

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal é a *ultima ratio* do ordenamento jurídico brasileiro, isto é, só deve ser utilizado em situações extremas, para aquilo que efetivamente perturba o convívio social. Essa intervenção mínima da lei penal decorre do fato de que sua aplicação atinge direitos indisponíveis do cidadão, como a liberdade de locomoção, vida, honra e outros.

Por isso, tendo em vista os sérios resultados de uma sentença penal, para que esta seja revestida de justiça, se fez necessário dar ao acusado em sede de processo penal um rol de direitos e garantias, com o intuito de protegê-lo do poder punitivo do Estado.

Um desses direitos e garantias encontra-se consagrado em nossa Carta Magna, e é o chamado princípio da não culpabilidade ou princípio da inocência. E, no que tange a esse princípio, o nobre doutrinador Rangel (2015, p. 26) explica que o entendimento que se deve dar a essa regra constitucional refere-se, diretamente, ao ônus da prova no processo penal pátrio.

Destarte, o objetivo central deste trabalho é, então, estudar o ônus probatório no processo penal brasileiro, isto é, analisar se, neste contexto, o ônus da prova pode receber o mesmo tratamento que no processo civil, no sentido de inverter ou distribuir tal encargo entre autor e réu. Mais especificamente, a intenção aqui proposta é verificar se recai sobre o réu o ônus de instruir os autos do processo com as provas de suas alegações, ou se esta incumbência deve recair somente sobre o autor, ou seja, o acusador, à luz do princípio da inocência.

Quanto ao tema, será visto que, ao tratar do ônus probatório do acusado, doutrina e jurisprudência divergem quanto a terminologia adotada, tendo em vista que aquela utiliza o termo “distribuição do ônus”, e esta, por sua vez, optou por usar “inversão do ônus”. Mas, é cediço que ambos possuem o mesmo significado, ou seja, discorrer sobre o encargo que recai ou não sobre o acusado de produzir suas provas.

Para efeitos deste trabalho, será utilizada a expressão que se encontra na jurisprudência, logo, “inversão do ônus da prova”.

Por conseguinte, para o melhor desenvolvimento do tema, primeiramente, haja vista que Lopes Junior (2013, p. 63) afirma que “o processo penal deve ser lido à luz da Constituição e não ao contrário”, será feita uma breve retrospectiva histórica, com o intuito de verificar como o ônus probatório foi tratado no processo penal antes da

Constituição Federal de 1988, para então entender se, com o advento na atual Carta Magna, as concepções precisam tomar um novo entendimento, ou não.

De acordo com Rangel (2015, p. 467 e 468), os princípios constituem o marco inicial de construção de toda a dogmática processual, sendo premissas balizadoras de todo um sistema jurídico. Por isso, torna-se imprudente estudar qualquer assunto do Direito sem ter em mente todos os princípios que o envolve.

Portanto, na sequência do trabalho, serão expostos todos os princípios que são fundamentais para o real entendimento do ônus da prova, com ênfase no princípio da inocência.

Haja vista que o ponto focal desta pesquisa é estudar o ônus da prova no processo penal, nada mais coerente do que, antes de analisar o ônus em si, separar algumas páginas para falar sobre a teoria geral da prova.

Por fim, construído todo o raciocínio acima, o último capítulo escrito tem o objetivo de apresentar a posicionamento da doutrina e da jurisprudência no que diz respeito ao ônus probatório do acusado, isto é, se a inversão do ônus probatório no processo penal deve, ou não, ocorrer à luz do princípio da não culpabilidade.

Serão apresentadas as razões da corrente doutrinária que é a favor da inversão, bem como da doutrina que diverge nesse sentido. Em seguida, serão elencadas jurisprudências que revelam o entendimento do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunais de Justiça sobre o assunto.

Insta lembrar que o objetivo é analisar se o ônus da prova recai sobre o acusado ou não. Então, feito todo o proposto acima, será possível chegar ao melhor entendimento sobre o tema, em outras palavras, ao entendimento mais constitucional.

2 ÔNUS DA PROVA ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Adentrar nos meandros da história se faz necessário para compreender o “hoje”, logo, sondar a evolução de um instituto permite que façamos um julgamento justo quanto ao seu modo de ser na atualidade. Por óbvio, por ser tratar de uma ciência que se adapta ao crescimento e mudanças da sociedade, essa lógica se aplica ao Direito, neste caso, ao Direito Processual Penal.

O ilustre professor Lopes Junior (2013, p. 63) deixa claro, em uma de suas afirmativas, que “o processo penal deve ser lido à luz da Constituição e não ao contrário”. Marques (1961, p. 74 e 75), com o mesmo intuito de evidenciar a íntima relação que deve existir entre o Direito Processual e a Constituição, descreve que:

Assentando-se na Constituição, o conjunto de princípios básicos do processo penal, claro está que a Justiça Criminal, na organização de seus quadros e no funcionamento de seus órgãos, tem de receber direito influxo dos valores éticos e políticos que informam a ordem jurídico-constitucional.

Ainda nesse sentido, as palavras escritas por Pacelli (2013, p. 36) sobre esse assunto são relevantes, pois, o nobre doutrinador afirma que “o Direito Processual Penal, portanto, é, essencialmente, um Direito de fundo *constitucional*” (Grifo do autor).

Por conseguinte, será deveras instrutivo, antes de introduzir e explicitar o tema aqui proposto, isto é, inversão ou distribuição do ônus da prova no processo penal brasileiro, realizar uma breve retrospectiva sobre como era tratado tal ônus em normas brasileiras anteriores a Constituição de 1988, e assim, analisar a história e o desenvolvimento do processo penal brasileiro.

O Brasil, enquanto colônia, foi regido pelas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. A respeito das Ordenações Afonsinas, explica o doutrinador Marques (1961, p. 87 e 90) que, era forte a influência do direito canônico e de seu procedimento inquisitorial em suas disposições. Não muito diferente, as Ordenações Filipinas também seguiam o sistema inquisitivo, ou seja, concentrava-se as funções processuais de acusar, defender e julgar em uma só pessoa, bem como possuía preceitos bárbaros e desumanos, e vislumbrava um sistema normativo cruel, despótico e sanguinário.

No que tange às formas procedimentais nesse período, segundo Marques (1961, p. 91), o processo penal ordinário seguia, no que fosse adaptável, a mesma ordem e solenidade do processo civil ordinário, sendo este o caso das provas, logo,

se no processo civil o ônus de provar era entregue a autor e réu, o mesmo ocorria no processo penal.

Em momento posterior, Marques (1961, p. 93) ainda menciona que nessa época prevalecia o sistema da prova legal, desta forma, era dever do juiz decidir a situação do réu de acordo com o alegado e provado pelas partes, acusação e defesa, nos autos do processo. Portanto, a presença da inversão do ônus da prova no processo penal era nítida até esse momento.

As Ordenações Filipinas, editadas em 1603, só foram substituídas em 29 de novembro de 1832, onde foi promulgada a Lei nº 127, conhecida por Código de Processo Criminal de Primeira Instância.

O Código de 1832 foi editado durante a vigência da Constituição de 1824, outorgada pela Assembleia Geral Constituinte Legislativa do Império do Brasil. Tal Constituição veio para estabelecer preceitos e princípios garantidores de um processo penal bem diferente do que vigorava nas Ordenações.

Por essa razão, o Código de Processo Criminal passou por um período de reação às leis opressoras, monstruosas e absolutistas de Portugal, e, como obra de seu tempo, acentuou um espírito antiinquisitorial que preservou o processo penal de certos resíduos absolutistas (MARQUES, 1961, p. 96).

O professor Mirabete (2000, p. 36) explica que esse Código de 1832 sofreu forte influência do direito medieval. Mesmo buscando melhorias, como dito acima, durante sua vigência somente os ricos e poderosos possuíam privilégios, pois desfrutavam da possibilidade de fazer uso do dinheiro para serem isentos das sanções penais. Também se buscava com insistência a confissão do réu em processo penal, e para isso, fazia-se uso de fraudes e torturas.

Sobre as provas, a testemunhal possuía grande valor, todavia, muitas vezes era desprovida da verdade, já que, para consegui-las, o interessado facilmente recorria a tortura ou promessas de recompensa (MIRABETE, 2000, p. 37).

Em consulta ao Código mencionado (PLANALTO, online), alguns artigos se mostram relevantes no que diz respeito ao ônus da prova nessa fase, a seguir, estão elencados alguns desses dispositivos:

Art. 98. O Juiz mandará ler ao réu todas as peças comprobatórias do seu crime, e lhe fará o interrogatório pela maneira seguinte:

§ 1º Qual o seu nome, naturalidade, residência, e tempo della no lugar designado?

§ 2º Quaes os seus meios de vida, e profissão?

§ 3º Onde estava ao tempo, em que diz, aconteceu o crime?

§ 4º Se conhece as pessoas, que juraram contra elle, e desde que tempo?

§ 5º Se tem algum motivo particular, a que attribua a queixa, ou denuncia?

§ 6º Se tem factos a allegar, ou provas que o justifiquem, ou mostrem sua innocencia?

Art. 116. Se o Juiz pelas respostas, não fôr convencido de estar o interrogado livre de crime, mandará que este se retire para fóra do seu Districto no prazo, que lhe fôr assignado, pena de ser expulso debaixo de prisão, excepto se provar que não tem crime, ou se dêr fiador conhecido, e de probidade, que se obrigue a apresentar passaporte dentro de certo prazo, sujeitando-se a uma multa se o não fizer.

Art. 126. O conductor, ou as partes queixosas devem dar juramento, e provar com testemunhas (ou documentos, quando lhes fôr possível) sua informação escripta; o acusado pôde contestal-a verbalmente, e provar tambem sua defesa antes que o Juiz resolva; e por isso no segundo caso deve ser notificado para vir á presença do mesmo Juiz. (SIC)

Em análise ao artigo 98, § 6º, o juiz em questão, no interrogatório, perguntava ao réu se possuía alguma prova de sua inocência. Depreende-se do artigo 116 que o réu só não era submetido a situação ali descrita caso provasse não ter cometido crime algum. O artigo 126, por sua vez, mostra que, durante a vigência do código anterior, o réu podia provar sua defesa antes do juiz resolvê-la.

Desta forma, é possível concluir que cabia não só a acusação, mas também a defesa o ônus de provar as teses por elas alegadas nos autos, essa com o intuito de evidenciar a inocência do réu, e aquela, a culpa. Então, nesse período também existia a inversão ou distribuição do ônus da prova entre autor e réu.

Cento e nove anos depois, com a proclamação da República e com o advento da Constituição de 1937, foi organizado um novo Código. Promulgado em 30 de outubro de 1941, o Decreto-Lei nº 3.689, conhecido por Código de Processo Penal, vigora até hoje.

Grande marco trazido por esse Código foi o fim do sistema inquisitivo, visto que, separou de vez as funções acusatória e julgadora a partir do momento que constituiu todas as formas procedimentais sob fiel observância do sistema acusatório (MARQUES, 1961, p. 105).

No que tange ao ônus da prova, o artigo 156 do Código de 1941 mostra que a matéria não sofreu grandes mudanças comparado ao código anterior, ao afirmar que (TOURINHO FILHO, 1994, p. 214):

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, determinar de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Destarte, o ônus de provar as alegações feitas nos autos do processo continuou a pertencer igualmente a defesa e acusação. Em outras palavras, no processo penal, da mesma forma que no civil, a prova da alegação incumbia a quem a fazia, deste

modo, o *onus probandi* também era repartido no processo penal (MARQUES, 1964, p. 289).

A respeito desse assunto, esclarece o professor Tourinho Filho (1994, p. 214) que o encargo de provar no Código de 1941, antes da Constituição Federal de 1988, era regido pelo princípio do *onus probandi incumbit ei qui asserit*, ou seja, incumbe-se da prova o autor da tese levantada. Haja vista ser apenas um ônus, as partes não eram obrigadas a fazer prova do que alegavam, mas, era cediço que se incumbia do ônus todo aquele que alegava, acusação ou defesa (p. 215).

Aprofundando as informações, de acordo com Marques (1965, p. 286 e seguintes), no processo penal que antecedeu a Constituição de 1988, invertia-se o ônus da prova dependendo da alegação feita. Desta maneira, cabia ao órgão da acusação demonstrar que a infração teve por sujeito ativo o réu em questão, isto é, era incumbida de fornecer os meios probatórios necessários para demonstrar todos os elementos constitutivos do crime, bem como a materialidade, autoria, elementos subjetivos e normativos. Caso, a acusação não obtivesse êxito em suas provas, de acordo com o artigo 386, IV, do Código de Processo Penal, o réu deveria ser absolvido.

Não obstante, se a defesa levantasse tese fundada com objetivo de exculpar a conduta do réu, arguindo uma causa excludente de antijuricidade ou de culpabilidade, ou alegar extinção da punibilidade, explica Tourinho Filho (1994, p. 214) que se invertia o ônus da prova, então, seria tarefa da defesa realizar a prova da tese levantada.

Posto isto, mesmo sofrendo alterações, o artigo 156 do vigente Código de Processo Penal, com sua redação e apoiado pelas Constituições posteriores, prosseguiu com o entendimento de que é justo o ônus da prova ser entregue a ambas as partes do processo.

Insta lembrar que essas Constituições ora possuíam um condão autoritário, totalitário, fascistas e militar, como as Cartas de 1937, 1967 e 1969, onde os direitos e garantias dos réus eram claramente limitados, ora alimentavam ideias democráticas e liberais, como ocorreu em 1946, e, por consequência, o processo penal refletia esses ideais descritos em tais Constituições (LENZA, 2013, p. 116 e seguintes).

No entanto, ainda tendo em vista a afirmativa do professor Lopes Junior descrita no início, foi com a Constituição de 1988 e os novos princípios introduzidos em seu teor que o ônus da prova passou a ser regido pelo princípio da não

culpabilidade, o qual será apresentado no próximo capítulo, e não mais pelo princípio do *onus probandi incumbit ei qui asserit*, dando ao tema uma nova perspectiva.

