

# ÔNUS DA PROVA E O RESGATE DA IDENTIDADE DO PROCESSO PENAL COMO DISTINTO DO PROCESSO CIVIL

## BURDEN OF PROOF AND IDENTITY RESTORATION IN CRIMINAL PROCEDURE AS DISTINCT FROM CIVIL PROCEDURE

**Denise Luz**

Mestre em Ciências Criminais (PUCRS).  
Especialista em Direito do Estado (UFRGS). Advogada

**Eduardo Schmidt Jobim**

Advogado

### RESUMO:

Enfrenta-se o problema do ônus da prova e sua distribuição, partindo da diferença estrutural entre os processos civil e penal. Conclui-se que o ônus da prova neste é todo da acusação, não sendo legítima qualquer distribuição entre as partes.

**Palavras-Chaves:** ônus da prova processo civil; processo penal; presunção de inocência

### ABSTRACT:

There is currently an issue with respect to the burden of proof and its distribution, based on the structural differences between civil and criminal procedure. It was concluded that the burden of proof in the latter falls to the prosecution, and that any distribution between the parties is not legitimate.

**Keywords:** burden of proof; civil procedure; criminal procedure; presumption of innocence

## 1 Introdução

O presente artigo objetiva analisar a temática do ônus da prova no sistema penal, respondendo ao seguinte problema: 1) *existe ônus da prova no processo penal?*; 2) *em caso afirmativo, como se dá a sua distribuição - a quem compete provar os fatos e em que extensão?*

A colocação do problema se justifica no fato de que a doutrina majoritária e a quase totalidade da jurisprudência nacional interpretam o artigo 156 do Código de Processo Penal (CPP) por analogia ao art. 333 do Código de Processo Civil (CPC) sem atentar para a diferença estrutural entre esses dois ramos do direito.

A preocupação central está em blindar a garantia da presunção de inocência, prevista na Constituição Federal e nos tratados internacionais de direitos humanos, contra interpretações da lei ordinária que tendem a reduzir sua densidade e âmbito de alcance.

Para enfrentar o problema proposto, inicialmente, analisa-se a diferença estrutural entre as duas espécies de processos, o civil e o penal. Logo após, avalia-se as razões pelas quais os sistemas jurídicos definem *ônus da prova*, analisando a diferença essencial entre o processo penal e o processo civil. Posteriormente, avalia-se a garantia da presunção de inocência e sua repercussão probatória.

Ao final, responde-se o problema que justifica e fundamenta o presente trabalho.

## **2 A distinção estrutural entre o processo civil e o processo penal<sup>1</sup>**

O Processo penal e o processo civil possuem categorias estruturais diversas, de modo que empregar institutos deste naquele sem atentar para a identidade de cada um, pode gerar consequências nefastas no âmbito dos direitos fundamentais do acusado.

O autor de uma ação cível tem, em tese, um *direito* que ele poderia realizar fora do processo ou substituí-lo, em caso de impossibilidade, pelo seu equivalente em dinheiro. Ele só não realiza seu direito sem o processo, porque há resistência do réu. Ele, então, provoca o Estado juiz para compelir o réu a lhe “entregar” o direito que é seu. No processo civil, o juiz pode impor ao demandado o ato de proteção jurídica que é pedido pelo autor.<sup>2</sup>

Não é isso que se dá no processo penal, cujo objetivo é punir o demandado. O autor não detém o direito de punir, mas apenas de pedir que o Estado-Juiz o faça. O titular do poder (condicionado) de punir é o juiz que o “exercita condenando o culpado e executando a pena”.<sup>3</sup> O autor da ação penal tem apenas o direito de acusar que nasce do ato delituoso, cujo conteúdo do pedido é de que o juiz exercite seu *poder de punir* (e não o *direito de punir*), aplicando pena ao acusado e não de que o juiz determine ao réu que entregue ao autor o que é seu por direito.

