

CAPITÃO QOPM OLAVO VIANEI FRANCISCHETT NUNES

O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Monografia apresentada ao Departamento de Contabilidade, do Setor de Ciências Sociais Aplicadas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Planejamento em Segurança Pública.

Orientadora metodológica: Prof^a. Dr^a. Sônia Maria Breda

Orientador de conteúdo: Ten.-Cel. QOPM Renato Jorge da Silveira

**CURITIBA
2009**

A Anor Otávio Nunes, *in memoriam*, meu Pai.

Um inesquecível guerreiro e amigo.

Seus ensinamentos, amor, carinho e proteção serão sempre sentidos com o mesmo calor e intensidade que eram quando da sua presença física entre nós.

Obrigado, por tudo pai!

À minha esposa Sílvia Ribeiro Nunes, paciente e solidária nesta jornada que estamos trilhando juntos; a meus filhos Olavo Viane F. Nunes Filho e Ana Júlia Ribeiro Nunes, em quem me fortaleço a cada dia.

Agradecimentos

À minha mãe Beloni Francischet, ao meu irmão Sargento Wilson José Francischett Nunes, que mesmo silenciosamente torceram por mim.

Ao meu amigo Claudionei Campigotto, pelas consultas, pela compreensão da minha ausência em momentos importantes, pela confiança no meu estudo e pelas palavras de incentivo.

Ao Senhor Comandante da APMG, Cel. PM Roberson Luiz Bondaruk, pela demonstração pessoal na busca da excelência acadêmica do ensino policial militar. Pelas posturas exemplares relacionadas às questões éticas, profissionais e por suas publicações reconhecidas internacionalmente.

Especialmente, ao Senhor Subcomandante da APMG e orientador de conteúdo, Ten.-Cel. PM Renato Jorge da Silveira, pelo compromisso com o saber e a pesquisa, fatores que foram significativos para o desenvolvimento desse trabalho.

Aos meus Comandantes que propiciaram e entenderam minhas ausências, possibilitando a conquista desse objetivo.

Aos Oficiais e Praças da Companhia Independente de Polícia Portuária. Suas ações e situações vividas me motivaram à conclusão de mais esta etapa.

Ao Superintendente dos Portos do Paraná, Professor Daniel Lúcio Oliveira de Souza, pela afetividade vivida, transmitida e compartilhada, no momento em que encerro mais esta faina. Também pelo carinho que sempre demonstrou com a Polícia Militar e, em especial, aos assuntos da Companhia Independente de Polícia Portuária.

À Prof.^a Dr.^a Sônia Maria Breda. Orientadora, metodóloga, amiga, professora. Além da orientação ao trabalho acadêmico a “Prof.^a” orienta para a vida, para o respeito, para o educar.

UM TRIBUTO AOS POLICIAIS

*Quando erram, nós não os perdoamos. Somos,
freqüentemente, implacáveis com eles.*

*Até que, num fim de semana trágico,
vislumbramos o que seria de nós sem a polícia.*

*Aos mortos, e aos vivos, o Fantástico faz um
tributo.*

Eles são a linha de frente da democracia.

*Para além de manter a ordem, sua função é
garantir nossa liberdade.*

*Há coisas que consideramos certas, como o ar
que se respira, e que só valorizamos quando as
perdemos: como a saúde, a liberdade, a vida.*

É fácil criticá-los, são eles que morrem por nós.

Num fim de semana, trinta e cinco se foram.

Dia das mães, dia do enterro dos filhos.

Policiais civis... Militares... Um bombeiro!

*O nome oficial é agente do estado, mas, desde
crianças, aprendemos a chamá-lo de "seu
guarda".*

Guardam. Vivem, e morrem, para nos guardar.

*Quem sabe, esta tragédia não seja a
oportunidade que nos faltava para refletir sobre
esses homens e mulheres que, por tão pouco
soldo, protegem algo muito frágil, delicado:*

A CONSTRUÇÃO DO BRASIL.

*Homenagem do programa Fantástico, por
Pedro Bial*

RESUMO

Monografia sobre o ônus da prova no processo penal, dissociada do dever jurídico de provar. Objetiva discutir os princípios constitucionais e o ônus da prova a serem considerados no desenvolvimento de um processo criminal, com a análise do devido processo legal, do estado de inocência, do contraditório, da ampla defesa e da busca da verdade real, princípios estes essenciais ao processo penal. O estudo histórico, do conceito, do direito e das finalidades da prova, além da análise das bases do sistema probatório, parte do pressuposto de que o ônus da prova cabe a quem o alegar, e que a este se imputa a obrigação de prová-lo, considerando a diferença entre dever, obrigação e ônus subjetivo e objetivo. Ao serem distinguidas as diferenças do ônus da prova no processo civil e penal, na Lei Processual Brasileira e quanto ao parecer do Ministério Público, compara o objeto de estudo deste com as bases da justiça militar. Adota como metodologia a análise dos postulados doutrinários e dos julgados das jurisprudências dos Tribunais Estaduais e dos Tribunais Superiores. Afirma que todos os princípios do processo penal comum são aplicados ao Código de Processo Penal Militar (CPPM), não dirimindo grandes contradições ao que se refere ao processo de provar no âmbito militar. Conclui que o ônus da prova cabe tanto à acusação como à defesa, salvaguardando os direitos e garantias individuais conforme previsto na Carta Magna, evitando que a aplicação da lei seja prejudicada pelo legislador.

Palavras-chave: Ônus da prova. Processo Penal. Probatório. Princípios Constitucionais.

ABSTRACT

Monograph on the burden of proof in criminal proceedings, without reference to the legal duty to prove. Aims to discuss the constitutional principles and the burden of proof to be considered in developing a criminal case with a review of due process, the state of innocence, adversarial of legal defense and the pursuit of real truth, principles essential to the process criminal. By studying the history of the concept of law and the purposes of the test, and analysis of the bases of the evidence, based on the assumption that the burden of proof is on those who claim, and this is attributed to the obligation to prove it, considering the difference between duty, obligation and burden subjective and objective. When differences can be distinguished from the burden of proof in civil and criminal procedural law in Brazil and on the opinion of the prosecutor, compares the object of study of the bases of military justice. It adopts the methodology of analysis of doctrinal tenets of the tried and the case law of the State Courts and Superior Courts. It states that all the principles of criminal procedure are applied to the Code of Military Penal Procedure, not settling the major contradictions with regard to the process of proving in the military. It concludes that the burden of proof rests with both the prosecution and the defense, safeguarding individual rights and guarantees as provided for in the Constitution, preventing law enforcement is hampered by the legislature.

Keywords: Burden of proof. Criminal process. Probation. Constitutional Principles.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
1.1	Problema da Pesquisa	10
1.2	Justificativa	11
1.3	Objetivos	12
1.4	Metodologia	12
2	CONSTITUIÇÃO E PROCESSO PENAL	14
2.1	Noções Gerais	14
2.2	Princípio do Devido Processo Legal	15
2.3	Princípio do Estado de Inocência	15
2.4	Princípio do Contraditório	16
2.5	Princípio da Ampla Defesa	17
2.6	Princípio da Busca da Verdade Real	17
3	PROVA	20
3.1	Histórico da Prova	20
3.2	Sistemas Probatórios	21
3.3	Direito à Prova	22
3.4	Conceito de Prova	24
3.5	Finalidade da Prova	26
3.6	Fatos que Independem de Prova	29
3.7	Classificação das Provas	30
3.8	Meios de Prova	30
3.9	Prova Proibida	34
4	ÔNUS DA PROVA	39
4.1	Conceito de Ônus	41
4.2	Espécies Relativas ao Ônus da Prova	43
4.3	Diferença entre Ônus, Dever e Obrigação	43
4.4	Ônus da Prova Objetivo e Subjetivo	44
5	O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL	47
5.1	Diferenças do Ônus da Prova no Processo Civil e no Processo Penal	47
5.2	Divisão do Ônus da Prova	49
5.3	Ônus da Prova e a Obrigatoriedade da Defesa	50
5.4	Divisão do Ônus da Prova na Lei Processual Brasileira	51
5.5	O Ministério Público e o Ônus da Prova	52
5.6	Defesa e o Ônus da Prova	55
6	O ÔNUS DA PROVA EM ALGUNS PROCEDIMENTOS PENAIS	56
6.1	Revisão Criminal e o Ônus da Prova	56
6.2	Habeas Corpus e Ônus da Prova	57
6.3	Justiça Militar e o Ônus da Prova	58
7	JURISPRUDÊNCIA	59
7.1	Entendimento do Supremo Tribunal Federal	59
7.2	Entendimento do Superior Tribunal de Justiça	60
7.3	Entendimento do Tribunal de Justiça do Paraná	61
8	CONCLUSÃO	63
	REFERÊNCIAS	65

1 INTRODUÇÃO

Neste trabalho se pretende demonstrar a quem cabe o ônus da prova no Processo Criminal. Quando se fala em ônus da prova, não se pode confundir com o dever jurídico de provar. O ônus da prova no processo penal não representa, necessariamente, uma obrigação, uma vez que o seu não cumprimento não acarretará nenhuma sanção a se impor.

Há vários entendimentos doutrinários explicando de quem é o ônus da prova no processo penal. Apesar de parte da doutrina entender que o ônus da prova cabe ao Ministério Público, não se pode esquecer dos princípios da ampla defesa e do contraditório, que determinam que o defensor exerça a defesa do réu amplamente.

O artigo 156, do Código de Processo Penal, prevê que a prova cabe a quem a alega. Portanto, quem deve provar o que alega é a acusação, que recorreu ao judiciário em busca da condenação do acusado, pela denúncia ou queixa-crime. No entanto, o réu tem o direito, e não o dever, de produzir provas na busca de provar sua inocência, na instrução processual. Esta hipótese poderá ocorrer quando alegar alguma das exclusões de ilicitude e culpabilidade. Apesar disso, não se pode dizer que o ônus da prova cabe à defesa, em razão do princípio da presunção da inocência, inserido no artigo 9º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1.789; no artigo 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres, em 1948; no artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU – Organização das Nações Unidas; e no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. Este princípio estabelece que para todas as pessoas acusadas, deve-se presumir sua inocência até que tenha sido declarada culpada. De maneira que, quando se fala em processo criminal faz-se necessário lembrar que a acusação é sempre extraordinária, levando em consideração o Princípio da Presunção da Inocência. Porém, se a defesa do réu alegar em seu benefício, excludentes de ilicitude, cabe a ela demonstrar.

Outro ponto importante a ressaltar são as diferenças do ônus da prova nos processos penal e civil. Quando se trata da esfera criminal, prevalece o Princípio da Busca da Verdade Real.

A doutrina estabelece que compete à acusação provar os fatos constitutivos, enquanto à defesa cabe provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, que

equivalem às excludentes de ilicitude. Neste prisma, o ônus da prova é um princípio do Direito Processual Penal e decorre da equidade e da paridade no tratamento das partes.

1.1 Problema da Pesquisa

O problema da pesquisa gira em torno da existência do ônus da prova no processo penal, e a quem cabe este ônus.

O tema da prova é um dos mais complicados da teoria do processo. Não bastassem as inúmeras discussões jurídicas sobre a prova, a questão não se limita ao direito processual e mesmo ao mundo jurídico. A noção de prova projeta-se sobre outros campos, como a lógica, a epistemologia e a psicologia.

Do ponto de vista epistemológico, o problema fundamental é verificar a possibilidade de se atingir a verdade.

Sobre o enfoque processual, principalmente no que toca ao ônus da prova, a questão é saber quando é possível afirmar que as provas existentes nos autos não foram suficientes para convencer o juiz sobre a veracidade de uma afirmação. Segundo Badaró (2003, p. 20), o ônus da prova funciona como um sucessor da verdade, isto é, um caminho a ser seguido pelo juiz que, ao término do processo, encontra-se em estado de incerteza, por não ter sido possível atingir o conhecimento verdadeiro sobre os fatos. Partindo de tal premissa, é necessário delimitar os conceitos de verdade e de certeza, como requisitos negativos do ônus da prova. A falta de certeza do juiz ou a ausência de um acerto verdadeiro sobre os fatos objetos do processo são condições necessárias para a atuação das regras sobre o ônus da prova. Certeza e verdade, neste contexto, são temas que não podem ser desconsiderados, conforme Verde (1990, p. 466).

O ônus da prova é considerado como a verdade processual. Por isso, é preciso analisar o conceito de verdade, limitando-se ao campo processual, ou seja, a verdade material e a verdade formal. Além disso, é preciso estudar os seus reflexos na investigação e na produção de provas, sendo também importante levar em consideração vários princípios do processo penal. Dentre eles, o princípio

fundamental para analisar o ônus da prova é o “*in dubio pro reo*”, ou seja, na dúvida o juiz deve decidir pela absolvição.

1.2 Justificativa

Como exposto anteriormente na apresentação deste projeto, propõe-se demonstrar a quem cabe o ônus da prova no Processo Criminal.

O tema do trabalho deve ser lido como uma interrogação e está voltado a evidenciar a quem cabe o ônus da prova no Processo Criminal. Foi utilizada por Dias, em importante artigo sobre o tema: “Ônus de alegar e de provar no processo penal?”, publicado na Revista de Legislação e Jurisprudência. (1971, p. 125-155)

O ônus da prova é considerado um sucedâneo processual da verdade. Será necessário, portanto, analisar a própria noção de verdade. Em qualquer estudo sobre a prova é imprescindível a verificação do conceito de verdade, embora limitado ao campo processual. Neste contexto, a dicotomia verdade material e verdade formal e seus reflexos nos meios de investigação e de produção da prova merecerão uma atenção especial.

No processo penal, o princípio *in dubio pro reo* seria a resposta natural a tal indagação. Contudo, seu caráter genérico e sua ampla utilização tem impedido que a questão do ônus da prova seja estudada com profundidade no campo penal, segundo Ubertis. (1999, p. 100)

A busca de regras de julgamento próprias para os casos de dúvida no processo penal ou criminal é um dos objetivos práticos do presente trabalho. O ônus da prova quanto a excludentes de ilicitude e de culpabilidade também é objeto de estudo.

Portanto, enquanto trabalho teórico servirá para solucionar problemas práticos sobre o ônus da prova: obrigação, fardo, dever ou direito de provar. A experiência acadêmica e profissional do autor mostra que a respeito do Direito Penal Militar “as faculdades nada ensinam e a doutrina muito pouco escreve”, gerando uma divergência na interpretação da atividade probante. Assim, o trabalho será mais uma fonte de ajuda.

O presente ensaio a que se propõe este bacharel pode se constituir em um instrumento fundamental para orientar os oficiais, membros da Vara da Auditoria da Justiça Militar, por ocasião dos julgamentos no tribunal. Esse colegiado, ao proferir uma decisão, necessitará realizar uma reconstrução histórica dos acontecimentos e, fatalmente, necessitará enfrentar o instituto da prova, tema este por demais abrangente. Isto se justifica porque a Justiça Militar, como parte do poder Judiciário, é carecedora de instrumentos de auxílio na interpretação do direito e análise da conduta dos militares.