E é nesse ponto que se inicia a discussão proposta por esse trabalho, assim, é possível indagar: como o Poder Judiciário tem se posicionado quanto ao ônus da prova diante de anos possuindo uma opinião sobre o tema e a atual Constituição? Manter o mesmo entendimento no que diz respeito ao assunto, o que ocorre com nossos Tribunais e doutrinadores, ainda é constitucional perante os novos princípios e premissas? É preciso que o acusado realize prova de determinadas alegações?

Por esses motivos, se fez importante, primeiramente, observar como o ônus da prova era encarado em nosso país antes da Constituição de 1988, para, em seguida, entender a razão pela qual, perante esta Constituição, uns doutrinadores de renome afirmam que as concepções precisam mudar, e outros que mantêm a mesma posição outrora descrita.

3 PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Nas palavras de Rangel (2015, p. 467 e 468), “os princípios são verdades primeiras, as premissas de todo um sistema que se desenvolve visando à construção de um determinado instituto ou categoria do direito”, isto quer dizer que, o marco inicial de construção de toda a dogmática jurídico-processual penal é constituído pelos princípios que regem o direito processual penal (p. 3).

Rangel (2015, p. 3 e 4) vai além em sua explanação no que diz respeito aos princípios, pois menciona que as respostas para certos problemas que surgem no decorrer de um processo criminal muitas vezes estão nos princípios que o informam. Desta forma, os princípios servem de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo (NUCCI, 2013, p. 70).

Tendo em vista os preceitos acima descritos, fica claro que não é coerente iniciar o estudo de qualquer tema existente no Direito sem antes buscar conhecer seus princípios. E é nesse aspecto que se funda a importância desse capítulo. Assim, com o intuito seguir as orientações do nobre doutrinador acima expostas, a seguir, então, será abordado, resumidamente, alguns princípios relevantes ao desenvolvimento desse trabalho.

3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Um dos fundamentos da República Federativa do Brasil apresentados pela Carta Magna de 1988 em seu artigo 1º, III, é a dignidade da pessoa humana. Esse é o princípio central que norteia, não só o Direito Processual Penal, mas todo o ordenamento jurídico. Logo, no que tange ao ônus da prova, e toda a discussão envolvida, o princípio da dignidade da pessoa humana é basilar, ou seja, é irresponsável estudar sobre a atividade probatória das partes no processo sem colocar o referido princípio à frente de qualquer raciocínio.

De acordo com Bitencourt (2017, p. 73), a “dignidade da pessoa humana é um bem superior aos demais e essencial a todos os direitos fundamentais do Homem, que atrai todos os demais valores constitucionais para si”. Por isso, a Constituição Federal elevou a dignidade da pessoa humana a valor fundante da ordem normativa interna, o que o torna um dos princípios de maior grau e uma das fontes mais recorridas da Constituição.

O objetivo maior do princípio ora em comento é colocar o homem no centro das atenções do Estado, fazendo do Estado e do Direito meios para a realização da dignidade humana.

Por fim, Nucci disciplina que (2013, p. 90), o princípio da dignidade da pessoa humana visa garantir a cada indivíduo um mínimo existencial, atendendo as suas necessidades básicas, bem como criar um sentimento de respeitabilidade e autoestima inerentes ao ser humano. Afirma ainda que “nada se pode tecer de justo e realisticamente isonômico que passe ao largo da dignidade humana”.

3.2 Princípio do devido processo legal

A Constituição Federal, em seu art. 5º, LIV, proclama que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Isso quer dizer que, o devido processo legal é aquele estabelecido previamente em lei, deste modo, e buscando maior garantia, consagra-se a necessidade do processo tipificado (TÁVORA & ALENCAR, 2010, p. 61).

Em outras palavras, esse princípio defende que, para que haja cerceamento da liberdade ou privação de bens particulares em sede de processo criminal, é preciso respeitar todas as formalidades dispostas na lei. Logo, tal princípio constitui garantia dada ao cidadão de que seus direitos serão respeitados, não sendo possível que ocorra alguma restrição aos mesmos que não prevista em lei, bem como assegura que todos serão tratados igualmente pelo magistrado, já que o juiz deverá seguir as mesmas regras em todas as demandas, independente das partes envolvidas (RANGEL, 2015. p. 4).

Leciona Nucci (2013, p. 90) que o devido processo legal representa a união de todos os princípios penais e processuais penais, e que, juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, entabula a regência de todos os demais princípios, dando-lhes unidade e coerência.

3.3 Princípio do contraditório e da ampla defesa

A Carta Magna dispõe em seu artigo 5º, LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Embora encontrados sempre

juntos, contraditório e ampla defesa são institutos distintos, mas, possuem íntima relação e interação.

O princípio do contraditório reflete o direito de participação, isto é, concede as partes de um processo a possibilidade de contribuírem para a formação do convencimento do juiz, dando-lhes ciência de todos os atos processuais. Desta maneira, garante o direito à informação de qualquer fato ou alegação contrária ao interesse das partes, e isso significa dar a ambos a possibilidade de reação, na mesma intensidade e extensão, ou seja, participação em simétrica paridade (PACELLI, 2013, p. 43).

O doutrinador Nucci (2013, p. 94) explica que, a toda alegação fática ou apresentação de provas realizadas por uma das partes no processo, tem o adversário o direito de se manifestar, por isso, afirma Rangel (2015, p. 17) que há no contraditório a ideia de informação e reação, ou, ciência bilateral dos fatos, e que, esse quadro resulta em um debate que as partes realizam no processo sobre a relação de direito material, e isso traz igualdade as partes, visto que possibilita a ambas a produção das provas de suas pretensões.

O princípio da ampla defesa, por sua vez, concede ao réu o “direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação”, uma vez que é a parte frágil do processo, enquanto o Estado, com todos os seus órgãos constituídos e preparados, é a parte mais forte (NUCCI, 2013, p. 92).

O ilustríssimo professor Lopes Junior (2017, p. 99) divide a defesa do réu em defesa técnica e defesa pessoal. A primeira consiste na presença de um profissional com capacidade postulatória e conhecimentos teóricos do Direito, ou seja, o advogado. A presença deste é indisponível no processo penal, haja vista que o artigo 261 do Código de Processo Penal descreve que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.

A defesa técnica justifica-se também na hipossuficiência do acusado diante da autoridade estatal encarnada pelo promotor, policial ou mesmo juiz, logo, a atuação do defensor garante ao acusado paridade de armas. Vale ressaltar que é dever do Estado, segundo a Constituição Federal, artigo 5º, LXXIV, prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Já a defesa pessoal, por seu turno, ou autodefesa, consubstancia-se na atuação pessoal do acusado no sentido de resistir a pretensão estatal. Aqui, ele defende a si mesmo. Essa defesa manifesta-se no interrogatório, com a possibilidade

de o acusado optar por permanecer em silêncio, no direito de presenciar a realização dos atos processuais, dentro outros (p. 101). Observa-se que a defesa pessoal é disponível, diferente da técnica.

Por fim, é perceptível a interação entre esses dois princípios, onde, do contraditório nasce o exercício da defesa, e a defesa garante o contraditório (LOPES JUNIOR, 2017, p. 98).

3.4 Princípio da verdade real/ verdade processual

Por envolver direito disponível, prega a doutrina tradicional que vigora no processo civil o princípio da verdade formal ou relativa, onde o juiz não está obrigado a buscar provas, podendo contentar-se com a verdade trazida pelas partes e extraíndo dos autos sua conclusão. Em contrapartida, o processo penal, por envolver direito indisponível, como, por exemplo, a liberdade de locomoção, vida e honra, está regido pelo princípio da verdade real, no qual o juiz deve sair em busca de tal verdade, sendo esta a que mais se aproxima do que realmente aconteceu. Logo, o juiz não deve se conformar com o que lhe é apresentado pelas partes, semelhante ao processo civil, mas deve buscar provas, tanto quanto as partes, motivando sua decisão no mais próximo ao mundo real possível (NUCCI, 2013, p. 114 e 115).

Não obstante, leciona Lopes Junior (2017, p. 372 e 373) que falar em verdade real no processo penal é um grave erro, pois é inalcançável e um grande mito. Explica que a verdade real nasceu na inquisição, na qual foi usada para justificar os atos abusivos do Estado, bem como possuía o intuito de fazer com que as práticas probatórias mais diversas, como a tortura, se tornassem autorizadas pela nobreza de seus propósitos: a verdade.

Destarte, tendo em vista a incoerência de se falar em verdade real, doutrina moderna afirma que o que vigora em ambos os ramos da ciência jurídica processual, (civil e penal), não são as verdades acima descritas, mas, na realidade, é a verdade processual.

Disciplina Rangel (2015, p. 7) que a verdade é processual, ou seja, em termos meramente aproximativos, diz ser verdade aquilo que está dentro dos autos, e pode não corresponder à verdade do mundo dos homens. Em outras palavras, buscar a verdade processual é analisar todos os elementos probatórios necessários e lícitos

que estão expostos nos autos para se comprovar, com certeza, quem realmente cometeu o delito.

Nesse mesmo sentido, afirma Nucci (2013, p. 401) que a “verdade processual surge durante a lide, podendo corresponder à realidade ou não, embora seja com base nela que o magistrado deve proferir sua decisão”.

Portanto, não há que se falar em verdade real para o processo penal ou formal para o processo civil, mas, na verdade que decorre dos autos. Assim, o juiz deve considerar em sua sentença os elementos de prova que se encontram dentro dos autos, com isso, sua valoração e motivação recaem sobre tudo que se apurou no corpo do processo, e isso faz com que nem a confissão tenha valor absoluto (RANGEL, 2015, p. 7).

Finalmente, afirma Lopes Junior (2017, p. 376) que essa luta entre as partes do processo para convencer o juiz quanto a verdade que se aflora dos autos é o que diferencia o sistema acusatório do inquisitório, e que, a decisão do juiz “não é a revelação da verdade real, mas um ato de convencimento formado em contraditório e a partir do respeito às regras do devido processo”.

3.5 Princípio do *in dubio pro reo* ou *favor rei*

O princípio ora em análise está ligado ao princípio da presunção da inocência que será apresentado a seguir. O objetivo do *in dubio pro reo* é fazer com que o juiz, diante de dúvida razoável quanto a culpabilidade do acusado, pela ausência de prova idônea, decida em favor do mesmo.

A premissa aqui defendida é o fato de que todos os seres humanos nascem livres e inocentes, e isso só pode ser alterado diante de prova cabal produzida pela acusação (NUCCI, 2013, p. 91).

Deste modo, a condenação do acusado precisa estar fundamentada na convicção do juiz quanto sua culpa, logo, não havendo provas suficientes da materialidade e autoria do crime, é dever do mesmo absolver o acusado.

O Código de Processo Penal defende tal posicionamento em seu artigo 386, VI, ao dispor que o juiz deverá absolver o réu quando reconhecer não existir prova suficiente para a condenação do mesmo. Quanto a isso, o professor Rangel (2015, p. 35) explica que:

[...] estando o juiz diante de prova para condenar, mas não sendo suficiente, fazendo restar dúvida, surgem dois caminhos: condenar o acusado, correndo o risco de se cometer uma injustiça, ou absolve-lo, correndo o risco de colocar nas ruas, em pleno convívio com a sociedade, um culpado.

A melhor solução será, indiscutivelmente, absolver o acusado, mesmo que correndo o risco de colocar um culpado nas ruas, pois antes um culpado nas ruas do que um inocente na cadeia.

Com isso, observa-se que absolver um acusado como resultado de certa dúvida quanto a sua culpa é a maneira mais adequada de evitar que pessoas inocentes sejam encarceradas.

3.6 Princípio da inocência e suas funções de garantia

No que diz respeito ao objeto de estudo deste trabalho, o princípio em tela é o mais relevante, tendo em vista que a discussão quanto a existência ou não de inversão do ônus da prova no processo penal tem início e se funda nesse princípio. Logo, se torna inviável discursar sobre o ônus da prova sem ter o princípio constitucional da inocência sempre em mente.

Por ora, as palavras serão restringidas com o intuito de apenas conceituar o referido princípio, para então, no momento oportuno, expandir o raciocínio e expor sua profunda ligação com o ônus da prova em sede de processo penal, ou melhor, avaliar porque o entendimento correto que se deve dar a essa regra constitucional refere-se ao ônus da prova, fazendo com que até mesmo no conceito o assunto seja mencionado.

A presunção da inocência remonta ao Direito romano, mas foi seriamente atacada na inquisição da Idade Média, e no fim do século XIX e início do século XX, pelo verbo totalitário e pelo fascismo.

Segundo leciona Rangel (2015, p. 23 e 24), o marco principal da presunção de inocência ocorreu no final do século XVIII, em pleno Iluminismo, quando, na Europa Continental, nasceu a necessidade de lutar contra o sistema processual penal inquisitório, de base romano-canônica, que vigia desde o século XII, já que, nesse sistema o acusado era desprovido de toda e qualquer garantia. O Estado queria a condenação do acusado a qualquer preço, presumindo-o, como regra, culpado, com isso, surgiu o dever de proteger o cidadão do arbítrio do Estado.

O sistema acusatório é a base para tratar o acusado com mais dignidade e respeito à sua liberdade de locomoção, por consequência, foi quando o processo

penal europeu passou a se deixar influenciar pelo sistema acusatório que surgiu maior proteção da inocência do acusado (*idem*).

E foi nesse quadro de lutas, revoltas e mudanças que surgiu a Declaração dos Direitos do Homem, em 1789, consagrando em seu artigo 9º o princípio da inocência, onde está escrito que:

Art. 9º. Todo o homem é considerado inocente, até ao momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregada para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei.

No Brasil, o princípio da inocência está devidamente consignado no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, cujo texto diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Este é o princípio reitor do processo penal.