---

<sup>1</sup> Este tópico constitui uma versão de parte da dissertação de mestrado da primeira autora. Cf. LUZ, Denise. *Improbidade administrativa e o devido processo legal: valorando as garantias constitucionais penais para a composição de um espaço próprio no direito administrativo sancionador brasileiro*. 2012. 182 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

<sup>2</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Princípios Gerais do Processo Penal: Conferências proferidas na Universidade de Madrid nos meses de dezembro de 1934 e de janeiro, fevereiro e março de 1935*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 35.

<sup>3</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Princípios Gerais do Processo Penal:.....*, p. 35.

O autor da ação penal tem o direito de *acusar*, não o direito a que o juiz *substitua* a vontade da parte ré e lhe entregue o que lhe é devido, porque o acusado não *deve* ao autor sua condenação ou o cumprimento da pena. Não há direito do autor, ou da vítima, fora do processo. O direito penal material do autor não existe fora do processo, porque o seu direito é apenas de acusar. Essa característica não se coaduna em nenhuma hipótese com a estrutura do processo civil.

Poder-se-ia pensar que a assertiva está equivocada porque existem direitos civis que precisam do processo civil para se realizar. Entretanto, essa característica não pode se confundir com o direito de acusar no processo penal, porque seria confundir direitos que *carecem do processo* com direitos que *não existem* fora dele. Todos os direitos civis existem fora do processo, eles podem depender do processo para se tornarem efetivos, mas não para existirem.<sup>4</sup>

“Há no processo penal uma pretensão no sentido processual, mas seu conteúdo não é, como o do conceito paralelo do processo civil, a alegação de um direito próprio e a petição da adjudicação do mesmo”.<sup>5</sup> No processo penal o autor busca acusar, ele exerce uma *pretensão acusatória*. No processo civil, o juiz decide afirmando ou negando o direito do autor. Isso não ocorre no processo penal, porque, quando o juiz decide, o autor já exerceu plenamente seu direito, no próprio processo, o direito de acusar. O direito do autor no processo penal inicia e termina no processo. O autor não pode exercer o *direito de punir* quando obtém sentença condenatória, porque somente o juiz tem o *poder* de punir.

“Ambos os direitos estão enraizados no direito material, mas somente a ação desenvolveu-se como tal, enquanto o direito de acusação (...) permaneceu como uma faculdade formal e abstrata, pertencente ao direito processual.”<sup>6</sup> A pretensão do autor na ação penal estará satisfeita, tanto com a condenação, quanto com a absolvição do réu e essa característica não tem analogia no processo civil. “A pena está fora do poder das partes.”<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. Direito Material e Processo. In MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Orgs.). *Polêmica Sobre a Ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 55: “mesmo aceitando que as pretensões declaratórias e constitutivas não se possam ‘realizar’ fora do processo, isto não demonstra que elas não ‘existam’ antes ou fora do processo. Ignora-se, quando se argumenta deste modo, a distinção lógica entre ‘carecer do processo’ para realizar-se e ‘não existirem’ fora, ou antes dele, pois quando se diz que a *declaração* necessita do processo para realizar-se, proclamamos, por força de uma contingência lógica, que essa declaração, enquanto ‘direito exigível’ (pretensão), *existia antes do processo!* Tanto existia antes, que o processo fora concebido para realizá-lo.” Essa é a lógica do processo civil inconciliável com a lógica do processo penal.

<sup>5</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Princípios Gerais do Processo Penal*..., p. 40.

<sup>6</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Princípios Gerais do Processo Penal*..., p. 40.

<sup>7</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional*. Vol. I. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 102.

O processo penal é, nas palavras de Aury Lopes Jr. “*um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico.*”<sup>8</sup> É por meio dele que se busca demonstrar um fato ao juiz, através de uma reconstrução histórica, observando-se, para tanto, princípios e regras que conferem racionalidade à decisão e protegem a pessoa do réu contra eventuais arbitrariedades. Para cumprimento dessa missão, a prova tem papel central.

