

# CONSIDERAÇÕES SOBRE O ÔNUS PROBATÓRIO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

**Antônio Paulo Soares Lopes da Silveira.**

Bacharel em Direito – Unirriter

Resumo: O artigo tem como proposta uma reflexão sobre ônus probatório no Direito Processual Penal Brasileiro, realizando uma crítica ao artigo 156, que possibilita ao magistrado produzir provas.

Palavras-chave: Processo Penal. Provas. Ônus Probatório. Artigo 156. Inquisitorial.

*Abstract: The article aims to reflect on evidential burden in Brazilian Penal Procedural Law, conducting a review of Article 156, which allows the magistrate to produce evidence.*

*Key-words: Criminal Procedure. Evidence. Evidentiary Burden. Article 156. Inquisitorial.*

Sumário: 1. Introdução – 2. Quem possui o ônus de provar? – 3. O magistrado possui a faculdade de produzir provas? – 3.1. A prova judicial ( o Juiz Inquisidor ) na fase pré-processual – 3.2. A produção judicial no processo penal – 4. Considerações finais – 5. Referencial Teórico.

## INTRODUÇÃO

A prova se apresenta como ferramenta do processo para que os sujeitos processuais consigam alcançar a comprovação de suas teses. Possibilita ao julgador reconstruir os fatos pré-existentes ao processo, e posteriormente sentenciar de acordo com as provas apresentadas, esta sentença segundo Paulo Rangel se torna uma verdade processual.<sup>1</sup>

Francesco Carnelutti ao tratar da matéria refere que “as provas são, pois, os objetos mediante os quais o juiz obtém as experiências que lhe servem para julgar”. Ainda, compara as provas com sombras em uma gruta, relatando que o magistrado está acorrentado de frente para uma das paredes desta gruta, e às vezes o magistrado através das sombras da parede consegue atingir uma verdade e às vezes não, não existindo outra forma de alcançar a verdade senão através das sombras.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>2</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**. BRUNO, Francisco Galvão. *Trad.* 1 vol. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2004. P. 275-276.

Portanto, a prova é um meio, um instrumento para conhecer o fato, um acontecimento histórico que se pode conhecer, um caminho para que o juiz possa criar sua convicção sobre o caso concreto.<sup>3</sup>

Assim, Hélio Tornaghi<sup>4</sup> refere sobre a prova “Todo o processo está penetrado da prova, embebido nela, saturado dela. Sem ela, ele não chega ao seu objetivo: a sentença.”

Neste ponto, observa-se que a prova é de suma importância para o processo penal, porém a quem é direcionado o ônus de provar?

## 2. Quem possui o ônus de provar?

O ônus de provar, pela corrente tradicional é regido pelo princípio do *actori incumbit probatio* ou *onus probandi ei qui asserit*. Desta forma, quem alega se incumbe de provar as afirmações, ou a tese aventada por qualquer parte deve ser comprovada pelos elementos que elas se incumbem em produzir ou juntar aos autos. Tendo como origem latina a palavra *onus*, ou *onus probandi*, que significa fardo, imposição, obrigação, dever, dentre outras.<sup>5</sup>

Adalberto Aranha<sup>6</sup> refere que o ônus de provar distribui-se entre a defesa e a acusação, recaindo a cada uma das partes o dever de fornecer as provas das alegações que fizerem.

Já no entendimento de Gustavo Badaró<sup>7</sup> o ônus de provar se caracteriza como uma posição jurídica estabelecida pelo ordenamento jurídico determinando uma conduta para que o sujeito possa obter um resultado favorável. Assim, para que o sujeito onerado obtenha resultado favorável, deve praticar o ato previsto no ordenamento jurídico.

O ônus da prova está definido no artigo 156 do Código de Processo Penal, que possui a seguinte redação:

---

<sup>3</sup>ÁVILA, Gustavo Noronha; GAULAND, Dieter Mayrhofer; FILHO, Luiz Alberto Brasil Simões Pires. A obsessão pela “verdade” e algumas de suas conseqüências para o processo penal. In CARVALHO, Salo; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. (org). **A Crise do Processo Penal e as Novas Formas de Administração da Justiça Criminal**. 1. Ed. Porto Alegre: Notadez, 2006. P. 46.

<sup>4</sup>TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1987. P. 268.

<sup>5</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 30. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 244.