De acordo com Rangel (2015, p. 25), a terminologia mais adequada seria, na realidade, princípio da não culpabilidade. Ele explica que a Constituição Federal não presume a inocência, mas informa que todo acusado só será considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Logo, se o juiz, ao apreciar as provas dos autos, decidir condenar, está presumindo a culpa, mas, se absolver, presume a inocência, já que, seria ilógico o juiz condenar, presumindo que o réu seja inocente. Assim sendo, o réu tanto pode ser presumido culpado como presumido inocente e isto em nada fere a Constituição, pois, o que a Constituição veda, de fato, é considerar culpado antes do trânsito em julgado, e não presumir.

O princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, estabelece essencialmente garantias para o imputado frente à acusação punitiva estatal, e impõe certa regra de julgamento e um verdadeiro dever de tratamento, que, segundo Lopes Junior, atua interno e externo ao processo.

O dever de tratamento na dimensão interna aplica-se, primeiramente, ao juiz, determinando que a carga probatória seja inteiramente do acusador, tendo em vista que o réu é presumido inocente, logo, cabe ao somente acusador derrubar tal presunção. Nessa dimensão, a presunção de inocência também implica em fazer com que o juiz e o acusador tratem efetivamente o réu como inocente, não usando ou abusando das medidas cautelares, deste modo, na mente do juiz deve vigorar o pensamento de que o réu é inocente, até que seja provada sua culpa pela acusação (LOPES JUNIOR, 2017, p. 96, 97 e 355).

O dever de tratamento na dimensão externa, por sua vez, exige certa proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização precoce do réu diante do dever de tratá-lo como inocente, assim, o espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção da inocência (*idem*).

No que tange a mencionada regra de julgamento, Lopes Junior (2017, p. 355) explica que “a presunção de inocência do réu impõe que a absolvição seja o critério pragmático de resolução da dúvida judicial, através do *in dubio pro reo*”.

A respeito disso, não muito diferente das palavras de Lopes Junior, Nucci (2013, p. 90 e 91) evidencia que o principal objetivo do princípio da não culpabilidade é garantir que o ônus da prova cabe à acusação e não a defesa, visto que as pessoas nascem inocentes, e esse estado só pode ser quebrado mediante provas suficientes da acusação.

Por outro lado, o princípio também confirma a excepcionalidade e a necessidade das medidas cautelares de prisão durante toda a persecução penal, já que os indivíduos somente podem ser levados ao cárcere quando realmente útil à instrução e à ordem pública. Por isso, qualquer medida de coerção pessoal contra o acusado, ante de transitar em julgado a sentença condenatória, como a prisão provisória, deve se revestir de caráter cautelar, e somente se extremamente necessário, e se preenchidos os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal (*idem*).

Com isso, é possível resumir o princípio da não culpabilidade em três garantias, quais sejam: o ônus da prova deve ser entregue, integralmente, a acusação; a prisão provisória só pode ocorrer em caráter cautelar; a condenação deve ser pautada na plena convicção do juiz quanto a culpa do réu.

Por fim, será proveitoso abordar um último questionamento no que tange o princípio da não culpabilidade, no que diz respeito ao seu término. Como foi visto, segundo a Carta Magna, a presunção da inocência do acusado vigora até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em outras palavras, a execução da pena está condicionada ao trânsito em julgado da condenação, pois, só depois disso é que o réu pode ser considerado culpado.

Contudo, recente discussão realizada no Supremo Tribunal Federal promoveu certa mudança em seu entendimento, no que se refere ao início da execução provisória da pena. Em consulta ao site do STF, o Ministro Alexandre de Moraes, ao julgar o Agravo Regimental no Habeas Corpus 148.954, em 01 de dezembro de 2017, sustenta que:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ARTS. 33 E 35 DA LEI Nº 11.343/2006). INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. 1. Não há violação ao princípio da colegialidade quando o relator, utilizando-se da faculdade conferida pelo art. 21, § 1º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, nega seguimento a pedido manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário a jurisprudência dominante ou a súmula do Tribunal. 2 O Plenário desta Corte concluiu que a “execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal” (HC 126.292/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Dje de 17/5/2016). Entendimento confirmado no julgamento das medidas cautelares nas ADCs 43 e 44 (julgadas em 5/10/2016). E, em repercussão geral, foi reafirmada a jurisprudência, no exame do ARE 964.246 (Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, DJe de 25/11/2016). 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, 2017) (Grifo nosso)

Com esse mesmo raciocínio, o Ministro Roberto Barroso, no julgamento do Agravo Regimental no Habeas Corpus 144.064, na mesma data, afirma que:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. FALTA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. A parte recorrente não impugnou, especificamente, todos os fundamentos da decisão agravada, o que impossibilita o conhecimento do recurso, na linha da pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. 2. Inexistindo pronunciamento colegiado do Superior Tribunal de Justiça, não compete ao Supremo Tribunal Federal examinar a questão de direito discutida na impetração. 3. “O habeas corpus não é, considerado o seu rito estreito, a via processual adequada ao reexame de fatos e provas para chegar-se à absolvição” (HC 107.550, Rel. Min. Luiz Fux). 4. A execução provisória de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade. 5. Agravo regimental não conhecido. (STF, 2017) (Grifo nosso)

Isto posto, tendo em vista as ementas acima, conclui-se que a questão teve início com o Ministro Teori Zavascki, ao julgar o Habeas Corpus 126.292, e, tal discussão resultou em um novo entendimento. Portanto, hoje, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o réu deixa de ser amparado pelo princípio da presunção de inocência após a confirmação da sentença penal condenatória em segunda instância, tornando possível a execução da pena a partir deste momento, e não mais após o trânsito em julgado da sentença.

É cediço que o entendimento supra vai de encontro com a Constituição Federal, e que muda consideravelmente a situação do réu. Dessa forma, pode ser que este seja um caso passível de Emenda Constitucional.

4 DA PROVA

Como a pretensão deste trabalho de conclusão de curso é analisar o ônus da prova e a validade de sua inversão, nada mais razoável do que relembrar alguns aspectos da teoria geral da prova dentro do Direito Processual Penal, para em seguida discorrer a respeito de sua inversão.

4.1 Conceito e finalidade ou objetivo da prova

Prova é todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com o intuito de comprovar a verdade de uma alegação. O nobre professor Rangel (2015, p. 461 e 462) afirma ser possível conceituar prova como o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa.

Intrínseco no conceito de prova, está a sua finalidade, que consiste em formar o convencimento do juiz, seu principal destinatário. Por isso, prova é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado. Em outras palavras, o objetivo das provas é obter o convencimento daquele que vai julgar, decidindo a sorte do réu, condenando ou absolvendo (TÁVORA & ALENCAR, 2010, p. 346).

4.2 Objeto da prova

Objeto da prova são os fatos capazes de influir na decisão do processo e que as partes pretendem demonstrar. É toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre as quais pesa incerteza, e por isso, precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa (CAPEZ, 2005, p. 260).

Segundo dispõe Rangel (2015, p. 462), o objeto da prova consiste em todo fato, controvertido ou não, coisa ou acontecimento que deve ser conhecido pelo juiz, a fim de que possa emitir um juízo de valor. Isso faz com que até mesmo a confissão não tenha valor absoluto, sendo necessário seu confronto com os demais elementos de prova dos autos.

Explica também que se o Ministério Público imputa a Tício a prática do crime de homicídio doloso qualificado por motivo fútil, o objeto da prova é o homicídio, a

morte da vítima por motivo insignificante desproporcional entre o crime e sua causa moral.

Vale ressaltar que objeto da prova se distingue de objeto de prova. Este equivale aos fatos ou coisas que devem ser provados, ou saber o que se precisa provar, haja vista que os fatos notórios, intuitivos e o Direito não necessitam ser provados, apenas este último dependerá de prova quando se tratar de direito estadual, municipal ou consuetudinário (*idem*).

4.3 Classificação das provas

A prova comporta inúmeras classificações, todavia, estão elencadas abaixo apenas as quatro mais relevantes, ou seja, a prova quanto ao objeto, efeito ou valor, sujeito e forma.

Quanto ao objeto, segundo Capez (2005, p. 271), a prova pode ser direta ou indireta. Será direta quando referir-se diretamente ao fato probando, isto é, quando, por si, demonstrar o fato principal. No entanto, será indireta quando, levando em consideração outros fatos de natureza secundária, alcança o fato principal por meio de um raciocínio lógico-dedutivo.

Quanto ao efeito ou valor, leciona Távora e Alencar (2010, p. 348 e 349) que a prova é considerada plena ou não plena. No primeiro caso, trata-se da prova necessária para condenação, concedendo ao juiz a certeza quanto ao fato apreciado. Já no segundo, “é a prova limitada quanto à profundidade, permitindo, por exemplo, a decretação de medidas cautelares”.

Por seu turno, quanto ao sujeito, a prova pode ser pessoal ou real. A prova pessoal é aquela que encontra origem na pessoa humana, assim, consiste em afirmações pessoais e conscientes, podendo citar o interrogatório, depoimento e outros. A prova real refere-se a uma coisa externa e distinta da pessoa, e que confirma dada afirmação, como é o caso do lugar, o cadáver e a arma (CAPEZ, 2005, p. 271).

Por último, a prova quanto à forma pode ser testemunhal, documental e material. Será testemunhal quando feita por depoimento pessoal oral de alguém estranho ao processo, e em alguns casos específicos, por escrito. A prova será documental quando produzida por afirmação escrita ou gravada, como as cartas, fotografias e escrituras públicas. Por sua vez, a prova material é aquela que consiste em qualquer materialidade que sirva de elemento de convicção sobre fato probando,

por exemplo, exames de corpo e delito, perícias e instrumentos utilizados no crime (RANGEL, 2015, p. 467).

4.4 Meios de prova

Meios de prova é caminho utilizado pelo juiz para formar a sua convicção acerca dos fatos ou coisas que as partes alegam, ou seja, é tudo aquilo que o juiz utiliza para conhecer da verdade dos fatos, e para alcançar um fim justo no processo, estejam eles previstos na Lei ou não (RANGEL, 2015, p. 463).

São exemplos de meios de prova: a confissão, depoimento, inspeção judicial, perícia, dentre outros.

4.5 Princípios da prova

Por ser um instituto que está dentro do processo penal, as provas são guiadas, por óbvio, pelos princípios que dizem respeito a este ramo do Direito. Contudo, as provas possuem seus próprios princípios, que lhes são peculiares e que são aplicáveis somente a elas.

Vale mencionar que os princípios abaixo advêm, naturalmente, do princípio da verdade processual, logo, este é o fundamento daqueles.

4.5.1 Princípio da comunhão das provas

Esse princípio ensina que a prova, uma vez dentro dos autos do processo, não pertence a parte que a produziu, mas, a todos os sujeitos processuais, ou seja, pertencem ao processo. Deste modo, para a acusação retirar dos autos determinada prova é preciso o consentimento da parte contrária, e vice-versa. Ainda assim, é possível que o magistrado decida realizar a prova, divergindo das partes (TÁVORA e ALENCAR, 2010, p. 370).

Não obstante, a regra acima possui uma exceção. O artigo 401, §2º, do Código de Processo Penal afirma que “a parte poderá desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvado o disposto no art. 209 deste Código”. Então, a possibilidade de desistência unilateral somente recai sobre a prova testemunhal, e, ao juiz, é permitido decidir se ouvirá, de fato, a testemunha ou não (art. 209 do Código).

4.5.2 Princípio da liberdade das provas

O princípio em tela, segundo Rangel (2015, p. 468 e 469), fornece ao juiz toda liberdade de agir, com o intuito de facilitar que este reconstrua o fato praticado e aplique a ele a norma jurídica que for mais cabível. O respaldo dessa liberdade se encontra, conforme o princípio da verdade processual, no dever do magistrado buscar a verdade dos fatos que lhes são apresentados.

Com isso, em sua busca pela verdade, deve o magistrado desenvolver as atividades necessárias, com o escopo de dar a cada um aquilo que, efetivamente, lhe pertence. Entretanto, essa liberdade é limitada, tendo em vista que os princípios constitucionais de proteção e garantia a pessoa humana impedem que a procura da verdade se utilize de meios condenáveis dentro de um Estado Democrático de Direito (*idem*).

Um exemplo dessa limitação é a prova do estado civil. O parágrafo único do artigo 155 do Código de Processo Penal determina que “somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”, por isso, para fazer prova do estado civil das pessoas, o juiz deve seguir as limitações impostas pela lei civil.

4.5.3 Princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece em seu artigo 5º, LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. O Código de Processo Penal, por sua vez, determina (artigo 157):

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

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

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

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

Em análise o artigo acima, conclui-se que a inadmissibilidade de provas ilícitas, ou vedadas, no processo é um direito e uma garantia fundamental. Como foi dito, a

liberdade da prova encontra limites nos direitos e garantias constitucionais, já que a busca da verdade processual não passa por cima de certas premissas da legislação, sendo tal inadmissibilidade um desses limites.

A prova ilícita pode ser em sentido *stricto sensu* ou *lato sensu*. A prova ilícita *lato sensu*, também conhecida como vedada, é gênero, que engloba a prova ilícita *stricto sensu*, a prova ilegítima e a prova irregular, suas espécies.

Segundo Capez (2005, p. 31), prova ilícita *stricto sensu* é aquela produzida com violação a regras de direito material, isto é, mediante a prática de algum ilícito penal, civil ou administrativo. Em contrapartida, as provas ilegítimas são aquelas onde há violação as regras de natureza processual.

Já as provas irregulares, de acordo com Rangel (2015, p. 474), são aquelas admitidas pela norma processual, no entanto, foram colhidas com infringência das formalidades legais existentes. Em outras palavras, são provas admitidas por lei, mas, para serem válidas, é preciso cumprir determinadas formalidades legais, e quando isso não ocorre, tornam-se irregulares.

O §1º do artigo acima descrito fala das provas derivadas das ilícitas, ou, como fala Capez (*idem*), provas ilícitas por derivação. Explica que são aquelas provas lícitas em si mesmas, mas produzidas a partir de outra prova ilegalmente obtida. Isso diz respeito à teoria dos frutos da árvore envenenada, onde se prega a premissa de que a ilicitude de determinada prova afeta as outras que dela se origina.