1.3 Objetivos

Como objetivo geral, este estudo visa discutir os princípios constitucionais e o ônus da prova a serem considerados no desenvolvimento de um processo criminal.

Para que seja alcançado o objetivo geral será discutida a existência do ônus da prova no processo penal e a quem cabe o ônus de provar. Serão apresentados os conceitos de prova, suas finalidades e os meios *probandi*, reconhecendo a prova como um ônus, um dever ou um direito. Serão apresentadas as jurisprudências das esferas Estadual e Federal sobre o ônus da prova e, por fim, um posicionamento sobre o assunto a fim de contribuir com estudos pertinentes ao tema.

1.4 Metodologia

O trabalho em tela terá como base o estudo de natureza bibliográfica: consulta ao Código de Processo Penal, Código Penal Brasileiro, Código de Processo Penal Militar, fichamento de obras, artigos publicados, pesquisas na internet, consultas a revistas jurídicas e às jurisprudências dos Tribunais Estaduais, como também do Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Para o desenvolvimento do estudo, o tema foi dividido em títulos e subtítulos, desde o entendimento do processo, da prova, do ônus da prova e sua inserção no processo penal, até as jurisprudências nas esferas da justiça.

O caráter científico do trabalho está na busca pelas contribuições de autores que já estudaram o assunto e publicaram obras no intuito de esclarecer ou expor suas opiniões e convicções.

Os temas que tratarão da prova e do ônus da prova serão o eixo central do trabalho, de fundamental importância para a compreensão do estudo proposto. Buscar-se-á dar subsídios para as considerações finais no tratamento da prova sob a visão da defesa do réu, do Ministério Público e do Magistrado, pois caberá ao juiz o dever de formar convicção sobre a verdade real dos fatos, para então, proferir uma sentença justa.

Com base nos conteúdos abordados no trabalho e na busca literária realizada, este autor concluirá a pesquisa trazendo um caminho interpretativo da legislação em vigor sobre o ônus da prova: é dever de quem alega, cabe à defesa, ou é imperativo ao Ministério Público?

2 CONSTITUIÇÃO E PROCESSO PENAL

2.1 Noções Gerais

A Constituição Federal (CF) traz em seu bojo diversos princípios fundamentais que regem o Processo Penal. O artigo 5º do Diploma Legal traz diversos princípios que são imprescindíveis, principalmente no que se refere à prova e ao ônus da prova. Para que se entenda o significado do princípio jurídico, vale citar os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello,

...mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (2003, p. 450/1)

Silva assevera que os princípios jurídico-constitucionais são aqueles informadores da ordem jurídica,

Decorrem de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais, como o princípio da supremacia da constituição e o conseqüente princípio da constitucionalidade, o princípio da legalidade, o princípio da autonomia individual, decorrente da declaração dos direitos sociais [...] e os chamados princípios-garantias (o do nullum crimen sine lege e da nulla poena sine lege), o do devido processo legal, o do juiz natural, o do contraditório entre outros, que figuram nos incisos XXXVIII a LX do artigo 5º [...]. (2007, p. 9)

Neste contexto, os direitos e garantias individuais, previstos na Carta Magna são de suma importância, para evitar que a aplicação da lei seja prejudicada pelo legislador que edita normas infraconstitucionais ou pelo aplicador do Direito, que interpreta a norma.

2.2 Princípio do Devido Processo Legal

Pela importância deste princípio, está contemplado entre os princípios-garantias encontrados no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, e tem como função assegurar que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Esse instituto é uma garantia ao acusado de que terá uma defesa plena, com direitos de ser ouvido, informado dos atos processuais pessoalmente e acesso à defesa técnica. Além do mais, garantia de que terá direito a se manifestar em todas as oportunidades, à publicidade e motivações da decisão, de ser julgado em um juízo competente. O princípio contempla também ao réu o duplo grau de jurisdição, a revisão criminal e a imutabilidade das decisões que lhe sejam favoráveis transitadas em julgado.

2.3 Princípio do Estado de Inocência

O princípio integra o rol das garantias fundamentais, elencadas no artigo 5º da Constituição Federal e dispõe no inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O Princípio do Estado de Inocência é também chamado por alguns doutrinadores de Princípio da Presunção de Inocência. Capez ensina que este princípio é importante em três aspectos,

a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não-culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual. (2005, p. 39)

A Súmula nº 9, do Superior Tribunal de Justiça, assevera que: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”.

Atualmente, pode-se dizer que o Princípio da Presunção de Inocência se traduz pelo afastamento do pré-juízo de culpabilidade do acusado até que seja

considerado culpado por meio de uma sentença transitada em julgado. Muitos autores referem-se ao Princípio da Não-Culpabilidade, por acreditarem que a Constituição Federal não presume a inocência, apenas prevê que o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo.

Nesse vértice, importante citar as considerações de Nicola Framarino dei Malesta, *in verbis*:

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

O homem, no maior número de casos, não comete ações criminosas; é ordinariamente, inocente; portanto, a inocência se presume. A presunção da inocência não é, pois, senão uma especialização da grande presunção genérica que expusemos: o ordinário se presume. E como, para o princípio ontológico, presumindo-se o ordinário, é o extraordinário que se deve provar, segue-se que, aberto o debate judiciário penal, é à acusação que cabe a obrigação da prova.¹

2.4 Princípio do Contraditório

O Princípio do Contraditório é um dos mais importantes do Processo Penal e prevê a bilateralidade. “A bilateralidade da ação gera a bilateralidade do processo, de modo que as partes, em relação ao juiz, não são antagônicas, mas colaboradoras necessárias”. (Capez, *op. cit.*, p. 19)

Para o autor, o juiz só poderá dizer que o direito pré-existe ao aplicá-lo no caso concreto, ouvindo uma parte e dando o direito à outra de se manifestar. Este princípio é traduzido pela doutrina como “ciência e participação”.

O contraditório provém do brocardo romano “*audiatur et altera pars*”, exprimindo a possibilidade de todos participarem dos atos que irão influenciar no convencimento do juiz. Pode-se dizer que o contraditório abrange todos os atos praticados pelas partes tendentes a convencer o juiz. Caso isso não ocorra e o magistrado aplique a sentença, o ato decisório será nulo.

O Princípio do Contraditório está disposto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, juntamente com o Princípio da Ampla Defesa: “aos litigantes,

¹ MALESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. p. 133.

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”.

É importante salientar que o Princípio do Contraditório é assegurado pela Constituição Federal apenas durante a instrução criminal, como prevê os artigos 394 e 405 do Código de Processo Penal. Este princípio não se aplica ao inquérito policial.

2.5 Princípio da Ampla Defesa

Também disposto no artigo 5º, inciso LV da Constituição, o Princípio da Ampla Defesa estabelece que o acusado terá uma defesa completa, seja ela pessoal (chamada pela doutrina de autodefesa) ou técnica (efetuada por defensor constituído, público ou dativo). Tanto que a própria Constituição, no mesmo artigo, assegura que o Estado garantirá a assistência jurídica aos necessitados.

Para que o acusado tenha uma defesa ampla e plena, o defensor do réu sempre irá se manifestar após a acusação, para que possa defender o réu de todos os atos que lhe foram imputados. Por essa razão, após a manifestação do Ministério Público abre-se vista dos autos para a defesa do réu. As exceções são nos casos de contra-razões de recursos, sustentação oral ou manifestação dos procuradores de justiça, na Segunda Instância.

“O Princípio da Ampla Defesa diz respeito ao direito à informação, ou seja, a citação válida; na contrariedade, sob a luz do Princípio do Contraditório como decorrência da ampla defesa; e no direito à prova legitimamente produzida ou obtida”. (Tucci, 1993, p. 205)

2.6 Princípio da Busca da Verdade Real

A mais primitiva forma de apuração da verdade de que se tem notícia é a originada na Grécia antiga. O sistema da prova, nesta época, era o procedimento utilizado com o objetivo de solucionar uma contestação apresentada. Era

considerada fonte fiel de informações relevantes desenvolvidas para apuração da verdade diante de uma controvérsia. Em função dessa inovação, foram-se aperfeiçoando procedimentos na apuração da verdade e, paulatinamente o povo passou a utilizar o direito de usar a verdade e de opô-la a seus adversários. Daí decorre um processo de fases cada vez melhores que embasou a elaboração de formas racionais de provas e de demonstração da verdade, que alcançou seu apogeu no período de dominação do Império Romano.

As formas por meio das quais se manifesta o Processo Penal vêm se desenvolvendo ao longo da história e sofrendo variações em função de condições sociais, políticas e religiosas. Sua importância e autonomia foram reconhecidas em maior ou menor grau ante os acontecimentos de cada época, mas não se distanciaram de seu papel de instrumento, por meio do qual se visa à aplicação da sanção penal àquele que infringiu a norma penal incriminadora.

Este princípio determina que o *jus puniendi* seja aplicado apenas contra a pessoa que praticou infração penal. A penalidade deve ser estabelecida nos limites de sua culpabilidade e apurada durante a investigação das provas trazidas ao processo. Outra denominação dada ao princípio, pela doutrina, é o Princípio da Verdade Material, ou ainda, da Livre Investigação das Provas. Assim sendo, o juiz tem o dever de utilizar todas as formas legais para obter a verdade dos fatos, não estando limitado ao que é trazido ao processo pelas partes.

Mirabete salienta que:

Este princípio não vigora com intensidade no Processo Penal brasileiro, já que o sistema não permite que após a absolvição do réu por uma sentença transitada e julgada, a decisão seja anulada, mesmo que surjam novas provas que comprovem o envolvimento do acusado no crime. (2003, p. 45)

Com o intuito de "sanar a ignorância" do magistrado é que as partes, via instrução processual, se utilizarão das provas, que têm por finalidade a reconstrução de fatos já acontecidos, de modo que ao magistrado seja possível o conhecimento dos acontecimentos fáticos e a solução da controvérsia lhe apresentada. É certo que a instrução pelo conhecimento do fato não pode se dar de qualquer forma, em desrespeito aos direitos e garantias individuais, considerando-se que estes estariam a configurar limitação à atuação do Estado-Juiz à busca do conhecimento e ao alcance da certeza.

Assim, deve o juiz respeitar os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, sob pena de imprestabilidade da prova colhida com infringência a aludidos direitos.

3 PROVA

3.1 Histórico da Prova

A palavra prova origina-se do latim “*probation*”, que deriva do verbo *probare*, podendo ser traduzida como “aquilo que serve para estabelecer uma verdade por verificação ou demonstração”, ou ainda “indício, mostra, sinal, exame, inspeção”. Na linguagem jurídica, o termo é interpretado como sinônimo de demonstração dos fatos alegados no processo, que recebe o nome de prova judiciária.

“Os povos primitivos não utilizavam critérios técnicos e racionais para demonstrar que os fatos aconteceram. Os métodos eram rudimentares e empíricos, diferentes do atual conceito de prova judiciária” (LOPES, 2002, p. 19). Naquela época, as *fratrias* ou cúrias, que eram os agrupamentos de famílias, reuniam-se para concluir se o acusado era culpado ou inocente, sendo que a religião exercia forte influência sobre a prova e os julgadores invocavam a proteção divina na busca da verdade. Utilizavam-se as Ordálias, que eram os julgamentos de Deus. Este método foi usado pelos povos germânicos antigos e as penas aplicadas eram cruéis.

Entre elas, vale lembrar a “prova pelo fogo” (o acusado tinha que tocar a língua em um ferro quente ou caminhar descalço sobre ferro quente), a “prova das bebidas amargas” (a mulher acusada de adultério era obrigada a ingerir bebidas fortes e amargas. Se bebesse com naturalidade era inocente, se contraísse o rosto era culpada); a “prova das serpentes” (o acusado era jogado no meio dos répteis e se não fosse mordido era considerado inocente); e a “prova da água fria” (o acusado era jogado em um reservatório de água, se afundasse era culpado; se flutuasse, inocente).

Outro meio de prova muito utilizado era o juramento. Vigorando em diversos países esse instituto, a divindade é invocada como testemunha da verdade e se o acusado mentir terá um castigo divino imposto. Os gregos e romanos usavam o juramento na antiguidade devido à forte influência da religião na sociedade e também porque não existia prova escrita. Posteriormente, o juramento foi substituído pelo duelo judiciário, que também era baseado na prova divina. A justificativa era de que Deus não permitiria a vitória do réu, se este não estivesse com a razão.

No século XIV, as Ordálias foram abolidas e o duelo proibido. Assim, a prova testemunhal ganhou prestígio e começou a ser admitida. Mas somente no século XVI, o direito probatório começou a se desenvolver, sendo permitidas provas testemunhal, documental, pericial, a confissão e o interrogatório.

Hoje a função da prova no processo criminal é demonstrar que o crime realmente aconteceu, como aconteceu e se ainda está acontecendo. O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um meio de contenção e de delimitação dos poderes que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória – o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público. Porém, ela também tem como função provar que o fato criminoso não existe.

Assim, pode-se buscar duas verdades: a que diz respeito aos fatos e a que diz respeito ao Direito. A primeira delas tenta reconstruir o fato tido como criminoso, pela utilização de todos os meios lícitos disponíveis. A outra se refere à escolha, à interpretação e à aplicação do Direito no caso concreto. Juntas, essas verdades têm por objetivo convencer o julgador que o fato existiu e deve ser punido, ou que o contrário ocorreu.

3.2 Sistemas Probatórios

Entre os modernos sistemas probatórios podemos destacar três: *civil law*, *common law* e socialista.

O Sistema de *civil law* foi utilizado até a Revolução Francesa, em 1789, no continente europeu, e tinha sua base no Direito Canônico. Suas principais características eram:

- a) predomínio da escrita;

- b) ausência da publicidade;
- c) fragmentação processual;
- d) papel secundário do juiz no processo;
- e) excesso de recursos; e
- f) admissão das provas legais.

Após a Revolução Francesa, este sistema baseou-se na publicidade, e mudou suas características, dentre as quais se destacam:

- a) os atos comunicados ao juiz devem ser feitos oralmente, produzindo a prova durante a audiência;
- b) publicidade de todos os atos do processo;
- c) contato do juiz com o réu e com as testemunhas;
- d) valoração das provas pelo julgador; e
- e) declínio das provas legais.

Os países que adotam este sistema primam pela celeridade processual.

O Sistema de *common law* tem entre suas características principais:

- a) presença de jurados;
- b) predomínio da oralidade;
- c) admitem interrogatório cruzado na audiência (tanto a defesa como a acusação tem direito de fazer perguntas ao réu e as testemunhas);
- d) celeridade processual.