<sup>6</sup>ARANHA, Adalberto José Q. T. Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999. P 14.

<sup>7</sup>BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 173.

**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.

Em uma breve leitura no dispositivo legal, observa-se no *caput* e incisos encontra resquícios do processo inquisitorial advindos do *Codice Rocco*.

No *caput* observa-se nitidamente a conservação do ônus da prova imposto para ambas as partes que devem provar aquilo que alegam, sendo nítido que a mudança recente da Lei em nada mudou a distribuição do ônus probatório<sup>8</sup>.

O ônus da acusação, representada na figura do Ministério Público, pela doutrina clássica de Magalhães Noronha<sup>9</sup>, consiste em formular a prova do fato e da autoria delitiva, documentando a existência concreta do tipo. Ainda, refere que a demonstração do elemento subjetivo da culpa e do dolo também compete ao *parquet*.

Nesse aspecto Eugênio Pacelli<sup>10</sup> afirma que a acusação tem o ônus de provar a materialidade do fato e sua autoria delitiva, porém realça a impossibilidade de formulação de provas sobre o dolo e dos elementos subjetivos do tipo, uma vez que são aferidas pela via do conhecimento dedutivo. Ainda, refere que ao acusador não se impõem o ônus de demonstrar a inexistência de qualquer situação excludente da ilicitude ou mesmo da culpabilidade.

Na visão de Gustavo Badaró<sup>11</sup>, o Ministério Público possui o ônus da prova da culpa do acusado, além de qualquer dúvida razoável. Porém refere relevante crítica, aludindo que este ônus deveria consistir em um dever<sup>12</sup> do acusador, pois sendo assim traria uma maior eficácia à atividade ministerial exercida.

---

<sup>8</sup> EBERHARDT, Marcos. Reformas Processuais Penais no Âmbito da Produção Probatória. In. NUCCI, Guilherme de Souza (org.) **Reformas do Processo Penal**. 2. Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. P. 106.

<sup>9</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. P. 89.

<sup>10</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 348.

<sup>11</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 229.

<sup>12</sup> O autor em sua obra *Ônus da Prova no Processo Penal* diferencia o conceito de ônus e dever, criando a idéia de que dever é uma máxima mais forte que ônus.

Quanto ao ônus do acusado, Magalhães Noronha<sup>13</sup> refere que ao acusado cabe provar as excludentes de antijuridicidade e culpabilidade alegadas. De mesma banda Adalberto Aranha<sup>14</sup> refere que ao autor compete a prova dos fatos constitutivos e ao réu a dos fatos extintivos, impeditivos ou modificativos.

Quanto ao que Eugênio Pacelli<sup>15</sup> refere, causa estranheza a forma abordada pelo autor, uma vez que dizer que o acusador não precisa trazer provas da inexistência de excludentes pode ser interpretado como o mesmo que afirmar que o acusado deverá constituir essa prova, entrando nos meandros da doutrina clássica, até porque ele concorda com o que preleciona o *caput*, do artigo 156, do Código de Processo Penal, de que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”.

Para Gustavo Badaró<sup>16</sup> o acusado não possui ônus algum, não tendo a obrigação nem mesmo de autodefesa no processo. Não existe o ônus de ele produzir provas de sua inocência, recaindo tão somente a obrigação ao *parquet* em produzir as provas no processo. Assim, em atenção ao princípio do *in dubio pro reo*<sup>17</sup> é proibitivo que se imponha qualquer ônus no processo penal ao acusado, até mesmo em relação às excludentes de ilicitude e de culpabilidade.

Já na doutrina de Aury Lopes Júnior<sup>18</sup> segue-se na mesma esteira, utilizando-se do princípio da presunção de inocência afirma categoricamente que “a partir do momento que o imputado é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada”. Neste prisma, prega a máxima de que a acusação deve sozinha trazer elementos para o processo reconstruindo os fatos e destruindo a presunção de inocência do acusado.

Ainda, em outra passagem, o doutrinador assevera que:

“[...] no processo penal, não há distribuição de cargas probatórias: a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência.”<sup>19</sup>

---

<sup>13</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. P. 89.

<sup>14</sup> ARANHA, Adalberto José Q. T. Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999. P. 14.

<sup>15</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 348.

<sup>16</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 230-235.