Compulsando as páginas descritas por Rangel (2015, p. 476 e 478), este doutrinador diz que as provas derivadas das ilícitas já foram motivo de grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial, no que tange a sua aceitação ou não no processo. Todavia, em 2008, com a Lei 11.690, que acrescentou os parágrafos do artigo 157, tal posicionamento se encontra concretizado na legislação. Por isso, hoje, a doutrina pátria afirma que a prova colhida em decorrência de uma prova obtida por meio ilícito é inadmissível no processo.

4.6 Sistema de apreciação da prova – Sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional

Consoante com o que diz Rangel (2015, p. 515), “o sistema de prova é o critério utilizado pelo juiz para valorar as provas dos autos, alcançando a verdade histórica do processo”.

É possível elencar três sistemas de apreciação da prova, por isso, para melhor entendimento daquele adotado pelo ordenamento brasileiro, segue abaixo a definição dos três.

Primeiro, tem-se o sistema da certeza moral do juiz ou da íntima convicção, onde o juiz está absolutamente livre para decidir de acordo com a sua consciência, bem como não está obrigado a fundamentar sua decisão, podendo utilizar o que não está nos autos, trazendo ao processo os seus pré-conceitos e crenças pessoais (TÁVORA e ALENCAR, 2010, p. 368).

Segundo, existe o sistema da certeza moral do legislador ou da prova tarifada. Aqui, a lei estipula o valor de cada prova, estabelecendo hierarquia entre elas, restando ao juiz, sem sua liberdade apreciativa, apenas seguir o regramento. Neste caso, a lei pode estabelecer a prova adequada para demonstrar determinado fato ou ato (*idem*).

Por fim, há o sistema adotado pela legislação pátria, conhecido como sistema do livre convencimento motivado ou persuasão reacional, que está revelado no artigo 155 do Código de Processo Penal, a saber:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Assim, de acordo com o artigo supra, entende-se que o sistema em tela fornece ao juiz liberdade para agir de acordo com as provas que se encontram dentro dos autos, somente. Haja vista que a apreciação é da prova, o juiz não pode se afastar da análise da prova que consta dos autos, seja para condenar ou absolver.

Neste sistema, segundo Távora e Alencar (2010, p. 369), não existe hierarquia entre as provas ou valor entre elas, pois todas possuem o mesmo peso, e o juiz está livre para decidir e apreciá-las da maneira que achar melhor.

Não obstante, essa liberdade não é sinônimo de arbítrio, pois o juiz está obrigado a motivar sua decisão, sob pena de nulidade. Isto se fundamenta no direito subjetivo constitucional das partes de conhecer as razões de decidir do magistrado, para, se assim entenderem, exercerem o direito ao duplo grau de jurisdição. Então, no Brasil, o magistrado forma seu conhecimento a partir da livre análise das provas que foram submetidas ao contraditório das partes, devendo, contudo, explicitar motivadamente as razões de sua opção (RANGEL, 2015, p. 521).

Ao abordar o assunto, Rangel (2015, p. 522) explica o devido significado da expressão “exclusivamente” descrita no artigo 155. Ressalta que não significa dizer que o juiz pode usar as provas colhidas no inquérito, desde que as aprecie com as demais provas do processo, mas, na realidade, significa que o juiz não deve levar em consideração as informações contidas no inquérito policial, exceto as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, tendo em vista que as provas colhidas nessa fase da persecução penal é para que o Ministério Público possa oferecer a denúncia.

4.6.1 Sistema acusatório e a iniciativa probatória do juiz

Como foi escrito acima, o juiz possui total liberdade para apreciar as provas apresentadas pelas partes nos autos, desde que fundamente sua decisão. Mas, é permitido ao juiz que, de igual modo, produza provas e as junte aos autos? O ato do juiz de realizar provas e fundamentar sua decisão com tais provas é constitucional? O juiz possui iniciativa probatória? A seguir, será exposto a maneira que a doutrina se posiciona a respeito, tendo em vista o artigo 156 do Código de Processo Penal e sua profunda relação com o sistema processual adotado pelo mesmo.

Existem três sistemas processuais, quais sejam, inquisitivo, acusatório e o misto, onde cada um segue seus próprios princípios e estabelece diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal ao caso concreto. O sistema processual adotado reflete o momento político do Estado, bem como a democracia ou o autoritarismo de sua Constituição.

De maneira sucinta, o sistema inquisitivo é aquele no qual ocorre a “aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo”. Nesse sistema o acusado é visto como um mero objeto do processo, e não como um indivíduo detentor de direitos. Não existe contraditório e ampla defesa, bem como não existe imparcialidade, tendo em vista que a mesma pessoa que busca a prova é a que decide a partir da prova que ela mesma produziu (LOPES JUNIOR, 2018, p. 42).

O sistema acusatório, em contrapartida, é aquele onde existe clara distinção entre as atividades de acusar, julgar e defender. Com isso, a iniciativa probatória é totalmente entregue as partes, fazendo com que o juiz fique distante desta atividade, assegurando assim, a sua efetiva imparcialidade (*idem*).

Rangel (2015, p. 49) explica que, no sistema acusatório, o juiz é o órgão imparcial de aplicação das leis, e que se manifesta quando devidamente motivado, não lhe sendo mais permitido iniciar a persecução penal *ex officio*. Logo, o autor é quem faz a acusação, e o réu exerce todos os direitos inerente à sua defesa. Assim, segundo o artigo 129, I, da Constituição Federal, o Ministério Público é o titular da ação penal pública, o que afasta, por completo, o juiz da persecução penal.

Já o sistema misto, por sua vez, divide o processo em duas fases. A primeira fase é pré-processual, e a segunda, processual, sendo aquela de caráter inquisitivo, e esta, de caráter acusatório (LOPES JUNIOR, 2018, p. 45).

Grande parte da doutrina afirma que o sistema adotado pelo processo penal brasileiro é o misto, isto devido a existência do inquérito policial na fase pré-processual da persecução penal, sendo este de caráter inquisitivo, haja vista que é feito sem contraditório e ampla defesa.

No entanto, Pacelli (2013, p. 13) leciona que, definir o sistema processual de um ordenamento deve limitar-se ao exame do processo, isto é, da atuação do juiz no curso do processo, e, sabendo que o inquérito policial não é processo, o argumento acima não é fundamento para afirmar que o processo penal pátrio segue o sistema misto.

Por isso, parte da doutrina, como Rangel (2015, p. 53), Pacelli (2013, p. 10), Távora e Alencar (2013, p.43) e Lopes Junior (2018, p. 43), afirma que, a luz do sistema constitucional vigente (artigo 129, I, da Constituição Federal, determina como função privativa do Ministério Público o ato de promover a ação penal pública) e o Estado Democrático de Direito no qual vivemos, o nosso processo segue o sistema acusatório. Mas, a possibilidade de iniciativa probatória do juiz existente no Código de Processo Penal, faz com que tal sistema seja objeto de muitas discussões.

De acordo como o exposto acima, uma das características do sistema acusatório é o total afastamento do juiz da produção das provas, pois este deve ser revestido de imparcialidade, mas, de acordo com o artigo 156 do Código de Processo Penal, alterado pelo Lei nº 11.690/2008, é perceptível que isso não ocorre no processo penal brasileiro, *in verbis*:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

O professor Rangel (2015, p. 510) disciplina que, “em uma estrutura acusatória de processo penal não há espaço para o magistrado ter a gestão da prova, em especial antes de iniciada a ação penal”. Colocar o juiz agindo *ex officio* na colheita da prova é contaminar sua imparcialidade. Por isso, a reforma feita no artigo 156, nesse acaso, adotou o princípio inquisitivo, em total afronta a Constituição Federal, que adota o sistema acusatório (artigo 129, I, CFRB), o que faz deste dispositivo inconstitucional.

É falsa a crença de que o juiz pratica atos de ofício por estar preocupado com os direitos do réu. Quando o juiz pratica atos de ofício em busca de prova, é para condenar, até porque é cediço que quando não há provas ou se há dúvidas, o juiz precisa decidir a favor do réu. Portanto, o juiz sai em busca daquilo que irá justificar o que ele já decidiu, ou seja, a condenação (RANGEL, 2015, p. 511).

Em sua fala a respeito do poder instrutório do juiz, Rangel (*idem*) finaliza dizendo que se o sistema é o todo e este todo está inserido na Constituição Federal, em seu artigo 129, não pode o juiz criminal, no sistema acusatório, ter poderes instrutórios, pois, a existência deste poder é um disfarce do sistema inquisitivo dentro do acusatório.

O professor Lopes Junior tem uma opinião bastante relevante sobre o tema. Em sua obra, afirma que o processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou neoinquisitório. Diz que a fase processual da persecução penal não é acusatória, mas inquisitória ou neoinquisitória, tendo em vista que a gestão da prova está nas mãos do juiz (2018, p. 47).

Desta forma, dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios, como o artigo 156, do Código de Processo Penal, externam a adoção do princípio inquisitivo, que funda um sistema inquisitório. Por conseguinte, extingue a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do juiz (LOPES JUNIOR, p. 2018, p. 48).

Logo, não basta que, no início do processo, haja separação das atividades de acusar e julgar, com o Ministério Público formulando a acusação, se depois, ao longo do procedimento, é permitido que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora (*idem*).

Por fim, é possível concluir que o sistema que rege o processo penal brasileiro, segundo a Constituição Federal, é o acusatório, mas, como foi possível constatar, certos dispositivos do Código vão de encontro com tal sistema.

5 ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL PÁTRIO

5.1 Conceito de ônus e distribuição da carga probatória no processo civil e penal

A palavra ônus tem sido abordada desde o início do desenvolvimento deste trabalho, mas, afinal, o que é ônus? De acordo com Capez (2018, p. 409), ônus se distingue de obrigação. Quando um ato da parte é revestido de obrigatoriedade, esta tem o dever de praticá-lo, sob pena de violar a lei. No entanto, quando o ato é um ônus, seu adimplemento é facultativo, ou seja, seu não cumprimento não significa atuação contrário ao Direito.

O exercício do ônus conduz as partes a uma condição mais favorável, por isso, embora não afronte o ordenamento, a parte arcará com o prejuízo decorrente da não realização do ônus ou deixará de obter a vantagem que adviria de sua atuação (*idem*).

Portanto, a prova é um ônus processual, isto é, é um ato facultativo que visa dar ao juiz os meios próprios e idôneos para formar a sua convicção, na medida em que as partes provam em seu benefício.

Nas palavras de Rangel (2015, p. 503), ônus é o encargo que as partes têm de provar as alegações que fizeram em suas postulações. Assim, é uma obrigação para consigo mesmo que, se não for cumprida, somente o encarregado será prejudicado. Em outras palavras, somente o encarregado de realizar o ônus sofrerá com sua inércia ou ineficiência.

Só resta, agora, ponderar sobre quem recai o ônus da prova.

Compulsando o Código de Processo Civil, conclui-se que o ônus de provar as alegações feitas nos autos do processo civil é entregue a autor e réu, igualmente. Isto por que, no referido código, encontram-se certos artigos que deixam claro tal posicionamento.

O primeiro dispositivo a ser elencado é o artigo 319, VI, onde está determinado que o autor deve indicar na petição inicial as provas com que pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados. Em contrapartida, o artigo 336, dispõe que, na contestação, incumbe ao réu alegar, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificar as provas que pretende produzir.

Outro artigo é o 306, no qual diz que o réu será citado para, no devido prazo, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir. Há outros artigos

relativos ao assunto, mas, somente o artigo 373 será acrescido à lista, pois é nele em que se encontra regulado o ônus probatório no processo civil, *in verbis*:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

De acordo com Pinho (2017, p. 172), a regra legal da distribuição estática do ônus da prova no processo civil, prevista nos incisos do *caput* do artigo 373, na qual autor e réu são incumbidos de provar pontos específicos e pré-determinados do processo, é fundamental para que o juiz possa se desincumbir do seu mister e determinar como se dará o esclarecimento dos fatos controvertidos.

Entretanto, a partir do momento que a regra da distribuição desse ônus é alterada, tendo em vista as hipóteses do parágrafo 1º do artigo supra, ocorre a chamada inversão da regra do ônus da prova. Esta inversão, onde a distribuição do ônus da prova se dá de modo diverso do descrito nos incisos do *caput*, portanto, alterando a regra, ocorre em casos específicos, e previstos em lei.

O ilustre doutrinador Neves (2016, p. 659 e 660) explica que existem três espécies de inversão do ônus da prova, a saber, convencional, legal e judicial. A inversão convencional (§§ 3º e 4º do artigo) decorre de um acordo de vontade entre as partes. A inversão legal é aquela que vem prevista expressamente em lei, não exigindo o preenchimento de requisitos legais no caso concreto.

A inversão judicial, por seu turno, ocorre por meio de prolação de uma decisão judicial que será fruto da análise do preenchimento dos requisitos legais do §1º do artigo ora em comento, ou em casos previsto em lei. Esta inversão passou a ser regra geral do Direito, de forma que será possível sua ocorrência em toda relação jurídica de direito material levada a juízo, isto em aplicação da nova teoria da “distribuição dinâmica do ônus da prova” (*idem*).

A teoria da carga dinâmica do ônus da prova, inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, rompe com a visão estática tradicional da prévia distribuição do ônus da prova entre as partes, logo, a distribuição passa a ser adequada ao caso concreto, atribuindo o ônus da prova à parte que estiver em melhor condição de fazê-lo. Essa teoria sustenta que a atribuição do ônus da prova independe da posição que as partes ocupam no processo (PINHO, 2017, p. 175).

Em outras palavras, essa nova teoria, defendida por certa corrente doutrinária, consagra a ideia de que deve ter o ônus da prova a parte que apresentar maior facilidade em produzir a prova e se livrar do encargo.