O sistema socialista, adotado por países socialistas, tem seu procedimento baseado no contato direto entre o juiz e as partes. O processo possui função social e assistencial, tendo o juiz o papel de garantir a igualdade real e coibir expedientes protelatórios. Os juízes são eleitos pelo povo e devem buscar a verdade independente das provas trazidas ao processo.

3.3 Direito à Prova

Para se entender melhor o ônus da prova, é preciso começar a análise pelo conceito da prova, os meios de prova, a fonte da prova e sua função dentro do processo penal. Também é preciso analisar o conceito de ônus.

O direito à prova está inserido no Princípio do Devido Processo Legal, que conseqüentemente está ligado ao direito de ação, de defesa e de ter uma decisão justa, que se aproxima da verdade dos fatos. A prova é usada tanto pelo autor – o Ministério Público no caso do Direito Processual Penal – como pelo réu. Ambos têm o direito de buscar meios que comprovem que suas alegações são verdadeiras. Isso nada adiantaria se autor e réu não pudessem levar estes fatos ao juiz, para convencê-lo a decidir favoravelmente à parte, condenando ou absolvendo o réu das acusações.

Nesse sentido, assevera Scarance Fernandes², de nada adiantaria o autor e réu o direito de trazer a juízo suas alegações se não lhes fosse proporcionada oportunidade no desenvolvimento da causa de demonstrar suas afirmações.

Ainda o autor aduz com referência ao assunto que o Juiz desempenha importante papel na produção da prova, para que sua decisão seja justa e de acordo com a realidade fática. Por mais que em alguns sistemas o Juiz é limitado em seu poder instrutório, em todos lhe é assegurada a participação na produção da prova.

Quando se fala em direito à prova no processo penal refere-se:

- a) ao direito à investigação e ao direito de propor, indicar e requerer provas;
- b) ao direito de ter as provas propostas admitidas, indicadas ou requeridas;
- c) ao direito de ter as provas ilícitas negadas;
- d) ao direito de utilizar os meios de provas legais, ou seja, a participação das partes na produção das provas;
- e) o direito de ter as provas avaliadas.

O Contraditório, por sua vez, encontra-se implícito no direito à prova, na formação e produção das provas. Prelecionam nesse aspecto Grinover, Sacarance Fernandes e Magalhães:³

A garantia do contraditório não tem apenas como objetivo a defesa entendida em sentido negativo-como oposição ou resistência-, mas sim principalmente a defesa vista em sua dimensão positiva, como influência, ou seja, como direito de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado do processo”, e o direito à prova assume a maior relevância em relação ao contraditório, “uma vez que a atividade probatória representa o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se de particular relevância para o conteúdo do provimento jurisdicional. O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à

² FERNANDES, Scarance. **Processo Penal Constitucional**, p.66.

³ FERNANDES, MAGALHÃES. **As nulidades no processo penal**, p.104/105.

efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, destas poderem servir-se das provas.

Dessa essência, extrai-se a conclusão de que serão viciadas as provas colhidas sem a presença do Juiz, ou, a colhida pelo Juiz sem que as partes tivessem acompanhado sua colheita, exigindo-se para tanto a presença do Juiz e das partes para que sejam as mesmas validadas.

Assim, quando não assegurada a liberdade plena de atuação das partes na instrução probatória, poderá aí se configurar cerceamento de defesa, e/ou de acusação.

A valoração da prova se dá no momento da apreciação, ocasião em que serão elas “criticadas” e selecionadas, aceitas ou rejeitadas. De todo esse trabalho é que se extrai a convicção concreta a respeito dos fatos discutidos nos autos, e de nada serviria ceder-se às partes o direito à prova, se o juiz as deixasse de apreciar ou valorar por ocasião do julgamento. Por essa razão, todas as provas e alegações ancoradas aos autos pelas partes deverão ser objetos de minuciosa análise e avaliação, sob pena de estar o julgador infringindo o princípio do contraditório.

3.4 Conceito de Prova

“*Probatio*” - vocábulo originário do latim, que significa prova, ensaio, verificação, advém do verbo *probare*, que quer dizer bom, reto, honrado. Nessa linha, o que resulta provado então pode ser considerado bom, correto.

Num sentido mais coloquial, prova pode ser descrita como um meio pelo qual se chega à descoberta da verdade. Já, do ponto de vista jurídico, o vocábulo prova pode ser interpretado por diversas acepções, dentre elas como sinônimo de atividade probatória, como resultado da prova ou ainda como meio de prova.

Em síntese, visa o Processo Penal à declaração da existência ou inexistência da culpabilidade do réu e à conseqüente imposição de sanção, caso se convença o magistrado da responsabilidade penal daquele indivíduo que se vê processado. Para tanto, deve o juiz convencer-se acerca da veracidade ou falsidade

das afirmações feitas pelas partes no decurso do processo, o que é feito por meio da prova.

Há diversas definições de provas trazidas pela doutrina.

[...] é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz [...] e por terceiros (p. ex: Peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação. (CAPEZ, *op. cit.*, p. 260)

Dellepiane conceitua que:

[...] prova é sinônimo de ensaio, experimentação, revisão, realizadas com o fim de aquilatar da bondade, eficácia ou exatidão de algo, quer seja uma coisa material ou uma operação mental, traduzida ou não em atos, em resultados. Tal ocorre quando se põe em marcha uma máquina para verificar se funciona bem, se satisfaz o seu fim, confrontando-se assim, em certo modo, a teoria com a realidade prática. Examinadas com vagar as coisas descobre-se no fundo de toda prova, o elemento que vimos de referir: a confrontação. (2004, pp. 22/3)

Dinamarco define: “[...] prova é todo motivo ou razão levado ao processo pelos meios e procedimentos aceitos pela lei, para levar ao juiz o convencimento ou a certeza sobre os fatos”. (1994, p.43)

Santos ensina: “[...] é a convicção sobre os fatos alegado em juízo”. (1976, p.13)

Badaró explica: “[...] prova é o resultado da atividade probatória, identificando-se com o convencimento que os meios de prova levaram ao juiz sobre a existência ou não um determinado fato”. (sic) (2003, p. 158)

Castro Mendes formula a seguinte definição: “prova é o pressuposto da decisão jurisdicional que consiste na formação através do processo no espírito do julgador da convicção de que certa alegação singular de fato é justificavelmente aceitável como fundamento da mesma decisão”. (Do conceito, p.741)

Analisando os diversos conceitos se percebe que o vocábulo possui uma diversidade de significados, e que a prova é sempre a alegação de um fato. Isso não quer dizer que este fato aconteceu ou não. Na realidade, o que as partes querem provar são as alegações dos fatos, isso não implica que ele seja verdadeiro ou falso.

Conforme mencionado, primeiramente a prova tem identificação com atividade probatória, ou seja, produzindo os meios e atos do processo visualizando o

convencimento do juiz sobre a veracidade ou falsidade de uma alegação. É a forma de se provar os fatos alegados baseando-se nos atos praticados. Nesta visão encontra-se implícita a regra do Art. 156, do Código de Processo Penal, qual seja, de que a prova da alegação incumbe a quem a fizer.

Noutro entendimento, a prova se traduz como o resultado da atividade probatória, tendo relação com o convencimento que os meios de prova levaram ao juiz sobre um determinado fato. Sua convicção.

Por derradeiro, há possibilidade também de identificar a prova com o meio de prova em si mesmo, trazendo como exemplos a prova testemunhal ou a prova por indícios.

O conceito de prova, portanto, envolve aspectos variados, não sendo único e não sendo considerado um conceito padrão. No campo jurídico, pode-se conceituar a prova como sendo o instrumento de que se valem as partes para demonstrar ao juiz elementos que o convençam acerca dos fatos controvertidos da causa. Assim, a prova consiste, em síntese, na demonstração da existência ou veracidade daquilo que se alega em juízo.

Dessa forma, provar é, antes de tudo, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. Entende-se também, por prova, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio Juiz, visando estabelecer, dentro do processo, à existência de certos fatos.

3.5 Finalidade da Prova

Finalidade da prova é o que se deve demonstrar, ou seja, aquilo que o juiz deve adquirir e o conhecimento necessário para resolver o litígio. Abrange, portanto, não só o fato criminoso e sua autoria, como todas as circunstâncias objetivas e subjetivas que possam influir na responsabilidade penal e na fixação da pena ou na imposição de medida de segurança. Refere-se, pois, aos fatos relevantes para a decisão da causa, devendo ser excluídos aqueles que não apresentam qualquer relação com o que é discutido e que, assim, nenhuma influência possa ter na solução do litígio. São irrelevantes, por exemplo, as roupas vestidas pelo autor, suas convicções religiosas ou seu estado civil, quando tais circunstâncias não são

elementos do crime, não influem na fixação da pena ou não trazem qualquer subsídio à apuração da verdade buscada no processo.

As partes, quando do seu comparecimento ao processo, na petição inicial ou na contestação deverão indicar quais as provas que pretendem fazer, a fim de demonstrar a veracidade de suas alegações, pois o objetivo da prova é descobrir a verdade, não a verdade real, mas a verdade processual. Por essa razão, a finalidade da prova varia conforme a concepção que há no processo e de acordo com a probabilidade de comprovar que os fatos alegados são verdadeiros. Assim, a prova serve para aparentar legitimação ao conjunto de mecanismos processuais, os quais têm por função evitar possível injustiça nas decisões judiciais.

Serve também como elemento de persuasão utilizado pelas partes para que cada uma, na defesa de suas teses, batalhe com seus argumentos e estratégias com o objetivo de convencer o julgador. Nesse sentido a prova é argumentativa.

Ao se afirmar que é possível alcançar o conhecimento verdadeiro sobre um fato, por mais que a verdade atingida não seja uma verdade absoluta, a prova assume fundamental importância para que essa verdade seja obtida, pois é ela o instrumento para fundamentação da escolha de referida versão dos fatos. Destarte, a prova é colocada como um mecanismo que nos traz a possibilidade de realizar a escolha mais racional dentre as alegações fáticas, uma vez que para o processo são trazidos inúmeros fatos relevantes e é justamente a prova que fornece o suporte para o convencimento sobre a decisão da causa. Afinal, importante questão do direito processual é saber, a respeito das alegações do autor e do réu, a quem cabe provar a veracidade dos fatos, a fim de promover o convencimento do Juiz. Logo, cabe ao juiz procurar o conhecimento verdadeiro dos fatos para diante da certeza de sua ocorrência realizar a justiça no caso concreto.

“O objeto da prova são as circunstâncias referentes ao processo, onde existam dúvidas. Por isso precisam ser demonstradas ao Poder Judiciário, para que este decida a questão”. (CAPEZ, *ibid.*, p. 260)

Nucci enfatiza que a prova tem como objetivo convencer o juiz de que as alegações são verdadeiras. Para ele, o objetivo da prova é buscar a verdade processual, a verdade possível, a verdade atingível. “A verdade processual emerge durante a lide, podendo corresponder à realidade ou não, embora seja como base nela que o magistrado deve proferir sua decisão”: (2005, p. 343)

O objeto da prova é o que se deve demonstrar, ou seja, aquilo sobre o que o juiz deve adquirir o conhecimento necessário para resolver o litígio. Abrange, portanto, não só o fato criminoso e sua autoria, como todas as circunstâncias objetivas e subjetivas que possam influir na responsabilidade penal e na fixação da pena ou na imposição de medida de segurança. (Mirabete, *op. cit.*, p. 271)

Badaró utilizando-se dos ensinamentos do autor italiano TARUFFO⁴, traz que não teria sentido falar em prova se só forem analisadas as teorias que negam a possibilidade de provar fatos verdadeiros. Para ele, desta forma, “a prova torna-se um verdadeiro *non sense*. A prova acaba servindo para dar uma aparência de legitimidade racional para um conjunto de mecanismos teatrais cuja função é dissimular a realidade irracional e injusta da decisão judicial” (2003, *apud* TARUFFO, 1992, p. 160). O autor assevera ainda dentro do processo que a prova serve para as partes convencerem o juiz de que a sua história é verdadeira. Assim sendo, a prova é argumentativa, e não cognitiva. Portanto, nem sempre um fato verdadeiro terá credibilidade, assim como um fato que não ocorreu poderá ganhar relevância dentro do processo, conforme as provas produzidas e o grau de persuasão.

Partindo do ensinamento trazido pela doutrina, podemos dizer que existe a possibilidade de saber como ocorreu um fato na realidade, mas, neste caso, a verdade não poderá ser considerada absoluta, já que a prova tem a finalidade de trazer ao processo uma fundamentação racional para que seja escolhida uma versão que possa ser definida como verdadeira. Dessa forma, a principal função da prova é fornecer elementos que confirmem a ocorrência de determinado fato e que este convença o juiz, para que ele decida se deverá condenar ou absolver o réu. Assim, a ausência de provas trará a incerteza e não a afirmação de que o fato é mentiroso.

Concluindo, a prova em sentido jurídico-processual deve ser compreendida como a resultante da extração na faticidade dos elementos de prova pelos meios legalmente previstos, formalizados nos instrumentos que os fixam aos autos, servindo de base para a formação da cognição.

⁴ TARUFFO, Michele. *La prova Del fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p.59.

3.6 Fatos que Independem de Prova

No Processo Penal, alguns fatos não precisam ser provados. A doutrina enumera e assim os reconhece:

- a) fatos notórios – todos têm conhecimento;
- b) fatos intuitivos – a convicção já está formada;
- c) presunções legais – decorrem da própria lei;
- d) fatos inúteis – aqueles que não vão influenciar na decisão do juiz;
- e) fatos impossíveis – que não há nenhuma possibilidade racional de terem ocorrido.

Esses fatos são as chamadas provas indiretas, pois se referem ao meio de elaboração, oriundas do intelectual, experiência ou raciocínio do juiz para se chegar ao fato probando. Formam-se sob a premissa de uma verdade mais geral, obtida por meio da experiência do mundo físico ou do mundo moral da consciência do juiz. Dessa forma, o magistrado convence-se da verdade por meio de exercício intelectual, partindo do fato provado ao fato probando, que se constitui no fato principal para o caso.

Todos os outros fatos devem ser provados, inclusive aqueles que são admitidos e classificados pela doutrina como incontroversos, por ser admitido pelas partes. Isso porque o Processo Penal é diferente do Processo Civil. No Processo Penal existe a necessidade de se produzir a prova porque o juiz pode questionar o fato e ficar em dúvida se realmente é verdadeiro, não sendo obrigado a aceitá-lo mesmo que as partes estejam de acordo. Agora, no Processo Civil, se as partes concordarem, o juiz terá que acatar.

Neste sentido, a prova tem que ser:

- a) admissível;
- b) pertinente;
- c) concludente; e
- d) possível.