<sup>17</sup> O autor em sua obra *Ônus da Prova no Processo Penal* define que a regra a ser utilizada pelo juiz quanto resta dúvida sobre um fato relevante é o princípio da presunção de inocência. P.293-295.

<sup>18</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 549.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

Ao analisar a teoria observamos que existem divergências quanto ao ônus probatório distribuído ao réu, uma vez que a lei distribuiu ônus ao acusador e ao acusado.

Assim, o entendimento que filiamo-nos é no sentido de que o ônus probatório deve recair tão somente ao acusador. Fazendo uma leitura do *caput* do artigo 156, deve ser interpretado conforme a Constituição Federal, que elege o modelo acusatório de processo penal, estabelecendo uma forma a elevar o princípio do *in dubio pro reo*.<sup>20</sup>

Ainda, sobre a conclusão ao qual concordamos, Aury Lopes Junior<sup>21</sup> afirma: “[...] a primeira parte do art. 156 do CPP deve ser lida à luz da garantia constitucional da inocência.”

Nesta mesma medida o autor ainda refere “[...] incumbe ao MP o ônus total e intransferível de provar a existência do delito”.<sup>22</sup>

Natalie Ribeiro Plestsch<sup>23</sup> afirma que, no caso da acusação falhar em sua pretensão punitiva, trazendo ao processo um conjunto probatório frágil, inábil para sustentar a inicial, o acusado deve ser absolvido, e não invertido o ônus probatório, como usualmente ocorre nos processos penais brasileiros, quando o juiz condena, ressaltando que o réu foi incapaz de demonstrar que é inocente.

Portanto, a acusação deverá provar todos os elementos necessários para o acolhimento da pretensão punitiva, como também da inexistência de fato impeditivo para tal direito, sob condição da absolvição do acusado.<sup>24</sup>

### 3. O Magistrado possui a faculdade de produzir provas?

No ano de 2008 ocorreram diversas reformas no Código de Processo Penal quanto a matéria que rege a questão probatória. Neste ponto é que existe um grande retrocesso do direito processual penal brasileiro para os sistemas inquisitoriais.

---

<sup>20</sup>FILHO, Antônio Magalhães Gomes. Provas: Lei 11.690 de 09/06/2008. In. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (org.) **As Reformas No Processo Penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2008. P. 256.

<sup>21</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 551.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> PLETSCH, Natalie Ribeiro. **Formação da Prova no Jogo Processual Penal. O atuar dos sujeitos e a construção da sentença**. São Paulo: IBCCRIM, 2007. P. 79.

<sup>24</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 297.

Observando o dispositivo legal que trata sobre a matéria, clarividente que foi chancelado ao juiz o papel ativo na produção probatória remontando o velho conceito existente da verdade real, em contraposição à verdade processual, do modelo inquisitivo.<sup>25</sup>

Sobre esta temática, tem-se doutrinas que apontam o sistema processual brasileiro como misto, no qual se conjugam elementos inquisitivos e contraditórios, entretanto discorda-se de tais posições. No momento que o magistrado possui a faculdade de julgar e produzir provas, este recicla a figura do juiz inquisidor, o que vai contra a todo o modelo previsto constitucionalmente.

O juiz deve ser um espectador, e não um ator processual, devendo garantir a paridade de armas entre as partes, abandonando o papel investigativo típico do medievo, respeitando o princípio acusatório, mesmo que em um código que preleciona o sistema inquisitório.

Neste prisma, necessária uma análise dos incisos do dispositivo legal criticado, tendo como basilar uma interpretação constitucional.

### **3.1. A prova judicial (o Juiz Inquisidor) na fase pré-processual.**

No inciso primeiro do dispositivo legal em crítica, a força instrutória do magistrado pode recair até antes do início da ação penal, na fase de investigação preliminar, podendo de ofício ordenar a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando aspectos de proporcionalidade, necessidade e adequação.

Observa-se que, a vagueza e a subjetividade do inciso poderão gerar uma série de excessos na fase pré-processual, isso em uma análise que concorda com a possibilidade do magistrado formular provas, até mesmo na fase pré-processual, onde pode até não existir atuação do *parquet*, e muito menos contraditório e amplo defesa.<sup>26</sup>

Isto se qualifica como uma intromissão do juiz na investigação, aliás, na fase pré-processual tecnicamente não se pode falar em provas, consistindo em uma mera

---

<sup>25</sup>CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 312.