Assim sendo, de acordo com Neves (2016, p. 660), até mesmo a inversão judicial do ônus da prova, onde, se preenchidos os requisitos da lei, altera-se, excepcionalmente, a distribuição estática do ônus, torna-se obsoleta diante da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Por fim, ao examinar esta exposição sucinta do ônus da prova no processo civil, torna-se claro que inverter o ônus da prova entre autor e réu é a regra nesta ciência processual, principalmente com a teoria da distribuição dinâmica.

Agora, eis a principal questão deste trabalho, essa inversão pode ser aplicada no processo penal brasileiro? Ao refletir sobre princípio da não culpabilidade exposto no capítulo 3, com suas garantias e proteções fornecidas ao réu, é constitucional distribuir o ônus da prova entre autor e réu no processo penal? Em outros termos, o ônus de provar também recai sobre o acusado, ou somente sobre a acusação?

Em seguida serão consideradas, primeiramente, as posições doutrinárias sobre o assunto, para, em seguida, observar o entendimento da jurisprudência. Nesse diapasão, será possível perceber que, doutrina e jurisprudência utilizam terminologias distintas para se referir ao ônus probatório do acusado, haja vista que a primeira usa a expressão “distribuição do ônus”, e a segunda, por sua vez, optou por usar “inversão do ônus”. No entanto, é cediço que ambas possuem o mesmo sentido, ou seja, discutir se cabe ou não a defesa a tarefa de provar suas alegações ou quando prová-las.

Contudo, para efeitos deste trabalho de pesquisa, a expressão eleita foi aquela utilizada pela jurisprudência, ou seja, “inversão do ônus da prova”.

Não sendo viável esgotar todos os grandes doutrinadores, apenas alguns nomes serão elencados, e assim, serão examinados os argumentos daqueles que opinam pela inversão do ônus, bem como daqueles que não aprovam tal atitude.

5.2 Inversão do ônus da prova à luz do princípio da não culpabilidade e a doutrina

5.2.1 Corrente favorável

Segundo Rangel (2015, p. 504), a doutrina, em sua maioria, ao estudar a divisão do ônus probatório, sustenta a ideia da inversão, isto é, o ônus compete a quem alega o fato. Nesse sentido, o primeiro doutrinador a ser estudado será o nobre Capez.

Em sua obra (2018, p. 409), explica que, tendo em vista o que preceitua o *caput* do artigo 156 do Código de Processo Penal, cabe provar a quem tem interesse em afirmar. Desta forma, cumpre provar os fatos constitutivos a quem apresenta uma pretensão, assim como, cumpre provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas a quem os fornecem.

A título de exemplo, diz que:

[...] 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 antijuricidade, da culpabilidade e da punibilidade, bem como circunstâncias atenuantes da pena ou concessão de benefícios legais. Caso o réu pretenda a absolvição com fulcro no art. 386, I, do Código de Processo Penal, incumbe-lhe ainda a prova da “inexistência do fato”.

Por conseguinte, segundo o ensinamento acima apresentado por Capez, tanto a defesa quanto acusação irão produzir provas no decorrer do processo, e, o que distingue o ônus de ambas as partes é a matéria que compõe as alegações feitas nos autos.

Outro posicionamento interessante apresentado por Capez (p. 411) é a questão do álibi, que significa “em outra parte”, ou “em outro lugar”. Portanto, conceitua álibi como sendo toda alegação fática realizada pelo acusado com o objetivo de demonstrar a impossibilidade material de ter participado do crime, e, finaliza dizendo que o ônus de comprovar a veracidade do álibi é de quem o alega, ou seja, do acusado.

Capez (2018, p. 83), ao descrever sobre o princípio da inocência ou “estado de inocência” do acusado, princípio este já discutido anteriormente, leciona que o mesmo desdobra-se em três aspectos, sendo um deles apresentado no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, “invertendo-se o ônus da prova”.

Nesse viés, é fundamental analisar os argumentos de Nucci (2013, p. 402). Primeiramente, define ônus como sendo o “interesse que a parte que alega o fato possui de produzir prova ao juiz, visando fazê-lo crer na sua argumentação”.

Posteriormente, leciona que a regra que vigora no processo penal é que o ônus da prova é da acusação e não da defesa, pois é a acusação que apresenta a imputação em juízo através da denúncia ou queixa-crime, sendo esta regra um dos objetivos do princípio do estado de inocência (NUCCI, 2013, p. 90).

No entanto, mesmo afirmando que o ônus da prova é da acusação, tendo em vista o princípio acima, diz que o réu pode chamar a si o interesse de produzir prova, o que ocorre quando alega algum fato que propiciará a exclusão da ilicitude ou culpabilidade, em seu benefício.

Logo, se o réu afirma que matou a vítima, mas o fez em legítima defesa, é preciso que prove a ocorrência da excludente, não sendo atribuição da acusação fazê-lo, até por que, de acordo com Nucci, o fato não foi investigado previamente pelo órgão acusatório, e suas circunstâncias concernem diretamente ao acusado.

No que tange a este ônus probatório da defesa, explica que o mesmo não deve ser levado a extremos, fazendo jus ao princípio já mencionado, com isso, se a defesa apresenta prova razoável e existindo dúvida, deve o réu ser absolvido e não condenado, pois, embora a acusação tenha comprovado a materialidade e autoria do delito, a dúvida gerada pelas provas produzidas pelo acusado, deve beneficiar a defesa (NUCCI, 2013, p. 103).

No que diz respeito ao alibi, Nucci (*idem*) escreve que, como regra, o ônus de prová-lo é do acusado.

Pedro Lenza (2016, p. 262) por sua vez, em sua obra, também posiciona-se no sentido de que o ônus probatório é atribuído às partes, que repartem a incumbência de demonstrarem as respectivas alegações, haja vista o artigo 156, *caput*, do Código de Processo Penal.

Disciplina que, sabendo que juiz nem sempre consegue superar seu estado de dúvida, as regras de distribuição do ônus da prova se fazem necessárias para indicar ao juiz a melhor forma de decidir a lide quando os fatos submetidos a sua apreciação não estiverem suficientemente elucidados, haja vista que tais regras demonstram o esforço das partes no tocante à demonstração da tese que defendem, estabelecendo as consequências e prejuízos que advirão de seu desempenho processual (LENZA, 2016, p. 261).

Consequentemente, explica que essa regra de distribuição do ônus da prova deve ser interpretada à luz do princípio da não culpabilidade e do *in dubio pro reo*, isto é, o ônus da prova recai inteiramente sobre a acusação, mas, somente no que se refere à demonstração do crime, na integridade de todos os seus elementos constitutivos. Por isso, cabe a acusação comprovar a existência material do fato, o nexo de causalidade e que a conduta foi praticada pelo réu, bem como a demonstração do elemento subjetivo e da reprovabilidade da conduta (LENZA, 2016, p. 262).

Isto posto, embora o nobre doutrinador ora em comento (*idem*) esteja afirmando que ônus da prova fica a cargo da acusação, escreve que a esta é suficiente demonstrar, como dito acima, a ocorrência de fatos positivos cuja prática evidencie o dolo ou culpa do agente e que sejam incompatíveis com a licitude da conduta, já que, todas circunstâncias trazidas aos autos pela defesa com o intuito de refutar a acusação, serão demonstradas pela mesma.

Neste caso, de acordo com Lenza, se distribui o ônus da prova, sendo entregue à defesa a tarefa de realizar as provas quando invocar, em seu favor, por exemplo, excludente de ilicitude ou culpabilidade, alibi ou, ainda, circunstância excepcional que contrarie as regras da experiência comum. Todavia, em prol dos princípios supramencionados, basta que a defesa apresente prova capaz de gerar dúvida razoável quanto à existência de tais alegações, para tornar possível que o réu seja absolvido pelo disposto no artigo 386, VI, do Código de Processo Penal (*idem*).

Outro doutrinador que apresenta raciocínio semelhante é Bonfim. Em seu livro (2012, p. 381), explica que o juiz somente poderá usar como fundamento de sua decisão os fatos que foram devidamente provados nos autos, por isso, “as regras do ônus da prova visam determinar, em cada situação, a quem incumbe a produção de provas acerca de cada fato”, sendo este ônus o encargo que tem a parte de buscar provar suas alegações.

Isto posto, leciona que, no processo penal pátrio, vigora o brocardo *actori incumbit probatio*, ou seja, cabe ao autor a prova do que alegar. Logo, a regra é que cabe ao acusador provar os elementos que compõem a imputação levada a juízo (*idem*).

Por outro lado, Bonfim menciona outro brocardo como sendo o complemento do acima citado, é o que diz *et reus in excipiendo fit actor*. Neste caso, seu significado revela a exigência de que o acusado demonstre os fatos que venha a alegar com o

fim de elidir a pretensão do autor” (2012, p. 382). Por consequência, é com base nessas duas regras que se tem a afirmação existente no *caput* do artigo 156, já comentado.

Tendo em vista os argumentos acima, Bonfim (*idem*) exemplifica a questão com as seguintes palavras:

Assim, ao Ministério Público e ao querelante cabe a prova da autoria, da materialidade delitiva e também da culpa em sentido estrito, enquanto ao acusado cumprirá provar causa excludente de ilicitude, de culpabilidade, ou de punibilidade, por ele articulada, bem como eventual álibi [...]. (Grifo do autor)

Desta forma, para Bonfim, o ônus probatório é entregue ao acusado a partir do momento que alegar fatos que demonstram sua inocência.

No que tange ao ilustríssimo Damásio de Jesus (2013, p.186), ao tecer comentários relacionados ao artigo 156 do Código de Processo Penal, o nobre doutrinador disciplina que a prova deve ser feita por quem alega o fato, a causa ou a circunstância.

Destarte, se o órgão da acusação oferece denúncia contra o réu por crime de homicídio, caberá ao mesmo demonstrar a prática do fato e sua autoria. Desta forma, fica a cargo da acusação provar os elementos do tipo, a realização da conduta, a produção do resultado e o nexo de causalidade (*idem*).

Em contrapartida, Damásio (2013, p. 186) afirma que se o réu alegar ter agido em legítima defesa, a ele compete a prova da excludente da ilicitude.

Em suma, para Damásio o “acusador deve provar a realização do fato; o acusado, eventual causa excludente da tipicidade, da antijuricidade, da culpabilidade ou extintiva da punibilidade” (*idem*).

Outros nomes poderiam ser citados, haja vista que numerosa doutrina converge nesse sentido (LOPES JUNIOR, 2018, p. 357), no entanto, o discurso não seria diferente do até aqui exposto.

Isso posto, ao ponderar os argumentos descritos, é possível concluir que, para a corrente favorável, ocorre no processo penal pátrio a chamada distribuição das cargas probatórias entre autor e réu, ou seja, a instrução probatória será direcionada a defesa a partir do momento que alegar excludente de ilicitude, culpabilidade, punibilidade, e tudo relativo ao gênero.

Assim, resta claro que, para tais doutrinadores, recai sobre o réu em processo penal o ônus da prova, ou seja, inverte o ônus para o mesmo.

Se observado atentamente, o princípio da não culpabilidade não passa despercebido por essa corrente, muito pelo contrário, é constantemente mencionado ao se abordar o assunto da carga probatória. E, apesar de, seguindo as diretrizes de tal princípio, opinarem no sentido de que cabe a acusação o tão mencionado ônus, defendem a ideia de que o acusado, dependendo do que alegar, também deverá instruir os autos do processo.

Adiante, encontrar-se-ão os fundamentos apresentados pela corrente que se posiciona de maneira diversa.

5.2.2 Corrente desfavorável

Essa corrente é minoritária, mas é apresentada por doutrinadores de renome, fazendo com que sua opinião tenha certo valor. Dando início ao raciocínio, o primeiro posicionamento apresentado será o do ilustríssimo Aury Lopes Junior.

Preliminarmente, Lopes Junior (2018, p. 355) inicia sua fala reafirmando que a presunção da inocência é o princípio reitor do processo penal, e que por meio dela é possível medir a qualidade do sistema processual do país através do nível de sua observância.

Destarte, como já exposto no tópico 3.6, para o nobre doutrinador, o princípio da inocência firma sua essência em duas expressões, a saber, dever de tratamento e regra de julgamento, e que, ambas podem ser sintetizadas na seguinte premissa: “no processo penal não existe distribuição de cargas probatórias, senão, distribuição exclusiva, ao acusador”, ou seja, a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador (*idem*).

Na sequência, Lopes Junior passa a expor os motivos que fundamentam a assertiva acima, na qual já percebe-se clara divergência com a linha anteriormente exposta.

Consoante o doutrinador ora em comento, a partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, haja vista o princípio da não culpabilidade, não lhe incumbe provar absolutamente nada. Isso se dá pelo simples fato de que existe uma presunção que deve ser quebrada, extinguida ou destruída pelo acusador, sem que o réu ou o juiz tenham o dever de contribuir nessa desconstrução (*idem*).

Em outras palavras, sabendo que a inocência é presumida, e que essa presunção vigora até que se prove ao contrário, essa prova contrária deve ser

apresentada por quem nega a existência de tal inocência, ao formular a acusação (2018, p. 357).

Portanto, o *caput* do artigo 156 do Código de Processo Penal, que preceitua que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, não deve ser interpretado de forma gramatical, mas, deve ser lido à luz do princípio da não culpabilidade. Logo, sabendo que a principal alegação é a que consta na denúncia, onde se aponta a autoria e materialidade do delito, cabe ao Ministério Público o ônus total e intransferível de provar a existência do delito.

Lopes Junior (2018, p. 357) descreve que a corrente favorável comete erro gravíssimo ao afirmar que à defesa incumbe a prova de uma alegada excludente. Diz que nada há de mais equivocado, pois, entende que a carga de provar o alegado, isto é, autoria e materialidade, é do acusador, logo, “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”, e, esta é a regra de julgamento para o juiz.