“Se estas características não forem observadas, a prova pode não ser aceita pelo juiz”. (CAPEZ, *op. cit.*, p. 262)

3.7 Classificação das Provas

As provas, segundo a doutrina, possuem inúmeras classificações. Uma das mais utilizadas pela doutrina é a classificação quanto ao objeto, ou seja, o fato a ser demonstrado, que divide as provas em direta e indireta. A prova direta ocorre quando o fato demonstrado é aquilo que se pretende provar, ou seja, não há interposição entre o juiz e o fato a se provar. Assim, o conhecimento é limitado à atividade jurisdicional, que tem a percepção do fato *probandum*. A prova indireta é aquela que leva o fato a ser demonstrado pelo uso de raciocínio e dedução, considerando os fatos secundários. Nela há uma separação clara, entre o juiz e o fato secundário. “A diferença entre a prova direta e a indireta é a percepção do juiz e a divergência do fato a ser provado”. (BANDARÓ, *op. cit.*, 163/4)

Outra classificação é quanto ao efeito da prova, que pode ser prova plena ou não plena, sendo a última também chamada de indiciária. O autor explica que a prova plena é aquela que é necessária para a certeza do juízo. Como exemplo, ele cita o princípio *in dubio pro reo*. A prova não plena é aquela que leva em consideração a probabilidade, vigorando o Princípio *in dubio pro societate*. (CAPEZ, *op. cit.*, p. 271)

O mesmo autor ainda classifica a prova como real e pessoal. “A prova real é aquela que consiste em uma coisa que se distingue da pessoa, como o local, a arma. Já a prova pessoal é aquela originária da pessoa, como o interrogatório, depoimentos”. E, ainda, classifica a prova quanto à forma, que pode ser: “a) testemunhal – resultante de depoimentos; b) documental – proveniente de documentos, papéis; c) material – produzidas por meio químico, físico ou biológico”. (CAPEZ, *op. cit.*, p. 272)

3.8 Meios de Prova

O fim a que se destina o processo penal é a resolução de uma lide de natureza penal, consistente no exercício pelo Estado do *jus puniendi* contra o infrator da norma penal. Sendo certo que a pretensão punitiva estatal surge quando da

transfiguração do *jus puniendi* de abstrato para concreto, é que, a partir desse momento, tem o Estado o poder de exigir a subordinação do interesse do infrator ao seu próprio interesse.

Relacionado à questão da classificação das provas, definem-se meios de prova como os meios materiais de que se lança mão para a demonstração da veracidade de determinado fato.

Com relação aos meios de prova utilizados para reproduzi-la, a prova pode ser *peçoal* ou *real*, conforme os meios usados sejam respectivamente pessoas ou coisas. A prova é pessoal quando resulta da atividade de uma pessoa, como são os depoimentos das testemunhas. A prova é real quando emana da observação ou da própria existência nos autos da coisa em si, como é o caso dos documentos ou dos instrumentos utilizados na prática do delito.

Os meios de provas podem ser definidos, genericamente, como tudo que serve para demonstrar a verdade processual, seja direta ou indiretamente. Para isso, deve-se considerar o Princípio da Verdade Real, que vigora no Processo Penal, e que o juiz deve buscar para decidir se o fato é verdadeiro ou não. Essa busca da verdade processual nada mais é do que o valor que legitima a atividade jurisdicional, não podendo ser considerada justa uma decisão em que não se aplica este princípio.

Nesse sentido, argumenta-se que levando em consideração o Princípio da Verdade Real, “não há de se cogitar qualquer espécie de limitação à prova, sob pena de se frustrar o interesse estatal na justa aplicação da lei”. (CAPEZ, *ibid*, p. 272)

Outro princípio trazido pela doutrina é o Princípio da Liberdade dos Meios de Prova. Tanto que o artigo 155, do Código de Processo Penal, determina que devem ser observadas as restrições inerentes à prova estabelecidas na lei civil. Ainda, o Código de Processo Penal exige em seu artigo 158 o exame de corpo de delito para as infrações que deixam vestígios, não podendo este ser suprido pela confissão do acusado. O mesmo diploma legal veda, em seu artigo 406, § 2º, a produção de prova documental na fase em que devem ser produzidas as alegações escritas, no procedimento do júri. O artigo 405 proíbe a produção ou leitura de documentos, que a parte contrária não tenha conhecimento três dias antes do julgamento. Também é importante trazer a vedação das provas ilícitas, que serão tratadas posteriormente, devido a sua relevante importância.

Oportuno é, nesse item, trazer a bordo, síntese sobre as alterações recentes do Código de Processo Penal, introduzidas pela Lei nº 11.690/2008, restritamente aos artigos 155 e 156, que, no que tange aos meios de prova oportunizados no processo criminal, pelo ponto de vista do autor deste, o juiz também será um instrumento, assim como a acusação e a defesa, para buscar provas diferentes das buscadas pelas partes.

Os artigos 155 e 156 do Código de Processo Penal, recentemente alterados pela Lei nº 11.690/08, não retiraram o poder instrutório do Juiz no processo, embora o tenham retirado da condição de protagonista e o colocado também na condição de coadjuvante, privilegiando a atuação das partes no duelo probatório. No entanto, o Juiz se mantém capaz de, subsidiariamente, buscar a verdade dos fatos que são levados ao seu conhecimento pelas partes e submetidos à sua decisão. A dúvida paira no sentido de até que ponto poderia esse poder de diligência dado ao juiz, comprometer o sistema processual até então vigorado. O princípio da inércia ou o princípio da imparcialidade do julgador, regras que permanecem preservadas, em que pese a alteração legislativa, seriam prejudicados?

Em que pese o processo penal moderno não comportar a figura de um Juiz indiferente ao reflexo de sua sentença sobre os fatos da vida, exige-se um julgador que busque aproximá-la, dentro dos meios lícitos de que dispõe, o mais próximo possível do que realmente aconteceu. Resta, porém, dúvida quanto a sua imparcialidade no julgamento.

Há os que dizem que tais alterações ferem o princípio da inércia, do contraditório e o da ampla defesa, pois com a mudança estaria quebrada a imparcialidade do juiz, além de o procedimento regredir para o sistema inquisitivo. Por outro lado, há os que valorizam as inovações, sob o argumento de que um juiz no século XXI, não pode mais permanecer refém da atividade probatória das partes, preso às redomas do princípio da inércia.

Assim, ficaram os dispositivos:

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.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

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.

Por ser matéria de alteração recente, como já mencionado, os entendimentos doutrinários são veementemente mais críticos que favoráveis.

Assim, os críticos têm defendido posicionamento no sentido de que é necessário o estabelecimento de limites à atividade instrutória do juiz, no âmbito do processo penal, levando-se em conta que a Constituição Federal apontou novos rumos para esse ramo da ciência jurídica. Essa limitação visa não apenas a preservar-lhe a imparcialidade, mas, notadamente, por imperativo do sistema acusatório adotado pela Carta Magna.

Nesse entendimento, se o juiz não deve produzir prova em prol da acusação, não é admissível, da mesma forma, que intervenha para favorecer o acusado, pois ambas as partes devem ser contempladas pelo princípio acusatório.

Pela reforma, o juiz age como um meio para suprir eventual desigualdade entre as partes, o que não é de bom grado para garantir sua imparcialidade, pois tais desigualdades, caso hajam, devem ser contornadas por outros meios, por iniciativa das partes. Senão, os princípios sempre invocados em prol do acusado (presunção de inocência, *in dubio pro reu*) estariam comprometidos, levando-se em consideração que devem ser usados diretamente em seu benefício na sentença.

O juiz deve exercer o papel de garantidor, de árbitro, restringindo-se a mediar o embate entre acusação e defesa, na medida em que o processo assemelha-se a um jogo. Assim, na sua condição de árbitro, ao sentenciar, o juiz anuncia o resultado da “partida”, sendo-lhe vedado alterar as regras e, principalmente, intervir nas estratégias dos participantes.

É evidente que o juiz não pode se escusar do impulso oficial do processo, pois se trata de um poder-dever do juiz, inerente ao poder de decidir, posto que o juiz não tem ônus de prova no processo. Mas, esse poder-dever é limitado e excepcional, porquanto o juiz só deve diligenciar a respeito de ponto duvidoso colocado pelas partes, e que restou mal esclarecido.

Desse modo, admite-se em caso excepcional, procedimento probatório *ex officio*, em relação apenas aos fatos já discutidos no processo, em que constem as fontes de prova sobre as quais terá lugar a posterior atividade probatória, ao se vislumbrar a possibilidade de que com isso se possa contribuir para a busca da verdade processual.

Sendo assim, a reforma do processo penal pela Lei nº 11.690, de 2008, traçou caminho oposto a esse objetivo, por isso já se vê questionada.

3.9 Prova Proibida

Classificadas pela doutrina também como provas inadmissíveis, este tipo de prova é vedado pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI, dispendo: “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”. A prova proibida “é aquela produzida em contrariedade a uma norma legal específica, e, portanto, de forma ilícita”. (CAPEZ, *ibid.*, p. 262)

Isso significa dizer, em breve relato, que a obtenção da prova em confronto à lei, aos costumes, à moral e aos princípios gerais de direito, configurará prova proibida, cuja presença nos autos do processo é absolutamente vedada, devendo, pois, ser expurgada. Não há que se cogitar a possibilidade de o julgador somar qualquer espécie de valor probatório, de modo que ao magistrado não é lícito fundar sua convicção nesses elementos.

Capez comunga do mesmo entendimento que Mirabete, pois dá a denominação de provas inadmissíveis, dividindo este tipo de prova em duas espécies:

a) Prova ilegítima: aquela que é contrária à norma de natureza processual. Vários exemplos são dados pelos doutrinadores. Entre eles podemos citar o artigo 475, do Código de Processo Penal, que veda a produção ou leitura de documentos, que não tiverem sido comunicadas a outra parte com três dias de antecedência. O dispositivo proíbe até mesmo a leitura de jornais, que contenha matéria de fato que constam no processo.

b) Prova ilícita: aquele que afronta normas de natureza material, ou seja, as que forem produzidas através de um crime ou contravenção, ou ainda as que ferem as normas de direito civil, comercial, administrativo. Entre os exemplos trazidos pela doutrina podemos citar o grampo telefônico sem autorização judicial, que viola o direito à intimidade; ou ainda a violação de domicílio para furtar documentos. (*op.cit.*, p. 264).

Prova ilícita é toda aquela que ofende o direito material. Há atualmente uma confusão entre prova ilegítima e prova ilícita, mas não devem, contudo ser confundidas apesar de ambas não serem aceitas pelo nosso direito processual, pois a prova ilícita fere o direito material enquanto a prova ilegítima o direito processual. Atualmente, com os modernos adventos tecnológicos, novos meios de prova estão sendo introduzidos em nossos litígios, mas esses meios devem obedecer a certas normas e só serão permitidos desde que respeitem a legalidade, licitude e moralidade da prova.

A liberdade probatória é regra no processo, pois é concedido às partes o direito à prova, e a exceção é a inadmissibilidade da produção de determinadas provas em juízo. Neste contexto, o direito à prova que é dado às partes litigantes em processo judicial de provar o que alegam, não é irrestrito, já que encontra limitação legal e ética com o escopo de proteger o indivíduo em sua intimidade, por exemplo.

Deste modo, um dos objetivos do legislador é vedar o ingresso, no processo, da prova considerada ilícita, ou seja, colhida em desacordo com a norma jurídica ou em afronta a princípios constitucionais ou mesmo processuais. Porém, nem sempre é possível se obstar o ingresso nos autos da prova proibida, seja por questões de ordem prática, seja por descuido do próprio magistrado. Assim, o legislador quer também evitar que tais provas, uma vez tendo ingressado nos autos, sirvam como base de fundamentação para decisão do juiz.

Os termos prova ilícita, prova ilegítima e prova obtida ilegalmente são freqüentemente utilizados como expressões sinônimas, quando, em verdade, definem situações análogas, contudo diversas.

A prova será proibida ou ilegal sempre que for obtida com violação à norma de natureza material ou com afronta à norma de natureza processual. Deste modo, pode a prova proibida ser ilícita ou ilegítima.

Será ilícita ou ilicitamente obtida a prova que contrariar normas de direito material, quer sejam de cunho constitucional quer sejam de caráter infraconstitucional. Configuram-se exemplos de provas ilícitas, aquelas obtidas com violação de domicílio, sem ordem judicial, e a confissão obtida mediante tortura.

Por sua vez, as provas ilegítimas são aquelas colhidas com afronta a normas de direito processual, como exemplo o interrogatório do réu menor sem que lhe seja nomeado curador e o laudo de exame de corpo de delito subscrito por perito não oficial, ou por um único perito.

Ademais, além das provas ilícitas e ilegítimas, inserem-se no conteúdo das provas proibidas ou inadmissíveis as de invocação do sobrenatural, bem como aquelas incompatíveis ao direito de defesa e à dignidade humana.

A inadmissibilidade das provas ilícitas vige como princípio geral no sistema brasileiro, optando claramente pela vedação das provas ilícitas que traduzem violação a direitos fundamentais do cidadão.

Nesse sentido cabe mencionar os ensinamentos dos mestres sobre o tema, senão vejamos:

A Constituição de 1988, pondo cobro a uma discussão ainda aberta na doutrina e jurisprudência, declarou "inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito" (art. 51, inc. LVI). Não se trata, pois de admitir a prova obtida ilicitamente, em nome do princípio da verdade real ou de outro qualquer, para depois responsabilizar quem praticou o ilícito (civil, penal, administrativo) – mas simplesmente de impedir que tais provas venham ao processo ou nele permaneçam.⁵

Contudo, importa salientar acerca do assunto e na esteira das alterações do Código de Processo Penal, com a vigência da Lei 11.690/08, que trata com mais cuidado do tema da inadmissibilidade e destino das provas ilícitas, valendo lembrar que a norma em questão tem natureza exclusivamente processual penal, tendo aplicação imediata, mesmo aos processos já em curso, nos termos do art. 2º do CPP (princípio do efeito imediato da norma processual penal), claro respeitados os atos processuais já praticados.

Assim, dispõe a nova redação do artigo 157 do CPP, senão vejamos:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.
§ 1º. ...

Como visto a nova redação trazida no *caput* do dispositivo além de tratar das provas ilícitas, definiu ainda o que sejam: "são aquelas obtidas com violação a normas constitucionais ou legais", salientando que a prova inadmissível deve ser desentranhada do processo.

Face à dicção constitucional, que faz referência à inadmissibilidade das provas "obtidas por meios ilícitos" (artigo 5º, LVI, CF), tomou corpo à discussão

quanto a serem inadmissíveis somente as chamadas "provas ilícitas" ou também as "ilegítimas".

Entretanto, quanto à problemática da abrangência da inadmissibilidade o novo dispositivo não foi tão claro, aludindo que a inadmissibilidade refere-se às provas ilícitas, não trazendo ao texto quanto às provas ilegítimas.