<sup>26</sup>MOREIRA, Reinaldo Daniel Moreira. A reforma do Código de Processo Penal e a Nova Disciplina Legislativa da Prova. **Revista Jurídica Consulex**, ano XII, n. 275, jun. 2008. P. 49.

colheita de dados que possam ensejar a acusação e a formação do *opinio delicti*, o que mais uma vez demonstra o absurdo deste mecanismo processual.<sup>27</sup>

Neste prisma, a utilização indevida deste artifício pode levar o juiz ao perigoso terreno da atuação investigatória modificando-se o sentido de um processo penal acusatório.<sup>28</sup>

Observa-se que a fase investigativa é puramente inquisitorial, não se busca instruir e sim formular uma acusação, e como referiu Marcos Zilli o sujeito que conduz a acusação dificilmente deixará de ficar vinculado a ela.<sup>29</sup>

Neste ponto, deve-se questionar se a imparcialidade do juiz não foi comprometida no caso de ordenar a formulação da prova de ofício na fase investigatória, uma vez que mais tarde irá sentenciar neste mesmo processo.<sup>30</sup>

Nesse ponto Jacinto Coutinho<sup>31</sup> afirma:

O sério problema que surge – com certo ar de naturalidade – é que esse mesmo órgão jurisdicional que investiga e produz provas vai, depois, julgar ou seja, acertar o caso penal. Isso, por si só, faz pensar na falta de imparcialidade (tomada como equidistância das partes e seus pedidos) e, por suposto, no vilipêndio daquilo que é, para alguns, quase sacro na Constituição: o lugar que a nação delega a quem é investido do poder jurisdicional, mormente para decidir, por ela contramajoritariamente.

Ainda, deve-se observar uma breve passagem da doutrina de Aury Lopes Junior<sup>32</sup> que descreve muito bem a problemática que poderá ocorrer com a possibilidade do juiz formular provas na fase de investigação preliminar:

[...] consagraram o juiz-instrutor-inquisidor, com poderes para, na fase de investigação preliminar, colher de ofício a prova que bem entender, para depois, no processo, decidir a partir de seus próprios atos. Decide primeiro, a partir de prova que ele constrói, e depois, no golpe de cena que se transforma o processo, formaliza essa de cisão.

---

<sup>27</sup>HAMILTON, Demoro Sérgio. Visão Crítica das Modificações na Legislação Processual Penal Brasileira: a “Prova” (I). Revista **Magister de Direito Penal e Processual Penal**. N. 29, abr./maio, 2009.

<sup>28</sup>ZILLI, Marcos. O Pomar e as Pragas. **BoletimIBCCrim**. V. 16, n. 188, jul. 2008. P. 2.

<sup>29</sup>*Ibidem*.

<sup>30</sup>EBERHARDT, Marcos. Reformas Processuais Penais no Âmbito da Produção Probatória. In. NUCCI, Guilherme de Souza (org.) **Reformas do Processo Penal**. 2. Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. P.107.

<sup>31</sup>COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório cada Parte no Lugar Constitucionalmente Demarcado. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (Org.). **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 11.

<sup>32</sup>LOPES JR., Aury. Bom Para Quê(m)? **BoletimIBCCrim**. V. 16, n. 188, jul. 2008. P. 10.

Portanto, verificou-se a verdadeira criação de um juiz inquisidor que formula a prova que lhe convir, e futuramente irá julgar o acusado com as provas que formulou, confundindo-se novamente o papel do acusador e julgador.

### 3.2. A produção judicial no processo penal

No que tange ao inciso segundo do artigo em análise, desobedece claramente o princípio constitucional do *in dúbio pro reo*, pois como já foi dito o ônus de provar é do Ministério Público, e facultar ao magistrado que busque provas para dirimir a dúvida sobre ponto relevante estar-se-ia confundindo a figura do acusador com a do julgador, pois cabe ao *parquet* a busca desta prova, no mais se o magistrado possui dúvidas em certo ponto, sendo este ponto relevante, deve absolver o réu.<sup>33</sup>

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho<sup>34</sup> afirma que o fundamento que enseja a produção de provas pelo julgador “para dirimir dúvida”, trata-se de termo indeterminado, e contamina toda a imparcialidade e proporcionalidade que possa vir a ser aplicada no momento de sentenciar.