Aprofundando a premissa acima, Lopes Junior (2018, p. 358), citando Juarez Tavares, explica que no processo penal, não é coerente que se tenha como objetivo a investigação de causas que excluam a antijuricidade, mas, deve-se ter em mente que só haverá ilicitude quando esgotados todos os recursos em favor da prevalência da liberdade, isso quer dizer que só se autoriza a intervenção se não existir em favor do acusado uma causa que autorize a sua conduta.

Por conta disso, considerando a atribuição exclusiva da carga probatória ao acusador e a regra de julgamento dado ao juiz, se o réu aduzir a existência de uma causa de exclusão da ilicitude, cabe ao acusador provar que o fato é ilícito e que a causa não existe (*idem*).

Desta forma, o acusador inicia com uma grande carga probatória, e, à medida que vai demonstrando as afirmações feitas na inicial, sua carga vai diminuindo, enfraquecendo a presunção de inocência, até chegar ao ponto de se libertar por completo de tal carga, resultando em uma sentença condenatória (LOPES JUNIOR, 2018, p. 359).

O doutrinador ora analisado (2018, p. 356), traz importante informação acerca da desobediência à regra da não distribuição do ônus da prova existente nos foros brasileiros, diz que:

Erro crasso pode ser percebido quase que diariamente nos foros brasileiros: sentenças e acórdãos fazendo uma absurda distribuição de cargas no processo penal, tratando a questão da mesma forma que no processo civil. Não raras são as sentenças condenatórias fundamentadas na “falta de provas da tese defensiva”, como se o réu tivesse que provar sua versão de negativa de autoria ou da presença de uma excludente.

Como se vê, é possível encontrar nas varas ou câmaras criminais sentenças que condenam o acusado pelo fato de não ter provado suas alegações.

Por fim, Lopes Junior (*idem*) admite que seu posicionamento quanto a não inversão do ônus da prova é uma assunção de risco, isto é, a defesa assume o risco pela perda de uma chance probatória. Assim, a partir do momento que o réu não aproveita a chance de provar determinado fato por ele alegado, assume o risco inerente à perda dessa chance, “logo, assunção do risco de uma sentença desfavorável”.

É perceptível que tal omissão não gera um prejuízo processual, pois não existe uma carga, apenas uma faculdade, no entanto, o que ocorre é que, quando o réu se cala, “assume o risco decorrente da perda da chance de obter o convencimento do juiz da veracidade de sua tese” (*idem*).

Desto desta perspectiva, há Paulo Rangel. Assim como Lopes Junior, Rangel (2015, p. 503) afirma que o artigo 156 do Código de Processo Penal deve ser lido à luz do princípio da inocência, haja vista que a visão correta que é preciso dar a essa regra constitucional refere-se ao ônus da prova, no sentido de afirmar que o ônus hoje é todo do Ministério Público, e que, não mais compete ao réu ter que provar sua inocência, mas sim ao Estado-administração que tem que provar sua culpa.

A regra inserida na Constituição Federal (princípio da inocência), segundo o nobre doutrinador, inverte, totalmente, o ônus da prova para o Ministério Público. Em vista disso, fica a cargo da acusação a tarefa de provar a existência do fato típico, ilícito e culpável, narrado na denúncia e praticado pelo réu, assumindo todo o ônus da prova, e se, não lograr êxito em provar as alegações que fez, o resultado do processo deverá ser segundo o *in dubio pro reo*, isto é, a absolvição do réu.

Isto posto, explica Rangel (2015, p. 27) que nova visão deve ser dada ao ônus da prova à luz do que determina a Constituição Federal. Desta forma, divergindo da corrente favorável, leciona que “sejam as causas de exclusão de 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”, bem como o álibi alegado.

No que tange as causas mencionadas acima, Rangel (*idem*) escreve que:

O réu, ao alegar uma causa de exclusão de ilicitude, impõe ao Ministério Público o ônus de provar que os elementos que integram esta figura permissiva não estão presentes. Ou seja, que não há uso moderado dos meios nem meios necessários, muito menos agressão injusta.

Logo, cabe unicamente ao acusador o ônus de provar que as alegações apresentadas pelo acusado são infundadas e que não correspondem com a realidade.

Segundo a opinião do doutrinador ora em comento (2015, p. 504), a partir do momento que grande parte da doutrina, ao estudar a divisão do ônus da prova, defende que este ônus compete a quem alega o fato, realiza uma visão exclusivista e isolada do artigo 156, em desconformidade com a Carta Magna, pois não interpretou a questão dentro dos parâmetros do princípio da não culpabilidade.

Nesse sentido, afirma ainda que “a falta de compreensão, portanto, quanto ao ônus da prova, dá-se, primeiro, pela ausência de uma visão constitucional do art. 156 do CPP”, tendo em vista que, em um Estado Constitucional dito Democrático de Direito e que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, não há como entregar ao réu o ônus da prova de sua, já presumida, inocência (RANGEL, 2015, p. 505).

Ao final, sintetizando seu posicionamento, Rangel (2015, p. 507) volta a afirmar que o réu alega, mas o ônus da prova, diante da Constituição, hoje, é exclusivo da acusação, e que, isso não se confunde com o direito que o acusado tem de alegar e provar o que bem entender. Por conta disso, o princípio da inocência define a inversão total do ônus da prova a acusação.

Em decorrências dos motivos acima, Rangel (*idem*) discorda da doutrina que divide o ônus da prova entre acusação e defesa, pois entende que isso é interpretar a norma processual à luz da lei ordinária, e não de acordo com a Constituição, resultando na entrega do ônus da culpa ao réu e não sobre quem lhe fez a imputação de fato proibido na lei penal.

Em suma, mediante a leitura das razões que regem o posicionamento dos doutrinadores que não defendem a inversão do ônus da prova, conclui-se que a ideia apresentada é simples, isto é, se o princípio da não culpabilidade afirma que durante todo o processo o acusado deve ser considerado inocente, até que essa inocência seja derrubada, qual é o sentido de incumbir ao réu o encargo de produzir prova de sua inocência sendo que o mesmo já é presumido inocente?

Com isso, ao pensar nessa lógica, torna-se claro o motivo pelo qual essa corrente afirma que o ônus probatório é entregue, totalmente, a acusação, pois, é esta

que está buscando uma sentença condenatória, logo, é seu dever quebrar a presunção da inocência que recai sobre o réu, independente do que este venha a alegar.

Em que pese a opinião de parcela dos doutrinadores sobre o assunto, resta descobrir como o Superior Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal Federal e Tribunais de Justiça têm se posicionado quanto a inversão do ônus da prova entre acusação e defesa no processo penal.

5.3 Inversão do ônus da prova à luz do princípio da não culpabilidade e a jurisprudência

Primeiramente, serão apontadas jurisprudências que dizem respeito a carga probatória no processo penal pátrio provenientes do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunais de Justiça de alguns estados, respectivamente, para, em um segundo momento, alguns comentários serem tecidos quanto ao apresentado.

No que tange ao Supremo Tribunal Federal, o Ministro Ayres Britto, em julgamento ao Habeas Corpus nº 97.701-MS, no dia 03 de abril de 2012, sustenta que:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. REQUISITOS. ÔNUS DA PROVA. ORDEM DEFERIDA EM PARTE. 1. Inserido na matriz constitucional dos direitos humanos, o processo penal é o espaço de atuação apropriada para o órgão de acusação demonstrar por modo robusto a autoria e a materialidade do delito. Órgão que não pode se esquivar da incumbência de fazer da instrução criminal a sua estratégica oportunidade de produzir material probatório substancialmente sólido em termos de comprovação da existência de fato típico e ilícito, além da culpabilidade do acusado. 2. Atento a esse marco interpretativo, pontuo que, no caso dos autos, as instâncias precedentes recusaram o pedido defensivo de incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 sob o fundamento de inexistir prova da primariedade do acusado. Incurrendo, assim, numa indisfarçável inversão do ônus da prova e, no extremo, na nulificação da máxima que operacionaliza o direito à presunção de não-culpabilidade: in dubio pro reu. Preterição, portanto, de um direito constitucionalmente inscrito no âmbito de tutela da liberdade do indivíduo. 3. Ordem parcialmente deferida para, de logo, reconhecer a incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 e determinar ao Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal de Campo Grande/MS que refaça, no ponto, a dosimetria da pena. (STF, 2012) (Grifo nosso)

No decorrer do acórdão (p. 4), o Ministro Ayre Britto explica:

Prossegue a acionante para aduzir que as instâncias precedentes incorreram em indevida “presunção de culpabilidade”, invertendo o ônus da prova que, constitucionalmente, é imposto ao órgão acusatório. Donde o pedido de imediata aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e a

consequente alteração do regime inicial de cumprimento de pena. (STF, 2012) (Grifo nosso)

Em outra oportunidade, o Ministro Eros Grau, ao julgar o Habeas Corpus nº 99.608-SP, em 15 de dezembro de 2009, opina:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. AFASTAMENTO. EXIGÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. 1. O afastamento da causa de diminuição determinada no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 requer fundamentação idônea. 2. Simples afirmação de ausência de prova da inexistência do envolvimento dos acusados em atividades criminosas não é suficiente para negar a redução da pena. O ônus da prova cabe a quem acusa. 3. A quantidade de entorpecentes justifica que a redução da pena seja mínima. Precedentes. Ordem parcialmente concedida. (STF, 2009) (Grifo nosso)

Nesse diapasão, ao julgar o Habeas Corpus nº 88.875-AM, no dia 07 do dezembro de 2010, Ministro Celso de Melo defende o seguinte:

“HABEAS CORPUS” - CRIME DE DESCAMINHO NA SUA FORMA TENTADA (CP, ART. 334, “CAPUT”, C/C O ART. 14, II) - RESPONSABILIDADE PENAL DOS SÓCIOS-ADMINISTRADORES - DENÚNCIA QUE NÃO ATRIBUI, AO PACIENTE (SÓCIO), COMPORTAMENTO ESPECÍFICO E INDIVIDUALIZADO QUE O VINCULE, COM APOIO EM DADOS PROBATÓRIOS MÍNIMOS, AO EVENTO DELITUOSO - INÉPCIA DA DENÚNCIA - PEDIDO DEFERIDO, ESTENDENDO-SE, DE OFÍCIO, POR IDENTIDADE DE SITUAÇÕES, OS EFEITOS DA DECISÃO CONCESSIVA DE “HABEAS CORPUS” AOS DEMAIS LITISCONSORTES PENAISS PASSIVOS. PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO - OBRIGAÇÃO DE O MINISTÉRIO PÚBLICO FORMULAR DENÚNCIA JURIDICAMENTE APTA. - O sistema jurídico vigente no Brasil - tendo presente a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático - impõe, ao Ministério Público, notadamente no denominado “reato societário”, a obrigação de expor, na denúncia, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação de cada acusado na suposta prática delituosa. - O ordenamento positivo brasileiro - cujos fundamentos repousam, dentre outros expressivos vetores condicionantes da atividade de persecução estatal, no postulado essencial do direito penal da culpa e no princípio constitucional do “due process of law” (com todos os consectários que dele resultam) - repudia as imputações criminais genéricas e não tolera, porque ineptas, as acusações que não individualizam nem especificam, de maneira concreta, a conduta penal atribuída ao denunciado. Precedentes. A PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO PENAL TEM O DIREITO DE NÃO SER ACUSADA COM BASE EM DENÚNCIA INEPTA. - A denúncia deve conter a exposição do fato delituoso, descrito em toda a sua essência e narrado com todas as suas circunstâncias fundamentais. Essa narração, ainda que sucinta, impõe-se, ao acusador, como exigência derivada do postulado constitucional que assegura, ao réu, o exercício, em plenitude, do direito de defesa. Denúncia que deixa de estabelecer a necessária vinculação da conduta individual de cada agente aos eventos delituosos qualifica-se como denúncia inepta. Precedentes. CRIME DE DESCAMINHO - PEÇA ACUSATÓRIA QUE NÃO DESCREVE, QUANTO AO PACIENTE, SÓCIO-ADMINISTRADOR DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA, QUALQUER CONDOTA ESPECÍFICA QUE O VINCULE, CONCRETAMENTE, AOS EVENTOS DELITUOSOS - INÉPCIA DA DENÚNCIA. - A mera invocação da condição de sócio ou de administrador de sociedade empresária, sem a correspondente e objetiva descrição de determinado comportamento típico que o vincule,

concretamente, à prática criminosa, não constitui fator suficiente apto a legitimar a formulação de acusação estatal ou a autorizar a prolação de decreto judicial condenatório. - A circunstância objetiva de alguém ser meramente sócio ou de exercer cargo de direção ou de administração em sociedade empresária não se revela suficiente, só por si, para autorizar qualquer presunção de culpa (inexistente em nosso sistema jurídico-penal) e, menos ainda, para justificar, como efeito derivado dessa particular qualificação formal, a correspondente persecução criminal. - Não existe, no ordenamento positivo brasileiro, ainda que se trate de práticas configuradoras de macrodelinquência ou caracterizadoras de delinquência econômica, a possibilidade constitucional de incidência da responsabilidade penal objetiva. Prevalece, sempre, em sede criminal, como princípio dominante do sistema normativo, o dogma da responsabilidade com culpa (“nullum crimen sine culpa”), absolutamente incompatível com a velha concepção medieval do “versari in re illicita”, banida do domínio do direito penal da culpa. Precedentes. AS ACUSAÇÕES PENAIS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE, EXCLUSIVAMENTE, A QUEM ACUSA. - Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Precedentes. - Para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais (“essentialia delicti”) que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente. - Em matéria de responsabilidade penal, não se registra, no modelo constitucional brasileiro, qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer a culpa do réu. Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita. (STF, 2010) (Grifo nosso)

O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, em sua jurisprudência, apresenta um posicionamento um tanto diverso do Supremo Tribunal Federal.