Efetivamente, o Código de Processo Penal, por meio da alteração promovida, considera inadmissíveis no processo e manda desentranhar as "provas ilícitas" e não faz menção às "provas ilegítimas". Quando usa o termo "provas ilícitas", conseqüentemente limita sua própria definição adiante promovida pela mesma lei, praticamente impedindo a interpretação ampla da palavra "legais" para pretender abranger também violações às leis processuais penais, alcançando as "provas ilegítimas", em que pese haver posicionamento doutrinário contrário já citado neste ensaio.

No caso das provas ilícitas a inadmissibilidade é quase absoluta, não encontrando abrandamento a não ser muito excepcionalmente no "Princípio da Proporcionalidade", já as provas ilegítimas sempre deve ser levada em conta a "instrumentalidade das formas". Desse modo, se a falta de certa formalidade legal não prejudicar o escopo da norma, não há falar-se em nulidade ou inadmissibilidade e, por conseqüência, em desentranhamento da prova.

Superada esta questão, sobre a admissibilidade também das provas ilegítimas, cabe discorrer que o legislador também trouxe agregado ao dispositivo quatro parágrafos, sendo que tratou das chamadas provas ilícitas por derivação (frutos da árvore venenosa), que passam a ser, agora por determinação legislativa, também ilícitas (art. 157, §1º, primeira parte, CPP). Em seguida, ressaltou-se que, quando não evidenciado o nexos de causalidade entre as provas (lícitas) derivadas das provas ilícitas, aquelas são admissíveis (art. 157, §1º, segunda parte, a "contrario sensu", CPP). Prosseguindo, o legislador ressaltou que são admissíveis as provas (lícitas) derivadas das ilícitas quando puderem ser obtidas por uma fonte independente das provas ilícitas (art. 157, §1º, parte final, CPP), e aqui o legislador definiu o que seja "fonte independente", a saber: é "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" (art. 157, §2º, CPP).

⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, p. 372.

Previu-se o incidente de inutilização da prova declarada inadmissível, após desentranhamento dos autos por decisão judicial, podendo as partes acompanhar o referido incidente (art. 157, §3º, CPP).

Finalmente, previu o legislador, no §4º do art. 157, que o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível fica impedido de proferir a sentença ou acórdão, preservando assim a imparcialidade do Juiz que proferirá a sentença.

4 ÔNUS DA PROVA

Dispondo a respeito, determina o Código de Processo Penal que "a prova da alegação incumbirá a quem a fizer" (art. 156, 1ª parte). O princípio decorre não só de uma razão de oportunidade e na regra de experiência fundada no interesse à afirmação, mas na equidade de tratamento das partes.

A regra de que o ônus da prova da alegação incube a quem a fizer é, aliás, absoluta, pois "o juiz poderá, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante" (art. 156, 2ª parte) ou "ordenar diligências para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade" (art. 502, caput). Embora o juiz não deva assumir o papel da parte acusadora ou da defesa, permite a lei, em casos de dúvidas, a possibilidade de o magistrado esclarecê-la, determinando a realização de diligências. Essa possibilidade de o juiz, de ofício, perquirir sobre a verdade reduz consideravelmente o campo das incertezas no processo penal e facilita a busca da verdade real.

Nas lições de Carnelutti, o ônus da prova deve de observar "o critério para distinguir a qual das partes incube o dever da prova de uma afirmação é o interesse da própria afirmação. Cabe provar a quem tem interesse de afirmar; portanto, quem apresenta uma pretensão cumpre provar-lhe os fatos constitutivos e quem fornece a exceção cumpre provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas".

Já Chiovenda lembra que: "o ônus de afirmar e provar se reparte entre as partes, no sentido de que é deixado à iniciativa de cada uma delas provar os fatos que deseja, sejam considerados pelo juiz, isto é, os fatos que tenham interesse sejam por estes tidos como verdadeiros".

Para o direito processual penal moderno, o ônus da prova cabe à parte que fizer a alegação. Destarte, ao autor cabe provar os fatos constitutivos de seu direito e os fatos que fundamentam o seu pedido. Ao réu cabe provar os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor e os fatos que demonstrem a inexistência dos fundamentos da pretensão deste.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 156, relata que "A prova da alegação incumbirá a quem a fizer...", mas o juiz poderá, no curso da instrução, ou

antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

No processo criminal, oferecida a denúncia ou queixa, cabe ao acusador a prova do fato e da autoria, bem como das circunstâncias que causam o aumento de pena (qualificadoras, agravantes etc.); ao acusado cabe a prova das causas excludentes da antijuricidade, da culpabilidade e da punibilidade, bem como das circunstâncias que impliquem diminuição de pena (atenuante, causas privilegiadoras, etc.) ou concessão de benefícios penais. Cabe ao réu também a prova da "inexistência do fato", se pretende a absolvição nos termos do artigo 386, I, do CPP.

Compete ao acusador também a prova dos elementos subjetivos do crime. Deve provar a forma de inobservância da cautela devida no crime culposos: imprudência, imperícia ou negligência; bem como no dolo presumido diante da experiência de que os atos praticados pelo homem são conscientes e voluntários, cabendo ao réu demonstrar o contrário. A este também cabe a prova de elementos subjetivos que o possam beneficiar (violenta emoção, relevante valor moral ou social, etc.).

Todavia, em relação às provas e sua coleta, há que se tomarem certos cuidados com vista a não se admitir que ela seja colhida ou produzida a qualquer custo, de qualquer forma, em prejuízo dos direitos e garantias constitucionais fundamentais previstos na Carta Magna. Cita-se dentre essas garantias aquela da inadmissibilidade, no processo, de prova obtida por meio ilícito, que está prevista no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988.

Portanto, o ônus da prova é dever que caberá a uma das partes, de apresentar as provas que configurem seu direito, sob pena de não convencer o juiz e não obter, desse modo, o sucesso esperado para sua pretensão.

No processo penal brasileiro, como se verá adiante, caberá ao Ministério Público nas ações penais públicas (incondicionada e condicionada) o ônus da prova, como meio de atingir a persecução criminal, com o cuidado de justificar, em nome do dogma da busca da verdade real, que a pessoa humana não seja transformada em um verdadeiro objeto do processo, com prisões preventivas que visam muito mais uma antecipação de pena do que a segurança do Juízo, sob as estritas condições do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Nesse diapasão, o ilustre Promotor de Justiça e professor Paulo Rangel esclarece que ônus da prova é da acusação. “Do contrário, vamos sair de um Estado constitucional Democrático de Direito para um Estado de opressão, totalitário, em que o réu irá possuir o ônus de provar sua inocência, o que, por si só, constituiria um absurdo incomensurável”.⁶

Sob esse aspecto tem-se que lembrar que o objetivo do Direito Penal é a aplicação de uma pena criminal, como medida reeducativa e o processo penal é o instrumento que se utilizada para alcançar esse fim, não se pode transformar o Direito Penal como meio de controle e exclusão das algumas classes sociais, utilizando o Direito para legitimar e incriminar condutas que não ofendem bens jurídicos relevantes.

Ainda, a Constituição Federal de 1988, traz em seu bojo diversos princípios garantidores de direitos ao cidadão, quando da imputação de um conduta criminosa, como forma de limitar o arbítrio do Estado no *jus puniendi*, tentando assim evitar abusos.

4.1 Conceito de Ônus

Numa perspectiva subjetiva, ônus da prova (ônus probandi) é a faculdade ou encargo que tem a parte de demonstrar no processo a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse, o qual se apresenta como relevância para o julgamento da pretensão deduzida pelo autor da ação.

Quando se diz ônus, em latim *onus*, vem logo a idéia de fardo, peso, carga, obrigação, responsabilidade. No Direito, ônus da prova (*onus probandi*) é a necessidade de provar aquilo que está alegando, com o objetivo de formar a convicção do juiz.

O ônus pode ser interpretado, segundo Lopes como “a subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio”. (*op. cit.*, p. 38) Para ele, a obrigação pode ser definida como a subordinação de um interesse próprio para um alheio.

⁶ RANGEL, Paulo. **O garantismo penal e o aditamento à denúncia.**, p. 439.

Dentro do processo penal, podem ser encontradas diversas posições, que podem ser de ordem processual ou material; ativas ou passivas.

Para Badaró, “as posições ativas, chamadas por alguns doutrinadores de favoráveis são aquelas em que se leva em consideração o interesse do titular. Já, as posições passivas, também chamadas de negativas, são àquelas em que prevalece o interesse de outra pessoa, em relação ao titular da posição jurídica”. Ele justifica dizendo que: “[...] o ônus seria uma manifestação de liberdade, razão pela qual não há qualquer forma de coerção para sua observância ou realização”. De acordo com o autor, “essa faculdade permite obter o resultado favorável”. Explica ainda que o ônus existe “quando o exercício de uma faculdade é condição para se obter uma determinada situação de vantagem ou para impedir uma situação desvantajosa”. O mestre entende que “o ônus é uma posição ativa, e jamais pode ser considerado como uma posição jurídica passiva”; e define ônus como “uma posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito possa obter um resultado favorável”. Assim sendo, “se essa conduta não for realizada a penalidade será a exclusão deste benefício”. (*op. cit.*, pp. 168/73)

Para Capez “a prova não é uma obrigação processual, mas um ônus, que faz com que a posição jurídica conduz por si só a uma condição mais favorável”. Para ele, o ônus da prova é o encargo que as partes têm “de provar, pelos meios admissíveis, a verdade dos fatos”. O autor ainda assevera que: “[...] cabe provar a quem tem interesse em afirmar. A quem apresenta uma pretensão cumpre provar os fatos constitutivos; a quem fornece a exceção cumpre provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas”. (*op.cit.*, p. 273)

Mirabete lembra que a primeira parte do artigo 156, do Código de Processo Penal, dispõe que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”. Para ele, “o dispositivo não decorre apenas de uma oportunidade, mas de uma regra que deve ser fundada no interesse para a afirmação, equidade e paridade de tratamento entre as partes”. Na opinião do autor, neste sentido, “não seria justo impor somente a uma das partes o ônus de provar, já que ao autor cabem os fatos que cria o seu direito, e ao réu, produzir provas que lhe seja útil em sua defesa”. (*op.cit.*, p. 278/9)

4.2 Espécies Relativas ao Ônus da Prova

A doutrina formula algumas classificações referentes ao ônus da prova. A classificação apresentada por Goldschimidt⁷ esclarece que:

O ônus da prova pode ser “perfeito” ou “menos perfeito”. De acordo com esta o ônus é “perfeito” quando o prejuízo é uma consequência de seu descumprimento. Já é “menos perfeito” quando o seu descumprimento só produz o *arbitrio iudicis*. Porém, não é possível a existência de ônus “completamente imperfeitos”, já que a “omissão não acarreta prejuízos para o omitente”, sendo que neste caso, não há ônus. (Badaró, 2003 *apud* Goldschimidt, 1936, p. 173)

Os espécimes mais acolhidos pela doutrina são o ônus subjetivo e o ônus objetivo da prova.

Também mencionam ônus formal e ônus material, mas que são traduzidos nos mesmos fundamentos dos ônus subjetivo e objetivo.

Como consequência da “teoria da prova frustrada”, até algum tempo, apenas era abordado o ônus da prova no seu aspecto subjetivo. A única preocupação era a de qual parte seria a responsável por provar determinado fato. Essa parte deveria ser diligente para evitar o “risco da demonstração falhada”.

A mencionada teoria da prova frustrada, dominante em um período cujo processo era preponderantemente dispositivo, ressaltava a importância da parte em provar os fatos que sustentavam as suas pretensões para obter êxito no processo.

Colacionar-se-á oportunamente, em item próprio, as diferenças entre ônus da prova subjetivo e objetivo.

4.3 Diferença entre Ônus, Dever e Obrigação

Os dicionários da língua portuguesa trazem para o vocábulo ‘ônus’ o significado de *dever* e *obrigação*.⁸ Em processo penal não se deve confundir ônus com dever e obrigação, já que são terminologias diferentes. Desta forma, a doutrina

⁷ GOLDSCHIMIDT, James. **Teoria general del proceso**. Barcelona: Bosch, 1936.

⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, **Novo dicionário da língua portuguesa**.

diferencia que quando se fala em dever, trata-se de uma imposição baseada em interesse de terceiros e da comunidade. Já o ônus é um imperativo que possui interesse próprio, e a obrigação existe quando há interesse do credor. Por exemplo, gerando uma posição jurídica negativa para o devedor, fazendo com que o credor possa exigir o cumprimento da obrigação.

Os deveres, segundo os ensinamentos de Badaró: “são imperativos diante da coletividade ou da sociedade”. Para o autor, “o dever é uma posição jurídica passiva, que irá acarretar desvantagens para quem foi instituído. O descumprimento de um dever gera uma sanção com natureza de coação moral ou de intimidação”. Sendo assim, o ônus é definido pelo autor como “um imperativo do próprio interesse”. Desta forma, pertence ao campo da liberdade, por representar posições jurídicas lícitas, mesmo se não for cumprido. Pode-se dizer também, de acordo com a doutrina que, diante do ônus não existe posição contrária. Isso porque só existe o sujeito onerado e a parte contrária deseja que ele faça uso do ônus. “O cumprimento do ônus interessa ao próprio sujeito onerado, enquanto na obrigação, a sua satisfação interessa à outra parte, titular do direito subjetivo correspondente”. (*op.cit.*, p. 175/8)

Importante salientar a principal diferença entre dever, obrigação e ônus: “o descumprimento de um dever ou de uma obrigação faz parte da ilicitude, acarretando conseqüências e sanções, enquanto o não cumprimento do ônus é lícito e não gera sanção alguma”. Assim sendo, pode-se afirmar que na obrigação e no dever existe a presença de interesse alheio, enquanto no ônus esse interesse é próprio. Obrigação está associada à idéia de sujeição ou subordinação, enquanto ao ônus está presente a idéia de risco.

4.4 Ônus da Prova Objetivo e Subjetivo

A diferença entre ônus da prova objetivo e subjetivo, basicamente, é que o primeiro dispensa qualquer ato das partes, enquanto o segundo dirige-se a elas, ou seja, o encargo é totalmente das partes que devem buscar as fontes de prova para introduzi-las no processo, utilizando-se dos meios de prova.

O ônus objetivo da prova é aquele que se refere ao juiz, que o identifica como “regra de julgamento”, quando permanece a dúvida. Este tipo de ônus só deve ser usado pelo juiz no momento decisório, como uma espécie de último recurso, para que supere a dúvida. Antes, porém, o juiz deve analisar todas as provas trazidas aos autos pelas partes. Com o intuito de chegar à verdade dos fatos, o magistrado pode usar seus próprios poderes instrutórios. De acordo com a doutrina, no caso de dúvida o magistrado pode utilizar a regra sobre distribuição do ônus da prova, com o objetivo de dar uma solução justa e a verdade seja esclarecida.

Já o ônus subjetivo da prova tem a finalidade de direcionar as partes na produção de provas.

