁸ JARDIM, *op.cit.*, p.213.

⁶⁹ VILELA, *op.cit.*, p.121. A autora faz a afirmação em relação ao processo penal português, mas suas lições são de total aplicação ao nosso ordenamento.