Sérgio Demoro Hamilton<sup>35</sup>, afirma que em linhas gerais repete o Código de 41, sendo revestido nitidamente de natureza inquisitiva, porém, levanta tese de que a atuação inquisitiva do juiz só deverá ser exercida quando trouxer eventual benefício à defesa. Neste ponto entende-se ser deveras perigosa tal possibilidade, pois se estaria entrando em território arriscado de probabilidades, onde existe a possibilidade de que em favor da defesa se ajude a acusação, e, portanto, não se concorda com o doutrinador neste aspecto.

Posição diversa é a de Ada Pellegrini<sup>36</sup>, acredita que o juiz deverá ser dotado de iniciativa instrutória, afirmando até que “O juiz penal, mesmo diante de fatos incontroversos, deve sempre pesquisar com a finalidade de determinar a produção da prova capaz de levá-lo ao conhecimento dos fatos da maneira mais próxima possível à certeza.”

---

<sup>33</sup>CARVALHO, Ivan Lira de. O juiz e a prova no processo penal, sob o foco da Lei n. 11.690/2008. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XII, n. 46. Jul./set. 2009. P. 51.

<sup>34</sup>COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. **BoletimIBCCrim**. V. 16, n. 188, jul. 2008. P. 12.

<sup>35</sup>HAMILTON, Demoro Sérgio. Um Releitura a Respeito do Ônus da Prova no Processo Penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. N. 39, dez./jan., 2011.

<sup>35</sup>ZILLI, Marcos. O Pomar e as Pragas. **BoletimIBCCrim**. V. 16, n. 188, jul. 2008. P. 2.

<sup>36</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini. A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Brasília. N. 18, jan./jun. 2005. P. 20.

No que se refere ao entendimento de Ada Pellegrini, pelo que se conseguiu extrair, a doutrinadora é a favor da possibilidade de que os juízes possuam iniciativa instrutória, e aqui deve ser dito que ela participou da comissão que reformou o artigo de Lei em estudo e ampliou os poderes instrutórios.

Importante frisar que, para a concretização do sistema acusatório, o magistrado não pode ter atuação de ofício no processo penal, devendo ficar inerte aguardando a provocação das partes, ou comando procedimental legal, pois ao conceder-lhe a gestão da prova estar-se-á afastando o sistema acusatório<sup>37</sup>.

De tal modo, legitimando um sistema inquisitivo, que foi muito bem definido por Gilberto Thums<sup>38</sup> “o sistema inquisitório caracteriza-se pela reunião das funções de persecução e julgamento num único órgão estatal [...] o objetivo é a busca da verdade a qualquer custo.”

Assim, ao possibilitar que o juiz ordene a produção de provas para suprir as lacunas deixadas pelo *ônus probandi* da acusação faz com que se remonte o princípio da verdade real<sup>39</sup>, onde o juiz não se contenta com a verdade processual produzida.<sup>40</sup>

Neste mesmo tom, aliamos-nos ao que entende Jacinto Coutinho<sup>41</sup>, pois o texto legal dos incisos do artigo 156 do Código de Processo Penal é flagrantemente inconstitucional, ele rompe completamente com o princípio do devido processo legal, pois permite a formulação de prova *ex officio* nas duas fases processuais, tanto investigativa quanto judicial.

Assim, utilizando-se mais uma vez do brilhante doutrinador Jacinto Coutinho<sup>42</sup> “Com tamanha liberdade probatória, o juiz, no sistema processual penal brasileiro – e basta apontar em tal direção – pode fazer tudo o que pretender. Isso se dará, no mais das vezes, dentro daquilo que Franco Cordero chamou de *lógica deforme*.”

---

<sup>37</sup>EBERHARDT, Marcos. Reformas Processuais Penais no Âmbito da Produção Probatória. In. NUCCI, Guilherme de Souza (org.) **Reformas do Processo Penal**. 2. Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. P.107.

<sup>38</sup> THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais. Tempo. Tecnologia. Dromologia. Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. P. 202.

<sup>39</sup> AMODIO, Enio. Vitórias e Derrotas da Cultura dos Juristas na Elaboração do Novo Código de Processo Penal. **Revista Brasileira de ciências criminais**, ano 7. N. 25. Jan./mar. 1999. P. 17.