O ônus é um estímulo para as partes produzirem provas para levar ao conhecimento do juiz a verdade sobre o fato, sendo que tanto a acusação como a defesa, são estimuladas a provarem os fatos que queiram que sejam reconhecidos pelo magistrado, assumindo o risco de que se não provarem, terão sua prova frustrada. (Badaró, *op.cit.*, p. 182/5)

No entanto, mister se faz tecer mais comentários sobre as diferenças entre tais ônus.

O ônus subjetivo consiste na oneração da parte com a prova de um fato, distribuindo entre as partes a incumbência da prova. Dessa forma, pode-se constatar uma ligação entre a parte onerada pela prova e sua alegação dos fatos. Esse ônus está marcado pelo princípio dispositivo, intrinsecamente ligado à atividade das partes. É relevante para determinar a que parte cabe a produção de prova relativamente a um determinado fato, e quais as conseqüências advindas da produção probatória inexistente ou deficiente, conseqüências essas apuradas quando do julgamento, no qual haverá a aplicação das regras de repartição do ônus da prova. O aspecto subjetivo contém então uma norma de conduta para as partes, pois indica quais fatos são convenientes para serem provados, realizando a distribuição do ônus probatório entre o demandante e o demandado.

O ônus objetivo da prova não está relacionado com a obrigação das partes. São normas que o magistrado necessita para dirimir fatos incertos, mas não desconsiderando a matéria fática trazida aos autos, independente de quem a tenha provado, pois interessa ao juiz o que está provado e não quem efetivamente operou sua demonstração. Pode-se dizer que para o ônus objetivo da prova a atividade das

partes não tem relevância, haja vista que o que interessa é o demonstrado, já que a convicção judicial não é tarefa exclusiva da parte.

Para o magistrado, a relevância encontra-se em determinar entre os fatos alegados pelas partes, quais os necessários a serem provados para o deslinde do feito, ou seja, no ônus da prova objetivo trata-se de saber que fatos deverão ficar provados e não quem terá que os alegar e provar.

É defeso ao magistrado que se exima de solucionar uma lide, fundamentado em dúvida sobre a veracidade de fatos. Nesse sentido, a ordem jurídica fornece ao juiz subsídios (regras) que o permitem solucionar o litígio. Somente pelas regras do ônus da prova objetivo que as dúvidas aparentemente insanáveis, podem ser esclarecidas.

Assim, podem-se constatar as duas faces do ônus da prova. O ônus subjetivo está ligado às partes, determinando qual delas há de suportar o ônus da prova, representando uma sanção ao acusado em caso de inércia da parte. O ônus objetivo direciona-se ao magistrado. Com suporte legal, deve proferir uma sentença e solucionar a lide, em virtude de um imperativo de ordem pública.

5 O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Prova é tudo o que foi produzido nos autos pela instrução probatória, sendo obedecido fielmente ao princípio do devido processo legal e sob o crivo do contraditório, na presença de um juiz imparcial, em obediência estrita às regras e normas materiais, processuais e constitucionais, em que a parte contrária, mesmo tendo a ciência e a oportunidade de contestá-la, não foi capaz de desconstituí-la, possuindo, cada uma das provas produzidas, valor relativo, sendo sempre analisada em conjunto com as demais provas existentes nos autos.

No processo penal, como se sabe, vige o princípio do *in dubio pro reo*, imperativo ao determinar que o juiz deva absolver o réu quando resta dúvida acerca dos fatos que lhe foram imputados, pois se a acusação não se desincumbe de seu ônus de provar a imputação, a absolvição é de rigor.

Pode-se afirmar que o ônus da prova no processo penal tem duas funções. Uma delas é funcionar como estímulo às partes. A outra é de ser uma regra para que o juiz julgue diante da incerteza do fato. O que leva as partes a produzirem a prova não é porque a elas incumbe esse ônus, mas se não o fizerem, correm o risco de não conseguir provar a alegada pretensão. Como não existe sanção para o descumprimento do ônus e nem um direito correlato, o ônus é de interesse das partes e instiga as partes a produzirem provas para obter uma decisão favorável.

5.1 Diferenças do Ônus da Prova no Processo Civil e no Processo Penal

O processo penal brasileiro dispõe de uma estrutura publicista bem mais rígida que o processo civil. Basta verificar que na ação penal pública condenatória vige o princípio da indisponibilidade, e que a atividade probatória é deferida em grau bem mais intenso ao juiz penal que ao juiz civil.

Dessa constatação, conclui-se que o processo penal tem nítido conteúdo de interesse público, levando-se em consideração que este tutela a liberdade individual e aplica o conteúdo material da pretensão punitiva estatal. Isso muitas vezes não está presente no processo civil, cujo juiz pode se limitar à homologação da

desistência do pedido do autor, ao acordo produzido entre as partes e a toda sorte de presunções probatórias.

Portanto, não é pertinente sustentar no processo penal a simples afirmação de que "cabe à parte alegar o que provou", com os olhos postos na legislação processual civil. Sabe-se que no processo penal sempre cabe à acusação a prova suficiente a ensejar uma condenação, sob pena de que venha a acontecer uma absolvição por insuficiência de provas, conforme art. 386, VI, do Código de Processo Penal, que traduz legalmente o princípio do *in dubio pro reo*.

Ao contrário do que ocorre no processo civil, no processo penal não se exclui do objeto da prova o chamado fato incontroverso, aquele admitido pelas partes. O juiz penal não está obrigado a admitir o que as partes afirmam em conjunto, por consenso, uma vez que lhe é permitido indagar sobre tudo o que lhe pareça dúbio e suspeito.

No processo civil diz-se que o ônus da prova é uma regra de conduta para ambas as partes. Assim, o ônus da prova no processo civil implica em uma norma imperativa para o juiz, que deverá atender para cumprir. Entre as partes, existe o poder de dispor destas provas e assegurar-lhes correlativamente a liberdade de não fazê-lo, sob o risco de sofrer as conseqüências. "As partes podem livremente modificar os critérios arrolados na lei para distribuição do ônus da prova, sem que isto venha a violar garantia legal ou constitucional. Podem, por isso, as partes convencionar [...]". (Marinoni; Arenhart, 2004, p. 316/7)

No entanto, no processo penal, as partes não podem convencionar o que for conveniente, mas terá que atender aos princípios, como verificamos anteriormente. A única exceção se refere ao Juizado Especial Criminal, com a previsão da transação.

Em comum, o processo penal e o civil têm como regra nos dois ramos o fato de a acusação (autor no processo civil) demonstrar os fatos constitutivos, enquanto ao réu (no processo penal também podemos chamar de acusado) cabe demonstrar os fatos extintivos, modificativos e impeditivos.

5.2 Divisão do Ônus da Prova

Não se pode falar que o ônus da prova pertence exclusivamente ao Ministério Público, já que não há sanção para o descumprimento deste. O ônus é um encargo que irá funcionar como benefício para a parte que o produzir. Se analisado o fato de que a lei propicia ao réu, representado por seu defensor, produzir uma prova que pode servir para obter uma sentença absolutória, por que ele não praticaria o ato? Se não produzir a prova, o acusado não estará prejudicando a acusação, mas a si próprio. Um exemplo é a pessoa acusada de homicídio, que na data do crime, estava em um show de um cantor conhecido, em outra cidade, distante a 400 km (quatrocentos quilômetros) do local onde ocorreu o fato. O acusado tem em seu poder a fita de vídeo do show, fotografias, passagem de avião, comprovante de hospedagem em hotel, etc. Cabe à defesa, juntar esta documentação no processo, pois se não o fizer, esperando que o Ministério Público o faça, terá que arcar com as conseqüências de uma possível condenação.

Nesse sentido, Barros leciona:

[...] o ônus é uma alternativa do titular, que poderá atendê-lo ou não; se não o fizer sofrerá o prejuízo decorrente de sua inação; de outro lado, a obrigação emerge de um comando legal que o obrigado tem o dever de cumprir. (2002, p. 112)

Camargo Aranha argumenta:

As partes provam em seu próprio benefício, visando dar ao juiz os meios próprios e idôneos para formar sua convicção. É uma atividade da parte em proveito próprio, uma condição para a vitória, um meio para obter a pretensão posta em juízo, jamais um dever jurídico. Quem deseja ganhar a demanda deve provar, como quem deseja melhorar deve trabalhar. Daí porque ônus, jamais obrigação. (1994, p. 8)

Ao analisar o pensamento destes doutrinadores conclui-se que a prova seria um ônus processual. Porém, não resta pacificado. Há divergências sobre a existência ou não do ônus da prova no processo penal.

Atualmente, há três correntes que defendem seus pontos de vista sobre o ônus da prova no processo penal, se ele existe ou não.

a) Uma delas defende que o ônus da prova não existe quando se trata de matéria criminal, não importando se ele é da acusação ou da defesa. Para esta corrente, o juiz deve esclarecer se o fato imputado ao réu ocorreu ou não. Se após isto ainda restarem dúvidas, ele deverá absolver o réu, baseado no princípio *in dubio pro reo*.

b) Outra corrente acredita que não existe uma divisão do ônus da prova no processo penal. Para estes doutrinadores cabe ao Ministério Público o ônus substancial da prova, ou seja, a acusação deve provar todos os fatos que fundamentem a sua pretensão de punir. Ainda cabe ao Ministério Público buscar provas que resultarão na absolvição do acusado.

c) A terceira corrente defende que cada parte deve demonstrar os fatos que alegam.

Todas elas recebem críticas. Isso porque a primeira prega o afastamento, ou minimiza este, a respeito de sua iniciativa probatória, ou seja, de pedir a produção de provas para formar seu convencimento. A terceira corrente seria incompatível com o processo penal, pois atende mais os requisitos do processo civil. A mais correta delas seria a segunda corrente, discordando que a defesa seja desonerada do encargo do ônus.

Ao que parece, esta corrente é a mais lógica, porém, como foi exemplificado acima, à defesa também incumbe o ônus da prova, já que se não o fizer, correrá o risco de não ter sua pretensão atingida.

5.3 Ônus da Prova e a Obrigatoriedade da Defesa

A Constituição traz no artigo 5º duas cláusulas que garantem aos acusados o direito à defesa técnica, que estão dispostas nos incisos LXIII e LXXIV:

LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Anterior à Constituição, o Código de Processo Penal também obriga que ao acusado lhe seja oferecida defesa. Tal obrigação vem expressamente nos artigos 261, 263 e 264, do *Codex* mencionado.

Nucci afirma que:

[...] ao estabelecer que o acusado, mesmo estando ausente ou foragido, terá direito à defesa técnica, o legislador traz o Princípio da “Indisponibilidade do Direito de Defesa”, que é uma decorrência do Princípio da “Indisponibilidade do Direito à Liberdade”, independente da vontade do réu.” [...] o magistrado ainda tem a obrigação de zelar pela qualidade da defesa técnica, tendo o dever de nomear outro defensor, se for o caso. (*op.cit.*, p. 260)

O direito à defesa técnica é primordial. Tanto que a falta de defesa é uma nulidade absoluta. Neste sentido, Camargo Aranha adverte que:

Há que se estabelecer uma nítida separação: A obrigação é a de ser defendido, sob pena da sanção correspondente que a nulidade, entendida como a prática de atos defensórios necessários [...] enquanto que a produção de prova é apenas um ônus, e, como tal, quem não a realiza de forma alguma viola o princípio da obrigatoriedade da defesa. (*ibid*, p.8)

Desta forma, a defesa é uma obrigação processual, mas não se pode dizer o mesmo da produção de provas. Caso não haja produção de prova, não haverá nulidade alguma. Por outro lado, não se deve esquecer a importância da defesa em produzir provas, já que elas constituem um instrumento na defesa de um direito.

5.4. Divisão do Ônus da Prova na Lei Processual Brasileira

O próprio Código de Processo Penal, em seu artigo 156, disciplina que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, mas o dispositivo não é esclarecedor, já que não estabelece critério algum para esta divisão, como as partes devem provar e o que é pertinente à defesa e à acusação.

Camargo Aranha assevera:

Cabe provar a quem tem interesse de afirmar; portanto, a quem apresente uma pretensão cumpre provar-lhe os fatos constitutivos e a quem fornece a exceção cumpre provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas (*op. cit.*, p.10)

É importante salientar que a classificação dos fatos pode ser: constitutivos, extintivos, impeditivos ou modificativos. Os fatos constitutivos têm a pretensão de formar a relação litigiosa. Já os fatos extintivos, como o próprio nome diz, visam extinguir esta relação; os impeditivos de impedir que o fato constitutivo seja eficaz; e os modificativos têm como objetivo modificar a relação litigiosa. Desta forma, à acusação caberá o ônus de provar que o fato criminoso existiu; e a defesa cabe trazer comprovações ao processo de que o fato alegado pelo Ministério Público é extinto – v.g. decadência, prescrição; impeditivo – v.g. erro de fato, coação irresistível, causas de exclusão de culpabilidade; modificativo – v.g. excludente de antijuridicidade.

Nesse sentido, Nucci ensina:

Via de regra, no processo penal, o ônus da prova é da acusação, que apresenta a imputação em juízo através da denúncia ou da queixa crime. Entretanto, o réu pode chamar a si o interesse de produzir prova, o que ocorre quando alega, em seu benefício, algum fato que propiciará a exclusão da ilicitude ou da culpabilidade. (*op. cit.*, p. 344)

O autor exemplifica com um caso de homicídio, cuja defesa tem que provar que o réu agiu em legítima defesa. Para o mestre, o ônus da prova da defesa não pode ser levado ao extremo em virtude do princípio *in dubio pro reo*.

Alguns doutrinadores entendem que quando o réu descumpre o ônus da prova, ou seja, não apresenta provas em sua defesa, não terá acarretado necessariamente a procedência da acusação. Isso porque o ônus da prova para a defesa é um ônus imperfeito, em razão do princípio *in dubio pro reo*. Porém, se o acusado almejar a absolvição, mesmo tendo a dúvida a seu favor, terá que fazer prova para não correr o risco de uma condenação.

5.5. O Ministério Público e o Ônus da Prova

Falar do ônus da prova do Ministério Público em um Direito Processual Penal não é tão simples se for voltado ao espírito democrático e para o senso do dever funcional que incumbe ao membro ministerial, em face dos artigos 127, 129, I,

da Carta Magna, respeitando-se, bem como o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, sobretudo com guarda ao Estado Democrático de Direito hoje em voga.

O Ministério Público é o órgão encarregado da acusação na ação penal pública, mas também é o órgão fiscalizador, é o “*custos legis*”. Além de estarem aptos a pedir a condenação do réu, os membros do Ministério Público também podem requerer a absolvição do acusado. Desta forma, o órgão funciona como parte, mas é imparcial.