No dia 28 de novembro de 2017, ao julgar o Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1.142.873-PB, o Ministro Nefi Cordeiro sustenta:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECEPÇÃO. ABSOLVIÇÃO. ORIGEM LÍCITA DOS BENS. ÔNUS DA PROVA DA DEFESA. NÃO COMPROVAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido que, no crime de receptação, se o bem houver sido apreendido em poder do paciente, caberia à defesa apresentar prova acerca da origem lícita do bem ou de sua conduta culposa, nos termos do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, sem que se possa falar em inversão do ônus da prova (AgRg no HC 331.384/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 30/08/2017). 2. Estando o acórdão recorrido em consonância com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, impõe-se a incidência da Súmula 83/STJ, a obstar o processamento do recurso especial. 3. Agravo regimental improvido. (STJ, 2018) (Grifo nosso)

No que diz respeito ao caso da jurisprudência acima, compulsando o inteiro teor do acórdão, o Ministro Nefi Cordeiro descreve algumas informações importantes (p. 3,4 e 5), *in verbis*:

Trata-se de agravo interposto em face de decisão que inadmitiu o recurso especial, com fundamento na Súmula 7/STJ. Nas razões recursais, com fundamento no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal, aponta violação do art. 156 do Código de Processo Penal, sustentando que não há nos autos provas de que os produtos apreendidos consigo são oriundos de crime, ressaltando que não lhe cabe a comprovação de sua origem lícita, mas à acusação de demonstrar a origem ilícita dos bens em questão. Requer, assim, a reforma do acórdão recorrido, para que seja o recorrente absolvido. [...] A prova produzida não restou fragilizada pela Defesa, que não logrou comprovar que Apelante não sabia da origem ilícita das coisas com ele apreendidas. [...] A conclusão da instância a quo se harmoniza com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, no crime de receptação, se o bem houver sido apreendido em poder do paciente, caberia à defesa apresentar prova acerca da origem lícita do bem ou de sua conduta culposa, nos termos do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, sem que se possa falar em inversão do ônus da prova (AgRg no HC 331.384/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 30/08/2017). (STJ, 2018) (Grifo nosso)

Nesse mesmo sentido, o Ministro Rogerio Schietti Cruz, o julgar o Habeas Corpus nº 401.695- SC, no dia 24 de outubro de 2017, no respectivo acórdão (p. 3, 10 e 11) diz:

A impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que o acusado deve ser absolvido, por ter havido indevida inversão do ônus da prova para concluir pela sua condenação. [...] Ainda, as instâncias de origem destacaram não haver nenhuma prova suficiente o bastante para evidenciar a tese da defesa de que o acusado não sabia da procedência ilícita do bem roubado. Por fim, a Corte estadual afirmou que, "havendo provas de que o apelante adquiriu o bem, cabia ao mesmo provar que desconhecia a origem ilícita deste, ônus que era seu, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal" (fl. 639), entendimento que está em estrita consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal [...] Portanto, uma vez que a condenação do paciente se fundamentou em fatos e em provas concretas carreadas aos autos – que evidenciaram, de maneira inequívoca, que ele conhecia a procedência ilícita do veículo automotor apreendido –, não vejo como acolher a tese de que houve indevida inversão do ônus da prova, tampouco como proclamar a sua absolvição. (STJ, 2017) (Grifo nosso)

O Ministro Ribeiro Dantas, ao julgar o Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 331.384 – SC, no dia 28 de agosto de 2017, defende que:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS DECISÃO FUNDAMENTADA. MOTIVAÇÃO PER RELATIONEM. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. RECEPÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça, mesmo após o advento do novo Código de Processo Civil, admite o emprego de motivação per relationem, a fim de evitar tautologia, reconhecendo que tal técnica se coaduna com o art. 93, IX, da Constituição Federal. Precedentes. 2. A conclusão das instâncias ordinárias está em sintonia com a jurisprudência consolidada desta Corte, segundo a qual, no crime de receptação, se o bem houver sido apreendido em poder do

paciente, caberia à defesa apresentar prova acerca da origem lícita do bem ou de sua conduta culposa, nos termos do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, sem que se possa falar em inversão do ônus da prova. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, 2017) (Grifo nosso)

Em sede de 2ª instância, o Desembargador Ricardo Sale Júnior, do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar a Apelação nº 0003514-51.2015.8.26.0481, no dia 08 de março de 2018, no corpo do acórdão (p. 8 e 9), menciona sua posição quanto ao ônus probatório da defesa, *in verbis*:

Em que pese a negativa do apelante, bem como o fato de duas testemunhas terem afirmado que avistaram os policiais saindo do terreno com as drogas, é certo que os agentes foram uníssonos em afirmar que localizaram o estupefaciente no interior da banca do recorrente, não havendo razões para se desprezar a narrativa por eles ofertada, cabendo ressaltar que a alegação de que a policial militar Janaína teria “forjado” a apreensão do entorpecente por não aprovar o relacionamento do insurgente com a sua filha restou completamente isolada nos autos, não tendo a defesa trazido qualquer elemento apto a dar suporte à essa versão, ônus este que lhe incumbia, nos termos do artigo 156, do Código de Processo Penal. (TJSP, 2018) (Grifo nosso)

É interessante observar o posicionamento do Desembargador Costabile e Solomene, tendo em vista que ao julgar a Apelação nº 0031432-28.2016.8.26.0050, em 15 de março de 2018, afirma o seguinte (p. 9 a 12):

Ora, é dever dos increpados, se têm versões exculpantes, apontar todos os dados, de modo a convencer da ausência de responsabilidade, ônus que lhes compete a teor do que dispõe o art. 156 do Cód. de Processo Penal. E, neste ponto, os réus não convenceram de suas alegações, porquanto não trouxeram aos autos elementos que elidiram o conjunto probatório. [...] A citação seria até despicienda na medida do que, repito, dispõe o art. 156 do Cód. de Processo Penal, “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer (...)”: no processo penal o réu assume o papel de reconvincente do processo civil (RT 542/418), de sorte que, para ser acolhida, qualquer tese defensiva precisa ficar provada e tal incumbência é daquele que levanta a bandeira em seu proveito (RT 671/346). [...] A Defesa não se ocupou de convencer sobre seus argumentos, desatendendo a regra de distribuição do ônus de provar [...] Daí porque, ausentes as denominadas contraprovas ou provas ex adverso, quais sejam, aquelas trazidas pela defesa para demonstrar o oposto do alegado pela acusação. (TJSP, 2018) (Grifo nosso)

Por fim, o Desembargador Fernando Torres Garcia do Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgamento à Apelação de nº 0022588-28.2015.8.26.0405, no dia 15 de março de 2018, dispõe em seu acórdão (p. 16 e 20) que:

Urge sublinhar, igualmente e ao contrário do que alegado pela aguerrida defesa da acusada Bruna, que a vazia e insólita versão judicial dada ao fato não encontrou a mínima ressonância nos autos, ainda que por meros indícios, ônus, inclusive, que somente a ela cabia, nos termos do artigo 156, do Código de Processo Penal, e do qual nitidamente não se desincumbiu. [...] Do mesmo modo, restou devidamente comprovada a apreensão da arma de fogo e munições no interior da residência do acusado José Ricardo, aliás, confesso, sendo certo que nenhuma prova foi produzida em sentido contrário. (TJSP, 2018) (Grifo nosso)

Não seria lógico deixar de analisar a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Nesse viés, no dia 07 de fevereiro de 2018, a Desembargadora Elisabeth Loudes, ao julgar a Apelação Criminal nº 0021778-35.2016.8.08.0012, no que tange ao crime de receptação, sustenta a mesma posição do Superior Tribunal de Justiça (p. 4), a saber:

A jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça, a par de afirmar que não se possa falar em inversão do ônus da prova, firmou entendimento no sentido de que cabe à defesa provar a origem lícita do bem ou a conduta culposa do réu [...]. (TJES, 2018)

O Desembargador Sérgio Luiz Teixeira Gama, por sua vez, no dia 13 de dezembro de 2017, na Apelação Criminal de nº 0004285-87.2012.8.08.0011, assim como o posicionamento acima, dispõe:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 180, *CAPUT* DO CPB. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. RECEPÇÃO SIMPLES. CONSUMAÇÃO EVIDENCIADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. CULPABILIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DOS ASPECTOS RELATIVOS À GRADAÇÃO DA CONDUTA DO ACUSADO. REDUÇÃO *EX OFFICIO* DA PENA. 1. A prova ora consubstanciada não deixa dúvidas acerca da prática criminosa descrita na exordial acusatória e sua autoria, pois o caderno probatório forma alicerce seguro, no qual pode sustentar-se o édito condenatório. 2. No crime de receptação, a apreensão da res confessadamente adquirida pelo acusado, faz presumir a autoria e gera a inversão do ônus da prova, cabendo-lhe a demonstração de que o adquiriu de forma lícita, sem o que a condenação se impõe. Precedente [...]. (TJES, 2017) (Grifo nosso)

Ainda quanto a jurisprudência do Tribunal Justiça do Espírito Santo, o Desembargador Willian Silva, ao julgar a Apelação Criminal nº 0006046-80.2017.8.08.0011, no dia 06 de dezembro de 2017, considerando a hipótese em que a defesa alega causas excludentes de culpabilidade, opina:

APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE FURTO. GRAVE AMEAÇA. IMPOSSIBILIDADE. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. COAÇÃO MORAL NÃO VERIFICADA. ATIPICIDADE. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA. NÃO VERIFICADA. CONCURSO FORMAL. DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO DA PENA BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME PRISIONAL. ALTERAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. IMPOSSIBILIDADE. APELO DESPROVIDO. 1. A materialidade, assim como a prova da autoria delitiva, restaram evidenciadas pelo auto de apreensão, laudo pericial e pela prova oral produzida nos autos. 2. Diante da comprovação de que a recorrente e seu comparsa empregaram não só a grave ameaça, mas também violência contra as vítimas, utilizando-se de arma de fogo para tanto, impõe-se o reconhecimento das circunstâncias majorantes previstas no art. 157 § 2º, I II do CP, com o afastamento do pleito desclassificatório para o delito de furto. 3. Comprovada a inversão da posse diante da constatação de que a recorrente fora perseguida e baleada por uma das vítimas, que era policial -, não há como acolher o pleito desclassificatório

para a modalidade tentada ou mesmo o reconhecimento da desistência voluntária. 4. O ônus da prova relativo à presença de causa excludente de culpabilidade compete à defesa, e não à acusação, por força do art. 156 do CP. 5. A majoração da pena base exige motivação idônea, não podendo o magistrado se valer de elementos genéricos ou dotados de abstração para exasperação a sanção. 6. Não há se falar em crime único quando, num mesmo contexto fático, são subtraídos bens pertencentes a vítimas distintas, caracterizando concurso formal, por terem sido atingidos patrimônios diversos. 7. Admite-se a aplicação do regime fechado em razão do patamar sancionatório - superior a 08 (oito) anos - e das circunstâncias judiciais. 8. Recurso desprovido. Unanimidade. (TJES, 2018) (Grifo nosso)

Sobre o caso acima, quanto as causas excludentes de ilicitude, no acórdão, em seu inteiro teor (p. 4), o Desembargador ora em comento afirma o seguinte:

Quanto a referida tese, vejo que as arguições defensivas são extremamente genéricas e destituídas de elementos mínimos. Como manifestado pela jurisprudência, "O ônus da prova, nessa hipótese, compete à defesa, e não à acusação, por força do art. 156 do CP" [...]. (TJES, 2018)

Para finalizar esse primeiro momento de explanação das jurisprudências, e agora citando o posicionamento Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no dia 06 de dezembro de 2017, o Desembargador Agostinho Gomes de Azevedo, ao julgar a Apelação Criminal nº 0012675-17.2013.8.13.0223, também quanto ao crime de recepção, diz:

APELAÇÃO CRIMINAL - RECEPÇÃO - ABSOLVIÇÃO OU
DESCLASSIFICAÇÃO PARA RECEPÇÃO CULPOSA -
IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS -
DOLO EVIDENCIADO - CONHECIMENTO DA ORIGEM ILÍCITA DA COISA
- "RES" APREENDIDA EM PODER DO ACUSADO
- INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - CONDENAÇÃO MANTIDA -
CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME FAVORÁVEIS AO ACUSADO -
RECONHECIMENTO - MANUTENÇÃO DA PENA-BASE - NECESSIDADE.
- Não há que se falar em absolvição do acusado, se nos autos restaram
devidamente comprovadas a materialidade e autoria do delito de recepção,
notadamente diante da prova oral colhida. - Restando o bem apreendido em
poder do acusado inverte-se o ônus da prova, cabendo à Defesa, a
demonstração da inocência do agente, o que, todavia, não ocorreu in casu. -
Considerando-se que a prova da ciência da origem ilícita da coisa, no crime
de recepção, é difícil de ser obtida, as circunstâncias das quais se revestem
o fato permitem que seja auferido o dolo ou a culpa, na conduta do agente. -
Se as circunstâncias demonstram que o acusado tinha conhecimento da
origem ilícita do bem, não há que se falar em desclassificação da conduta
para o delito de recepção culposa, previsto no art. 180, §3º do CP. - Se não
há nos autos elementos que desabonem as circunstâncias do crime
de recepção, deve ser ela avaliada em favor do acusado. - Mesmo diante
do reconhecimento de uma circunstância judicial do art. 59, do CPB em favor
do apelante, imperiosa é a manutenção da pena-base no quantum
estabelecido na sentença, notadamente diante dos péssimos antecedentes
do autor. (TJMG, 2017) (Grifo nosso)

A Desembargadora Fortuna Grion, em sede de Apelação Criminal nº 2102460-05.2012.8.13.0024, no dia 06 de junho de 2017, sustenta que:

APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO MAJORADO - INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS - SANÇÕES DEFINIDAS NO MÍNIMO LEGAL - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA O RÉU - NULIDADE DA SENTENÇA - DESNECESSIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - CONDENAÇÃO MANTIDA - EXASPERANTE DO EMPREGO DE ARMA - FACA - AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL PARA AFERIR A POTENCIALIDADE LESIVA DO INSTRUMENTO - PRESCINDIBILIDADE - EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS A DEMONSTRAR A CARACTERIZAÇÃO DESSA EXASPERANTE - TENTATIVA - NÃO OCORRÊNCIA. 01. Em atenção aos princípios da instrumentalidade das formas e da conservação dos atos processuais, a inobservância do princípio da individualização das penas não enseja a nulidade da sentença quando as sanções e as circunstâncias e causas sobre elas incidentes foram definidas no mínimo legal, não resultando prejuízo para o réu. 02. Comprovadas a autoria e a materialidade dos crimes de roubo, a condenação do réu, à falta de causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, é medida que se impõe. 03. Existindo nos autos elementos probatórios idôneos a demonstrar o emprego de arma branca durante a prática do assalto, impõe-se o reconhecimento da exasperante, mesmo ausente o laudo pericial de verificação da eficiência e prestabilidade do instrumento, porque se presume, juris tantum, a aptidão ofensiva da faca, sendo da parte que contesta o poder vulnerante desse instrumento o ônus da prova em contrário, nos precisos termos do que dispõe o art. 156, primeira parte do CPP. 04. É de se considerar consumado o roubo com a simples inversão da posse do bem visado, ainda que momentânea, sendo que a prática antecedente de violência ou da grave ameaça já caracterizam o crime na sua modalidade tentada. (TJMG, 2017) (Grifo nosso)

Sendo assim, conclui-se que a posição do Supremo Tribunal Federal é contrária a inversão, haja vista que atribui à acusação todo o ônus probatório, afirmando ser inconstitucional que o réu tenha que provar sua inocência.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça, bem como os Tribunais de Justiça, admite que o ônus probatório é concedido a defesa nos crimes de receptação, e que isso não fere o princípio da inocência e não caracteriza uma inversão do ônus da prova. E, como visto, encontra-se também Desembargadores que pregam que é a defesa que deve provar as causas excludentes.