<sup>40</sup> CARVALHO, Ivan Lira de. O juiz e a prova no processo penal, sob o foco da Lei n. 11.690/2008. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XII, n. 46. Jul./set. 2009. P. 52.

<sup>41</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. **BoletimIBCCrim**. V. 16, n. 188, jul. 2008. P. 12.

<sup>42</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório cada Parte no Lugar Constitucionalmente Demarcado. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (Org.). **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 11-12.

Com este ativismo judicial na instrução probatória, o enfraquecimento da estrutura processual de partes iguais e igualdade de armas. Observando ainda, que a igualdade de armas apresenta-se formalmente, uma vez que existe concretamente uma disparidade de armas entre o estado acusador e o acusado.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com esta breve análise do ônus probatório no processo penal brasileiro, conseguimos chegar às seguintes proposições:

A matéria do ônus probatório mesmo com uma recente reforma ainda possui problemas para se enquadrar com as premissas constitucionais de um sistema penal acusatório, pois como se observou existe a possibilidade de gestão probatória pelo juiz, mitigando o princípio da imparcialidade.

A reforma que ampliou a formulação de prova *ex officio* pelo magistrado remonta a um sistema penal inquisitório, onde o papel do acusador se confunde com o do julgador.

Mesmo que o dispositivo legal mencione que o ônus probatório se distribui a ambas as partes, acusado e acusação, este deve ser lido conforme a constituição, e, portanto, em atenção ao princípio da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, o acusado nada tem de provar, nem os fatos impeditivos e extintivos, que a doutrina clássica tende a mencionar como seu ônus.

O Código de Processo Penal em vigor é uma colcha de retalhos, mesmo existindo pontuais reformas a “alma inquisitiva” prejudica a aplicação correta dos princípios constitucionais.

Por fim, verifica-se que segue o princípio inquisitivo contido no Código de Processo Penal Italiano de 1930.

## **REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA**

AMODIO, Enio. Vitórias e Derrotas da Cultura dos Juristas na Elaboração do Novo Código de Processo Penal. **Revista Brasileira de ciências criminais**, ano 7. N. 25. Jan./mar. 1999. P.

ARANHA, Adalberto José Q. T. Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ÁVILA, Gustavo Noronha; GAULAND, Dieter Mayrhofer; FILHO, Luiz Alberto Brasil Simões Pires. A obsessão pela “verdade” e algumas de suas conseqüências para o processo penal. In CARVALHO, Salo; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. (org). **A Crise do Processo Penal e as Novas Formas de Administração da Justiça Criminal**. 1. Ed. Porto Alegre: Notadez, 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**. BRUNO, Francisco Galvão. *Trad.* 1 vol. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2004.

CARVALHO, Ivan Lira de. O juiz e a prova no processo penal, sob o foco da Lei n. 11.690/2008. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XII, n. 46. Jul./set. 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. **BoletimIBCCrim**. V. 16 , n. 188, jul. 2008.

\_\_\_\_\_. Sistema Acusatório cada Parte no Lugar Constitucionalmente Demarcado. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (Org.). **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

EBERHARDT, Marcos. Reformas Processuais Penais no Âmbito da Produção Probatória. In. NUCCI, Guilherme de Souza (org.) **Reformas do Processo Penal**. 2. Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

FILHO, Antônio Magalhães Gomes. Provas: Lei 11.690 de 09/06/2008. In. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (org.) **As Reformas No Processo Penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Brasília. N. 18, jan./jun. 2005.

HAMILTON, Demoro Sérgio. Visão Crítica das Modificações na Legislação Processual Penal Brasileira: a “Prova” (I). **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. N. 29, abr./maio, 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. Bom Para Quê(m)?. **BoletimIBCCrim**. V. 16, n. 188, jul. 2008.

MOREIRA, Reinaldo Daniel Moreira. A reforma do Código de Processo Penal e a Nova Disciplina Legislativa da Prova. **Revista Jurídica Consulex**, ano XII, n. 275, jun. 2008.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PLETSCH, Natalie Ribeiro. **Formação da Prova no Jogo Processual Penal. O atuar dos sujeitos e a construção da sentença**. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1987. P. 268.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 30. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais. Tempo. Tecnologia. Dromologia. Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ZILLI, Marcos. O Pomar e as Pragas. **BoletimIBCCrim**. V. 16, n. 188, jul. 2008.