A culpabilidade, portanto, no Estado Democrático de Direito não deverá ser somente baseada no sistema de excludentes de elementos normativos (imputabilidade, consciência potencial da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa), mas também constituída de um juízo de imputação subjetiva, no qual o membro do Ministério Público atentará independentemente do fato estar provado e de encontrarem-se presentes os elementos normativos da culpabilidade, se a norma é válida. Afinal, o agente ministerial antes de tudo está investido no cargo de “Promotor de Justiça”, devendo ele, de forma imparcial, não ter a função apenas de acusador, mas de promover a justiça, de fiscalizar o processo para que finde com uma decisão justa.

O Estado, representado por agente do Ministério Público, ao dar início à persecução penal e pôr em funcionamento as engrenagens que lhe estão à disposição para tal mister, há que se lembrar que tem diante de si um acusado com o direito constitucional de ser presumido inocente, e dessa inocência não se pode exigir que este tenha que fazer prova. Resta então ao acusador a obrigação e responsabilidade de levar a bom termo, com supedâneo em prova lícita e moralmente encartada aos autos, a acusação formalizada, sob pena de, em não fazendo o trabalho que é seu, arcar com as conseqüências de um veredicto valorado em favor do acusado.

Barros ensina que “além da ação penal, o Ministério Público tem como função apresentar a inicial acusatória e buscar provas de que o crime aconteceu e de que o autor foi o acusado”. Para o autor, o Ministério Público “... é o verdadeiro encarregado da tarefa [...]”. Ele defende que “os membros do órgão têm que realizar a tarefa de acusar com competência”. (*op. cit*, p. 122)

Barros se posiciona a favor do afastamento do juiz na atividade probatória, e explica que:

[...] o Ministério Público encontra-se suficientemente instrumentalizado a exercer o papel que lhe cabe, na repressão criminal, sem precisar de que o juiz atue em seu lugar, assim como o advogado deve estar preparado para cumprir satisfatoriamente seu papel de defensor, sob pena de considerar-se o réu indefeso, o que o juiz poderá declarar, sem se comprometer com o exercício do trabalho propriamente defensivo. (*op. cit.*, p.123)

Badaró acredita que o Ministério Público tem o ônus da prova, mas não o dever de provar, conforme se lê:

Não há incoerência em se admitir que, sempre que o Ministério Público esteja diante de um fato tido como criminoso, tenha ele o dever de oferecer denúncia, e que esta denúncia deve ter por objeto o fato delituoso em sua inteireza; mas que, no momento probatório, o Ministério Público tenha apenas o ônus, e não o dever, de provar as suas alegações [...]. Para o oferecimento da denúncia, desde que presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, tem o acusador público o dever de oferecer a denúncia. Trata-se de ato vinculado e não de ato discricionário. Já no campo probatório, a questão não se coloca em termos de vinculação ou discricionariedade, mas em termos de estímulo à atividade de busca ou pesquisa da verdade. (*op. cit.*, p. 229)

Apesar de o Ministério Público ter a função de acusar, alegar e provar, não existe sanção se não se demonstrar pela prova o que diz. Assim, o Ministério Público, como fiscal da lei e defensor dos interesses da sociedade deve provar os fatos em relação às imputações que fizer ao acusado.

No entanto, não deverá ser objetivo do Ministério Público apenas provar a verdade real dos fatos e buscar punir o autor por não aceitar a norma como válida, porque lhe era exigível outra conduta, mas sim, provar formalmente, nos autos, a existência e a autoria de um fato típico, antijurídico e culpável, bem como que a norma protege um bem jurídico relevante e que se encontra em vigor.

Por derradeiro, afirma-se que é ônus exclusivo do Ministério Público a prova da imputação que fez, ou seja, a acusação tem que convencer o juiz de que há prova da materialidade, da autoria, além da tipicidade, ilicitude e culpabilidade, e, só assim, com pleno convencimento judicial, é que incidirá uma condenação.

5.6 Defesa e o Ônus da Prova

Como já foi visto, à acusação cabe provar os fatos constitutivos, enquanto a defesa os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos. Se a defesa nada provar, ficarão prejudicados os Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório. Por esta razão, a defesa deve utilizar todos os recursos possíveis para absolver o réu, e quando isso não for possível deve buscar fatos que tenham como consequência a redução ou extinção. Tanto é que a Constituição Federal traz em seu artigo 133, que: “O advogado é indispensável à administração da Justiça [...]”.

Por outro lado, apesar da obrigatoriedade de o acusado ter uma defesa técnica, o advogado não tem o dever de buscar provas que o réu é inocente, devido ao Princípio da Presunção de Inocência.

É importante ressaltar que dentro do processo penal ainda há possibilidade de o réu exercer a autodefesa, que não pode ser considerada um ônus, um dever ou uma obrigação, é apenas uma liberalidade que pode usar ou não.

Apesar de a defesa, e nem o réu, serem obrigados a produzir provas, o advogado e o acusado são os maiores interessados em buscar provas que demonstrem a inocência do processado, sob o risco de as alegações feitas pelo Ministério Público, que imputa o fato criminoso, serem admitidas como verdadeiras.

O ônus da prova é do acusador, porém quando estas provas são trazidas ao processo, é de interesse das partes buscar meios para suas alegações. [...] se por um lado o Ministério Público quer provar que o fato típico aconteceu e que o réu é o autor, a defesa quer provar o contrário. (Badaró, *op. cit.*, p. 234)

6 O ÔNUS DA PROVA EM ALGUNS PROCEDIMENTOS PENAIS

6.1 Revisão Criminal e o Ônus da Prova

Encontram-se afirmações no sentido de que o princípio *in dubio pro reo* não merece ser atendido quando se trata de medida de revisão criminal, pois deveria vigorar sim o princípio *in dubio pro societate*. Se assim realmente fosse acolhido tal entendimento, surgiria no processo penal a “inversão do ônus da prova”, princípio esse que não pode subsistir no âmbito do processo criminal, pois neste campo, toda norma mais favorável ao réu deve ser aplicada.

Ocorrido o trânsito em julgado da decisão condenatória, o réu passa a ser culpado até que prove que em referida condenação existiu erro. Aqui, numa primeira análise, ter-se-ia uma noção de inversão do ônus da prova, porém não deve ser desse modo interpretado. O condenado terá o encargo de demonstrar sua inocência, trazendo prova, no entanto, é somente essa sua obrigação, não lhe sendo carregado o ônus de provar o que eventualmente o Estado lhe traga de contrário aos seus argumentos.

Mister se faz salientar que efetivamente o princípio *in dubio pro reo* é atendido até o momento do julgamento. Uma vez transitada em julgado a decisão condenatória, inaplicável é a partir daí, referido princípio. Para a lei, a partir do julgamento, a situação subjetiva do condenado não permite mais qualquer dúvida. Há a certeza de punir do Estado, fixada em uma decisão, salvo eventual rescisão da coisa julgada, via Revisão Criminal, que é o tema deste tópico.

Nucci ensina que “após a condenação do réu, transitada em julgado, o ônus da prova pertence ao condenado, sendo que não há mais prevalência do Princípio *in dubio pro reo*. É a consagração do Princípio *in dubio pro societate*”. (*op. cit.*, p. 950)

Capez enumera os requisitos para o cabimento da ação penal. São eles:

- a) quando a sentença condenatória for contrária a texto exposto da lei;
- b) quando a sentença condenatória for contrária à evidência dos autos;
- c) quando a sentença se fundar em provas comprovadamente falsas;
- d) quando surgirem novas provas da inocência do condenado;
- e) quando surgirem novas provas de circunstância que autorize a diminuição da pena. (*op. cit.*, p. 483/4)

É importante salientar que os doutrinadores entendem que no caso de a revisão criminal ser fundada em provas falsas, o ônus de demonstrar que a falsidade existe é da defesa, sendo que não basta só alegar, mas a defesa tem que provar.

Neste sentido Badaró afirma que:

[...] se houver dúvida sobre a ocorrência do fundamento da revisão, o resultado será a improcedência do pedido [...] Improcedente porque quem alegou não provou o alegado; porque o autor não provou o fato constitutivo do seu direito; porque na dúvida, julga-se em desfavor do condenado. (*op. cit.*, p. 404)

Na revisão criminal, portanto, aplica-se a regra do Art. 156, do Código de Processo Penal, de que a prova cabe a quem alega, neste caso, ao réu.

Feitas tais ressalvas, por mais que caiba ao condenado provar o alegado, não se pode falar em inversão do ônus da prova, pois cabe a ele provar apenas o que alega, não provar o contrário do que o Estado possa alegar, se considerado o prejuízo maior que o da condenação, este não sofrerá. No máximo terá seu pedido negado.

6.2 Habeas Corpus e Ônus da Prova

O *habeas corpus* não é um processo no qual há um acusado sujeito a uma sanção penal. O efeito buscado nessa medida é o contrário, o impetrante visa sim impedir que seja deflagrado um processo em que possa a vir ser condenado, ou então pôr fim ao processo já instaurado.

Portanto, é uma via judicial que se presta à extinção de uma relação jurídica já existente. Poderá ser meramente declaratório ou constitutivo. É declaratório, por exemplo, quando impetrado apenas para que seja declarada a extinção da punibilidade. De outra forma, será constitutivo, aquele que objetiva a declaração de nulidade processual, ou com o objetivo de afastar a coisa julgada, sendo, neste último caso, um sucedâneo da revisão criminal.

Ainda, poderá ser preventivo, quando provado que há uma ameaça de lesão a um direito, por exemplo, o tão comentado direito de ir e vir.

Assim na revisão criminal é o réu que tem que demonstrar a prova do que está alegando e o fato que constitui o seu direito para obter o benefício, o qual funciona no pólo ativo do ônus da prova. Badaró ressalta que: “No Processo condenatório, a dúvida impede a condenação. No *habeas corpus* a dúvida impede a concessão da ordem”. (*op.cit.*, p. 401/2) Assim sendo, ao impetrar o *habeas corpus* não é só ônus, mas um dever para o réu provar o que alega.

Nucci assevera que “[...] não se produz prova, como via de regra, no procedimento do *habeas corpus*”. Porém o autor salienta que “há exceções, e que o impetrante pode juntar provas documentais para provar o seu Direito”. (*op. cit.*, p. 600)

Neste procedimento também não se aplica o princípio *in dubio pro reo*, pois aqui o réu não será réu, e sim o autor do pedido, portanto cabendo a ele provar o que alega, com a aplicabilidade novamente da regra do Art. 156, do CPP, vez que se trata de medida não contra o Estado, mas sim contra a autoridade co-autora que, em tese, mediante ato próprio, teria ferido eventual direito de um cidadão.

6.3 Justiça Militar e o Ônus da Prova

Em uma análise ampla, pode-se dizer que todos os princípios do processo penal comum são aplicados ao Código de Processo Penal Militar (CPPM), desde que atendidas algumas peculiaridades. Entre elas cita-se a inadmissibilidade das provas que são contra a moral, a saúde, a segurança coletiva, a hierarquia e a disciplina militar, conforme dispõe o artigo 295 do CPPM.

O artigo 296, do mesmo diploma legal, determina que o Ministério Público deve provar os fatos imputados ao réu na denúncia. Porém, se o réu alega alguma excludente, será ele que terá o ônus de provar. Tanto é que o artigo 306, do CPPM, em seu § 3º, contempla que, caso o réu negue a imputação, total ou parcial, terá o ônus de provar as suas declarações.

7 JURISPRUDÊNCIA

7.1 Entendimento do Supremo Tribunal Federal

HABEAS CORPUS - REVISÃO CRIMINAL - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - ÔNUS DO PETICIONÁRIO - PODERES INSTRUTÓRIOS DO RELATOR - EXERCÍCIO DISCRICIONÁRIO - RECUSA DE CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA - LEGITIMIDADE - INOCORRÊNCIA DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO - ORDEM DENEGADA. - A REVISÃO CRIMINAL, QUE CONSTITUI AÇÃO PENAL NÃO-CONDENATÓRIA, DESTINA-SE, EM SUA PRECÍPUA FUNÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL, A DESCONSTITUIR A PRÓPRIA AUTORIDADE DA COISA JULGADA. NESSA AÇÃO REVISIONAL, INCUMBE AO AUTOR QUE A PROMOVE O ONUS PROBANDI, COMPETINDO-LHE FORNECER AO JUÍZO COMPETENTE OS ELEMENTOS INSTRUTÓRIOS INDISPENSÁVEIS A COMPROVAÇÃO DOS FATOS ARGÜIDOS E DO PETICIONÁRIO, EM SEDE REVISIONAL, O ÔNUS DE DESTRUIR A PRESUNÇÃO DE VERACIDADE E DE CERTEZA QUE DECORRE DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. - A POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DA CONVERSÃO DO JULGAMENTO DA REVISÃO CRIMINAL, EM DILIGENCIA, E O RECONHECIMENTO DE PODERES INSTRUTÓRIOS DEFERIDOS AO RELATOR DA PRÓPRIA AÇÃO REVISIONAL, NÃO CONSTITUEM CIRCUNSTANCIAS QUE POSSAM SER INVOCADAS PELO PETICIONÁRIO PARA DISPENSÁ-LO E EXONERÁ-LO DO ÔNUS DE PROVAR AS SUAS ALEGAÇÕES. O PETICIONÁRIO DA REVISÃO CRIMINAL, ESPECIALMENTE NOS CASOS EM QUE DESATENDE AO IMPERATIVO DO ÔNUS DE PROVAR, NÃO POSSUI DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO AO EXERCÍCIO, PELO ÓRGÃO JULGADOR, DOS PODERES INSTRUTÓRIOS QUE O ORDENAMENTO POSITIVO A ESTE CONFERE, E NEM DISPÕE DA PRERROGATIVA DE CONSTRANGÊ-LO, NAS ATIVIDADES QUE SE SUBMETEM A SUA LIVRE E DISCRICIONÁRIA APRECIÇÃO, A PRÁTICA DE TAIS ATRIBUIÇÕES. - NÃO CONSTITUI ATO CONFIGURADOR DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO A RECUSA DO TRIBUNAL EM CONVERTER EM DILIGENCIA O JULGAMENTO DE REVISÃO CRIMINAL, PARA O FIM DE, EM AGINDO EX OFFICIO, TOMAR O DEPOIMENTO DE TESTEMUNHAS REFERIDAS PELO PETICIONÁRIO. (STF, 1ª t., hc68437-df, Rel. Min. Celso De Mello, j. 19.02.1991)

CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. PRISÃO PROCESSUAL. LICITUDE. A CULPABILIDADE NÃO SE PRESUME. DEVE SER PROVADA. O PRINCÍPIO, HOJE CONSAGRADO EM DOCUMENTOS INTERNACIONAIS E EM CONSTITUIÇÕES, INCLUSIVE A BRASILEIRA, ART. 5º, LVII, INSPIRA O PROCESSO PENAL - O CONTRADITÓRIO, A PLENITUDE DA DEFESA, O "IN DUBIO PRO REO" E O ÔNUS DA PROVA A QUEM ACUSA. A PRESUNÇÃO DE INculpABILIDADE, PELO QUAL SÓ É CULPADO O CONDENADO POR DECISÃO TRANSITA EM JULGADO, NÃO EXCLUI MEDIDAS CAUTELARES, COMO A PRISÃO PROCESSUAL, PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO, ART. 5º, LXI, OU EM LEI. JURISPRUDÊNCIA DO STF. (STF, 2ª t., RE 133489/DF, rel. Min. Paulo Brossard, j. 03.12.1991.)