Pois bem, resta agora realizar algumas observações no que tange ao apresentado até aqui.

É perceptível a grande divergência que paira sobre o ônus da prova no processo penal pátrio. Não há harmonia na doutrina, bem como na jurisprudência, no que se refere ao ônus probatório do acusado. Não é unânime a opinião de existir ou não a inversão do ônus da prova.

Desta forma, foi possível detectar que os argumentos da doutrina que sustenta a validade da inversão, afirmando que cabe ao acusado o ônus de provar suas alegações defensivas, são bastante lógicos e condizentes com o claro artigo 156 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 11.690/2008.

Em contrapartida, o princípio da presunção da inocência defendido pela Constituição Federal conduz a uma certa reflexão, ou seja, há que se considerar que, de fato, não há sentido em esperar que o acusado, por meio de provas, demonstre sua inocência, já que esta deve ser presumida durante todo o decorrer do processo, até que se prove ao contrário.

Sopesando o disposto neste capítulo, é possível concluir que a corrente desfavorável a inversão do ônus probatório merece real valor e atenção, da mesma forma que torna-se essencial guiar os pensamentos ao encontro do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, sendo este o guardião da Constituição Federal.

Desta forma, compreender todo o significado do princípio da não culpabilidade, ter em vista todas as garantias e desdobramentos decorrentes dele, e ainda assim determinar que o acusado prove sua inocência parece um tanto ofensivo ao mencionado princípio, isto pelo simples motivo de que ele já deve ser considerado inocente pelo juiz. Logo, se é a acusação que busca uma condenação, é ela que deve destruir a presunção de inocência que pertence ao acusado, provando ao magistrado que o mesmo é culpado.

Por isso, se o acusado alega alguma causa excludente de ilicitude e afins, é dever da acusação demonstrar que tal causa não existe, restando para o acusado apenas a escolha de querer provar algo ou não. Neste caso, se a acusação não conseguir provar claramente a inexistência da causa, irá o juiz correr o risco de condenar um inocente? De sorte que não.

Isto posto, ponderando sobre as palavras acima, devidamente pautadas na doutrina e jurisprudência apresentadas, resta evidente que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é, de certa forma, incoerente, pois, a partir do momento que afirma que a defesa deve provar a inocência do acusado nos crimes de receptação, admitindo a inversão, tal entendimento fere o princípio da não culpabilidade.

Neste momento, ao relembrar o capítulo 2 deste trabalho, bem como os anos em que era unânime a ideia da distribuição do ônus da prova entre autor e réu no processo penal, torna-se fácil ou simples concordar com o professor Rangel quando afirma que nova visão deve ser dada ao ônus da prova à luz do que determina a Constituição Federal.

Por fim, vale declarar que não ser a favor da inversão do ônus da prova não é uma forma de “facilitar” a situação dos criminosos diante do poder punitivo do Estado,

mas, pelo contrário, pode vir a ser uma maneira legítima de evitar ou impedir que exista nos presídios brasileiros um número maior de inocentes.

6 CONCLUSÃO

Tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, e as garantias e direitos que o princípio da inocência concede ao acusado, resta claro que estudar e compreender o devido funcionamento do ônus da prova no processo penal é fundamental para que se tenha uma sentença penal condenatória ou absolutória revestida de justiça.

Como foi apresentado, durante anos, processo civil e processo penal mantiveram o mesmo proceder quanto ao ônus da prova, isto é, distribuindo ou invertendo esse encargo entre autor e réu.

No entanto, a Constituição Federal de 1988 presenteou o processo penal com o princípio da não culpabilidade, determinando que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Com isso, percebendo sua importância, se ocupou a doutrina em estudar esse princípio e descrever seus desdobramentos.

Então, em conformidade com a doutrina, dispõe o mencionado princípio que a carga probatória deve ser totalmente entregue a acusação, haja vista que o réu é presumido inocente, logo, tal presunção precisa ser derrubada, e, obviamente, por quem está acusando.

Nesse diapasão, há também a determinação de que juiz e acusação tratem efetivamente o réu como inocente, deste modo, na mente do juiz deve vigorar o pensamento de que o réu é inocente, até que seja provada sua culpa pela acusação. Assim, se esta não lograr êxito em destruir a presunção da inocência que protege o acusado, a única saída a ser seguida pelo juiz deve ser a absolvição, em prol do princípio do *in dubio pro reo*.

Em suma, o princípio da presunção da inocência pode ser resumido em três garantias, a saber: o ônus da prova deve ser entregue, integralmente, a acusação; a prisão provisória só pode ocorrer em caráter cautelar; a condenação deve ser pautada na plena convicção do juiz quanto a culpa do réu.

Isto posto, é possível entender os motivos pelos quais parte da doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afirmam que não deve existir no processo penal a inversão do ônus da prova, isto por que não cabe ao acusado provar nada, dado seu estado de inocência, mas, é a acusação que deve provar tudo que for preciso para chegar a uma sentença condenatória.

Tal posicionamento, como foi mencionado no desenvolvimento da pesquisa, resulta de uma interpretação constitucional do artigo 156 do Código de Processo Penal, ou seja, uma interpretação à luz do princípio da não culpabilidade, sendo esta a atitude correta, tendo em vista que o processo penal deve ser lido à luz da Constituição, e não o inverso.

Em contrapartida, parte da doutrina afirma, bem como certas jurisprudências, que as alegações feitas pelo acusado a seu favor, quando declara a presença de determinada causa excludente de ilicitude, como, por exemplo, a legítima defesa, devem ser provadas pelo mesmo, fazendo jus ao *caput* do artigo 156, onde está escrito que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”.

Restou claro que esse raciocínio se origina de uma simples e isolada interpretação do *caput* do referido artigo, o que não é muito coerente se levar em consideração a hierarquia das normas e o devido papel da Constituição Federal em um Estado Democrático de Direito.

Por fim, conclui-se que inverter o ônus da prova no processo penal é um erro gravíssimo, por isso, insta lembrar os dizeres de Rangel, no sentido de que nova visão deve ser dada ao ônus da prova à luz do que determina a Carta Magna.

É válido lembrar também que não entregar ao réu o ônus de provar suas alegações não deve ser visto como um ato a favor do criminoso, mas como um ato a favor do inocente, evitando que mais destes sejam levados aos presídios.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues & TÁVORA Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 4ª ed. Bahia: JusPodivm, 2010. 1136 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. v. 1. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 992 p.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 978 p.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 de março de 2018.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 14 de março de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 de janeiro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 331.384**. Agravante: Jeferson Borges Ribeiro. Agravado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Santa Catarina, 28 de agosto de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1628573&num_registro=201501824865&data=20170830&formato=PDF>. Acesso em: 18 de março de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Agravo Regimental de Recurso Especial nº 1.142.873**. Agravante: Marcos Carlos Santos de Sena. Agravado: Ministério Público do Estado da Paraíba. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Paraíba, 28 de novembro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1660410&num_registro=201701872938&data=201711204&formato=PDF>. Acesso em: 18 de março de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Habeas Corpus nº 401.695**. Paciente: Paulo Alexandre dos Santos. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Santa Catarina, 24 de outubro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1650784&num_registro=201701268109&data=20171106&formato=PDF>. Acesso em: 18 de março de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 148.954**. Agravante: Ana Paula Jung Farias. Agravado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Rio Grande do Sul, 01 de dezembro de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14212392>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 144.064**. Agravante: Diego Sebastião Basilio da Conceição. Agravado: Relato do Aesp. Nº 1.055.209 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Roberto Barroso, Rio de Janeiro, 01 de dezembro de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14212349>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Habeas Corpus nº 97.701**. Paciente: José Amaro da Silva. Impetrante: Defensoria Pública das União. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ayres Britto. Mato Grosso do Sul, 03 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2799011>>. Acesso em: 16 de março de 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Habeas Corpus nº 99.608**. Paciente: Márcio de Souza Maritan. Impetrante: Paulo Marzola Neto. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau. São Paulo, 15 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611539>>. Acesso em: 16 de março de 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Habeas Corpus nº 88.875**. Paciente: Martin Weinberger ou Martins Weiberg. Impetrante: Martin Weiberger. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. Amazonas, 12 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1810259>>. Acesso em: 16 de março de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. **Apelação Criminal nº 0021778-35.2016.8.08.0012**. Apelante: Adriano Silva de Jesus. Apelado: Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Relator: Desembargadora Elizabeth Lordes. Cariacica, 07 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/temp_pdf_juris/13099607867.pdf?CFID=71738481&CFTOKEN=25364675>. Acesso em: 18 de março de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. **Apelação Criminal nº 0004285-87.2012.8.08.0011**. Apelante: Thiago Martins Almeida. Apelado: Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Relator: Desembargador Sérgio Luiz Teixeira Gama. Cachoeiro de Itapemirim, 13 de dezembro de 2017. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/temp_pdf_juris/13045594321.pdf?CFID=71738481&CFTOKEN=25364675>. Acesso em: 18 de março de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. **Apelação Criminal nº 0006046-80.2017.8.08.0011**. Apelante: Carla Gomes Ribeiro. Apelado: Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Relator: Desembargador Willian Silva. Cachoeiro de Itapemirim, 06 de dezembro de 2017. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/temp_pdf_juris/13031593136.pdf?CFID=71738481&CFTOKEN=25364675>. Acesso em: 18 de março de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Sétima Câmara Criminal). **Apelação Criminal nº 0012675-17.2013.8.13.0223**. Apelante: Rodrigo Nascimento Souza. Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Desembargador Agostinho Gomes de Azevedo. Divinópolis, 06 de dezembro de 2017. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=16&totalLinhas=584&paginaNumero=16&linhasPorPagina=1&palavras=recepta%E7%E3o%20e%20F4nus%20e%20invers%E3o&pesquisarPor=ementa&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 18 de março de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Terceira Câmara Criminal). **Apelação Criminal nº 2102460-05.2012.8.13.0024**. Apelante: Ronaldo Kobi Cruz. Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Desembargador Fortuna Grion. Belo Horizonte, 06 de junho de 2017. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=3&totalLinhas=71&paginaNumero=3&linhasPorPagina=1&palavras=invers%E3o%20e%20F4nus%20e%20causas%20e%20excludentes&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 18 de março de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (Décima Quinta Câmara Criminal). **Apelação Criminal nº 003514-51.2015.8.26.0481**. Apelante: Eduardo Barreto Neto. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Desembargador Ricardo Sale Júnior. São Paulo, 8 de março de 2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11276609&cdForo=0>>. Acesso em 18 de março de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (Nona Câmara Criminal). **Apelação Criminal nº 0031432-28.2016.8.26.0050**. Apelantes: Fernando Araujo Santos, Rodrigo Araujo Santos e Rodrigo da Cruz Santos. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo: Relato: Desembargador Costebile e Solimene. São Paulo, 15 de março de 2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11275793&cdForo=0>>. Acesso em: 18 de março de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (Décima Quarta Turma Criminal). **Apelação Criminal nº 0022588-28.2015.8.26.0405**. Apelantes: Bruna Gomes da Silva e Jose Ricardo Bezerra Silva. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Desembargador: Fernando Torres Garcia. São Paulo, 15 de março de 2018. Disponível em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11274332&cdForo=0>>.
Acesso em: 2018 de março de 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 887 p.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 699 p.

JESUS, Damásio de. **Código de Processo Penal Anotado**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1023 p.

IMPÉRIO DO BRASIL. **Código de Processo Criminal de Primeira Instância**. Lei de 29 de novembro de 1832. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm>. Acesso em: 27 de novembro de 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. 1408 p.

LENZA, Pedro. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 768 p.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 1159 p.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 1149 p.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 1394 p.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 1ª ed. 1 v. São Paulo: Forense, 1961. 451 p.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2ª ed. 2 v. São Paulo: Forense, 1965. 484 p.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8ª ed. Bahia: JusPODIVM, 2016. 1701 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2013. 1116 p.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. 1013 p.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Direito Processual Civil Contemporâneo**. v. 2. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 1039 p.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. 1151 p.

TÁVORA, Nestor & ALENCAR, Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ª ed. Bahia: JusPODIVM, 2013. 1392 p.

TÁVORA, Nestor & ALENCAR, Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 4ª ed. Bahia: JusPODIVM, 2010. 1136 p.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 16ª ed. 3 v. São Paulo, Saraiva, 1994. 564 p.