HABEAS CORPUS". LIVRAMENTO CONDICIONAL. ARTIGO 83, IV, DO CÓDIGO PENAL. REPARAÇÃO DO DANO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO EM CURSO COM BLOQUEIO DE BENS. - INEXISTÊNCIA, NO CASO, DE

PROVA - E O ÔNUS DELA E DO ORA PACIENTE - DE QUE O DANO RESULTANTE DO HOMICÍDIO POR QUE FOI ELE CONDENADO TENHA SIDO REPARADO, NEM DE QUE HAJA EFETIVA IMPOSSIBILIDADE DE REPARÁ-LO. "HABEAS CORPUS" INDEFERIDO. (STF, 1ª T., HC 70311/RJ, Min. Moreira Alves, j. 22.06.1993)

APROPRIAÇÃO INDÉBITA - CONFIGURAÇÃO. A FIGURA DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA PRESSUPÕE O DOLO ESPECÍFICO, OU SEJA, A TOMADA DE COISA ALHEIA EM PROVEITO PRÓPRIO. A EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA MANDANTE-MANDATÁRIO E CONDUCENTE A PRESUNÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DOLO. O SIMPLES FATO DE O MANDATÁRIO HAVER DEPOSITADO EM CONTA BANCARIA VALOR POR ELE ADMINISTRADO NÃO IMPLICA A INVERSÃO DO "ONUS PROBANDI," NO QUE COLOCARIA EM CÔMODA POSIÇÃO O ESTADO-ACUSADOR. DESCABE COGITAR DA PROVA DA AUSÊNCIA DA INTENÇÃO DE APROPRIAR-SE, PORQUANTO INERENTE A RAZOABILIDADE QUE NORTEIA O PROCEDIMENTO PADRÃO. NO CAMPO PROCESSUAL PENAL É IMPRÓPRIO TRANSFERIR-SE AOS OMBROS DO AGENTE PROVA DE FATO NEGATIVO - O DE NÃO HAVER PRATICADO O CRIME - MORMENTE COM A CONSEQÜÊNCIA DE, NÃO A IMPLEMENTANDO, VIR A SER CONDENADO. (STF, 2ª T., HC 70274/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, j. 26.10.1993).

7.2 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça

CRIMINAL. FURTO. APREENSÃO DA RES FURTIVA EM PODER DO ACUSADO. INVERSÃO DO ONUS PROBANDI. INOCORRÊNCIA. INOCÊNCIA PRESUMIDA. RECURSO DESPROVIDO. I - HIPÓTESE EM QUE O RÉU, ACUSADO DE FURTO SIMPLES, FOI ABSOLVIDO NAS INSTÂNCIAS INFERIORES, POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. II - INCABÍVEL A HIPÓTESE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, DIANTE DO FATO DE QUE A RES FURTIVA FOI APREENHIDA EM PODER DO ACUSADO, SE A HIPÓTESE RETRATA SITUAÇÃO EM QUE O RÉU FOI SURPREENDIDO COM O OBJETO FURTADO DIAS APÓS O FATO NARRADO NA EXORDIAL ACUSATÓRIA. III - AO RÉU COMPETE NEGAR OS FATOS A ELE IMPUTADOS, E NÃO A PROVA DE SUA INOCÊNCIA, QUE É PRESUMIDA. PRECEDENTE DO STF. IV - RECURSO DESPROVIDO. (STJ, 5ª T., Resp 633615/RS, rel. Min. Gilson Dipp, j. 28.09.2004)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TIPO SUBJETIVO. ESPECIAL FIM DE AGIR. DIFICULDADES FINANCEIRAS. ONUS PROBANDI MITIGADO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. I - O TIPO SUBJETIVO NO INJUSTO DO ART. 95, ALÍNEA D DA LEI Nº 8.212/91 QUE TEVE CONTINUIDADE DE INCIDÊNCIA NO ART. 168-A, § 1º, INCISO I DO CP (LEI Nº 9983/00), SE ESGOTA NO DOLO, SENDO DESPICIENDO QUALQUER OUTRO ELEMENTO SUBJETIVO DIVERSO, MORMENTE A INTENÇÃO DE FRAUDAR PORQUANTO DE ESTELIONATO NÃO SE TRATA (PRECEDENTES DO STJ E DO PRETÓRIO EXCELSO). II - NOS TERMOS DO ART. 156 DO CPP A PROVA DA ALEGAÇÃO INCUMBE A QUEM A FIZER, AINDA QUE, EM HIPÓTESES COMO A DOS AUTOS (DEMONSTRAÇÃO DAS DIFICULDADES FINANCEIRAS DA EMPRESA) TAL EXIGÊNCIA SEJA

MITIGADA. III - SE ENTRE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E O ACÓRDÃO PROLATADO POR ESTA CORTE, TRANSCORREU O LAPSO PRESCRICIONAL PREVISTO NO ART. 109, INCISO V, DO CÓDIGO PENAL, É DE SE RECONHECER A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM RAZÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. RECURSO PROVIDO. EXTINTA A PUNIBILIDADE. (STJ. 5ª T., Resp 714327/RJ, Min. Felix Fischer, j. 02.06.2005)

RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE MOEDA FALSA. MAUS ANTECEDENTES. PROCESSOS SEM O TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE. ONUS PROBANDI. DEFESA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 156 DO CPP. 1. NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE E DO REGIME PRISIONAL, INQUÉRITOS E PROCESSOS EM ANDAMENTO NÃO PODEM SER LEVADOS EM CONSIDERAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES, EM RESPEITO AO PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. 2. IN CASU, O ÔNUS DA PROVA CABERIA A DEFESA PARA DEMONSTRAR A OCORRÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO ALEGADO EM SEU FAVOR. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 3. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PROVIDO. (STJ, 5ª T., Resp 704188/SC, rel. Min. Laurita Vaz, 11.04.2006).

7.3 Entendimento do Tribunal de Justiça do Paraná

DECISÃO: ACORDAM OS JUÍZES INTEGRANTES DA 1ª CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, EM NEGAR PROVIMENTO AO PRESENTE APELO CRIME. EMENTA: EMENTA - LESÕES CORPORAIS GRAVES - ARGÜIÇÃO DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE DA LEGÍTIMA DEFESA - ROBUSTA PROVA DOS AUTOS DEMONSTRANDO EM CONTRÁRIO - RÉU QUE AO SE ENVOLVER EM DISCUSSÃO DE LOCAL NOTURNO DESFERE GOLPE DE FACÃO CONTRA A VÍTIMA SEM QUE ESSA ESBOÇASSE QUALQUER AGRESSÃO ALÉM DO QUE DESARMADA - ÔNUS DA PROVA - COMPROVAÇÃO DE AUTORIA DE MATERIALIDADE - RÉU QUE NÃO SE DESINCUMBIU DO ENCARGO DE COMPROVAR A EXISTÊNCIA DE QUALQUER DOS REQUISITOS LEGAIS TIPIFICADORES DA EXCLUDENTE ARGÜIDA - DESPROVIMENTO. (TJ-PR, 1ª Câmara Criminal, Apelação crime 0310922-0/ Prudentópolis (PR). Rel. Des. João Antônio Kuster Puppi, j. 11.01.2007).

DECISÃO: ACORDAM OS INTEGRANTES DA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, EM CONHECER DO APELO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, E, NO MÉRITO, NEGAR-LHE PROVIMENTO, RESTANDO MANTIDA A SENTENÇA ABSOLUTÓRIA PROFERIDA PELO MAGISTRADO A QUO. EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL - APELAÇÃO - ABSOLVIÇÃO - QUEBRA DO DEVER DE CUIDADO NÃO DEVIDAMENTE PROVADA - NÃO-DESINCUMBÊNCIA DO ÔNUS PROBATÓRIO POR PARTE DO ÓRGÃO MINISTERIAL - INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO FAVOR REI - ABSOLVIÇÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. (1) O MINISTÉRIO PÚBLICO, QUANDO DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA, DEVE PROVAR, DURANTE A INSTRUÇÃO PROCESSUAL, A EXISTÊNCIA DE MATERIALIDADE, AUTORIA E A INCIDÊNCIA DE TODOS OS

ELEMENTOS DA TIPICIDADE. A PROVA DEVE SER ISENTA E ESTREME DE DÚVIDA, EMBORA SEJA ESTA ADMITIDA SOB ASPECTOS PONTUAIS DA PROVA, ISTO É, SUA ESSÊNCIA NÃO PODE SER ATINGIDA PELA INCERTEZA. (2) NO CASO EM TELA, A QUEBRA DO DEVER DE CUIDADO, UM DOS ELEMENTOS DO TIPO CULPOSO, NÃO RESTOU DEVIDAMENTE PROVADA, EIS QUE INCIDIU DÚVIDA SOBRE PONTO RELEVANTE DA PROVA, QUE NA ESPÉCIE, CONSISTIA NA VERIFICAÇÃO DE EXCESSO DE VELOCIDADE POR PARTE DO APELADO. TAL ALEGAÇÃO, FORMULADA NA DENÚNCIA, DEVERIA SER COMPROVADA PELO PARQUET, O QUAL NÃO SE DESINCUMBIU DE SEU ONUS PROBANDI E, FACE AO ESTADO DE INOCÊNCIA, CONSAGRADO CONSTITUCIONALMENTE, IMPÕE-SE A MANUTENÇÃO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. (TJ-PR, 1ª Câmara Criminal, Apelação Crime 0347119-0- Curitiba, rel. Des. Mário Helton Jorge, j. 03.08.2006).

8 CONCLUSÃO

A proteção dada ao cidadão contra o arbítrio judicial e a coerção estatal, assegurando sua liberdade individual, restringida apenas se o órgão acusador comprovar mediante elementos de certeza a culpabilidade do réu, é uma questão que interessa diretamente a todos, independente de estarem ou não envolvidos na esfera jurídica, já que limita o poder punitivo do Estado.

O ônus da prova cabe a quem alegar. Apesar de alguns doutrinadores afirmarem que o ônus cabe ao Ministério Público, entende-se que a parte que alegar o fato deve prová-lo. Assim, como regra, o ônus cabe ao Ministério Público e também à defesa, mas para ter a certeza de quem é o ônus é preciso analisar o caso concreto.

Ao Ministério Público cabe buscar elementos para provar que o acusado é culpado. Para isso, baseia-se no inquérito policial, para oferecer a denúncia, e, após, em todo o curso da instrução criminal. Não se pode esquecer de que o Ministério Público é o órgão acusador, mas também fiscalizador. O representante do Ministério Público, não só pede a condenação do acusado, como pode postular pela absolvição, devendo sempre pautar-se pelos princípios constitucionais garantidores de um processo condizente com o Estado Democrático de Direito.

A defesa também tem o ônus de provar, mas não o dever ou a obrigação. Se a defesa não buscar provas que o acusado é inocente, prejudicará os Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório, que são fundamentais no Processo Penal. Desta forma, a defesa, deverá recorrer a todos os recursos possíveis para absolver ou diminuir, ou ainda extinguir a pena do acusado, conforme o caso. Apesar de alguns doutrinadores afirmarem que a defesa não tem o ônus de provar, se nada trazer ao processo que prove a inocência do réu, este sem dúvida, correrá o risco da condenação.

Por outro lado, há que se considerar que no processo penal, em que pese o sistema brasileiro ser acusatório, isto ficou claro com as recentes mudanças legislativas, o juiz também pode produzir provas, quando entender que haja necessidade, já que se busca a verdade real. Se o julgador entender que seja necessário fazer uma diligência, por exemplo, para que evidencie que o fato típico realmente aconteceu e que o acusado é culpado, pode determinar a produção de

determinada prova. É bom esclarecer que ele não produz, mas determina a produção e incumbe uma das partes para trazer a prova ao processo.

Assim, conclui-se que o ônus da prova no Processo Penal é um ônus imperfeito. Sem dúvida, a parte omissa pode, ao final da ação penal, ser beneficiada pela regra *in dubio pro reo*. Isto em virtude dos poderes instrutórios do juiz e da regra da comunhão. Também, devido ao Princípio *in dubio pro reo*, muitos doutrinadores dizem que não existe repartição da prova no processo penal, como há no processo civil. Porém, se a defesa só aguardar que o julgador tenha dúvidas de que o réu é culpado, nada fará, ficando sem sentido sua participação na ação penal.

É importante ressaltar que não é admitida no processo penal qualquer forma de inversão do ônus da prova que favoreça a acusação. A recíproca não é verdadeira, já que a prova pode ser invertida se for para beneficiar o réu.

No que diz respeito ao ônus da prova no processo penal é possível notar que há uma divisão entre doutrinadores, que possuem entendimentos diferentes sobre o assunto. Após uma análise de diversas opiniões entende-se que o ônus da prova cabe tanto à acusação como a defesa. O Ministério Público deverá provar o fato típico que constitui o crime, já a defesa deverá provar as causas impeditivas, modificativas ou extintivas. Não há sanção para nenhuma parte que deixar de buscar a prova para suas alegações, pois ambas correm riscos de não terem suas pretensões acolhidas.

Deve-se esclarecer, que a prova é uma das formas mais importantes de sustentação de uma decisão, sem ela seria impraticável a condenação do réu, mesmo que o fato tenha acontecido e seja verídico, assim as alegações argüidas durante o deslinde processual deverão ser demonstradas sob pena de não serem acolhidas, concretizando o brocardo *in dubio pro reo*.

Diante disso, o *dominus litis* não deve evitar esforços para comprovar de forma contundente suas acusações na peça exordial, porque será seu o ônus de provar o alegado, isto tudo com vistas aos princípios norteadores e garantidores elencados na Constituição Federal Brasileira.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- BARROS, Antônio Milton de. *Processo Penal Segundo o Sistema Acusatório: Os limites da Atividade Judicial*. São Paulo: Direito, 2002.
- CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q.T. *Da prova no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006
- DELLEPIANE, Antonio. *Nova Teoria da Prova*. São Paulo: Minelli, 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- INELLAS, Gabriel César Zaccaria de. *Da Prova em Matéria Criminal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MALESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. v.1. Campinas: Bookseller, 1996.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1994.
- _____. *O Valor da Confissão como Meio de Prova no Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RANGEL, Paulo. *O garantismo penal e o aditamento à denúncia*. Revista dos Tribunais, v. 785, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v.2

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.