Nesse viés, questiona-se quem deve, pode ou impõe-se provar algo. A sobreposição da doutrina do processo civil e a influência da Teoria Geral do Processo - que mais se ateu aos problemas das demandas cíveis - acabaram por gerar graves problemas de interpretação e aplicação das regras do processo penal. Esse equívoco de importar categorias do processo civil para o processo penal sem atentar para as características próprias deste vêm sendo reproduzido na doutrina dos manuais mais comercializados para os estudantes de graduação em Direito e, assim, perpetuados na jurisprudência sobre o “ônus da prova”. A doutrina e a jurisprudência brasileira, subvertendo a racionalidade do processo penal, terminam por conferir ao Estado, como apontou Juarez Tavares, um verdadeiro *direito de punir*, isto é, um *direito penal subjetivo*, o que não se pode aceitar. Este *direito de punir* resulta de um suposto exercício de soberania estatal e se sustenta em uma lógica de direito privado com a imposição a cada uma das partes de direitos e obrigações.

Em razão da diferença estrutural entre o processo penal e o processo civil, não há como aproveitar uma teoria geral sobre o ônus da prova para ambos os ramos. O estudo sobre o ônus da prova e sua distribuição no processo penal deve levar em conta sua identidade própria como instrumento sancionador e não como adjudicador de direitos.

### **3 “Ônus da prova” nos sistemas jurídico-processuais e sua *raison d’être***

Os sistemas processuais regulam o *ônus da prova*, porque não é dado ao juiz eximir-se do dever de decidir a causa, mesmo se estiver diante de dúvida insuperável sobre qual das partes tem razão. É um *critério definido em lei* para que o juiz possa decidir quando tiver dúvida, já que lhe é vedado o *non liquet*.

Se o juiz, no momento de proferir a sentença, tiver avaliado os fatos alegados pelas partes e aferido “igualmente sobre a existência dos fatos a respeito dos quais não haja formado

---

<sup>8</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

convicção segura, é necessário que a lei prescreva qual das partes haverá se sofrer as *consequências* da insuficiência probatória”.<sup>9</sup>

A produção da prova é uma faculdade da parte, não é uma obrigação, tanto que não há meios de coerção para que faça ou de punição caso não faça. No entanto, a parte poderá sofrer consequências processuais por não ter cumprido com seu encargo, caso o juiz não saiba quem tem razão. Se o autor não cumprir seu ônus de provar, a consequência que sofrerá será o julgamento a favor do réu. Se o réu não cumprir seu encargo, corre o risco de ter uma sentença contra si, a procedência da ação.

Por isso, só tem sentido a aplicação das regras pertinentes ao ônus da prova quando o juiz estiver em dúvida sobre quem tem razão, autor ou réu. Se o julgador estiver convencido a favor de uma das partes, ele prescindirá do uso das regras pertinentes ao ônus probatório, até mesmo porque a prova não aproveita somente à parte que a produziu. Não significa que a parte que não cumprir seu ônus perderá a ação automaticamente, mas se elevam os riscos de que isso aconteça.<sup>10</sup> Inexiste, pois, necessariamente uma relação *causal* entre ônus da prova e prejuízo.

Pode-se dizer que o “ônus da prova é o encargo atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo.”<sup>11</sup> O interesse da acusação no processo penal é na condenação, cabendo a ela produzir a prova necessária para tanto.

As regras de fixação e distribuição do ônus da prova nas demandas cíveis estão reguladas no art. 333 do CPC. Por esse dispositivo legal, cabe ao autor provar o fato constitutivo do seu direito e ao réu provar fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do autor. Isso porque, no processo civil, existe uma equivalência substancial entre os direitos discutidos,<sup>12</sup> o que não ocorre no processo penal.

O art. 156 do CPP prevê que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”. A jurisprudência vem interpretando esse dispositivo com base na racionalidade própria dos sistemas inquisitórios, nos quais se atribui ao réu o ônus de provar que é inocente quando alega algum fato em sua defesa. Por esse raciocínio, se o réu não cumprir esse encargo de

---

<sup>9</sup> SILVA, Ovídio Baptista, *Curso de Processo Civil*. V. I. 3 ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996, p. 290.

<sup>10</sup> MARINONI, Luiz Guilherme.; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 265

<sup>11</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. III. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 71.

<sup>12</sup> TONINI, Paolo, *A Prova no Processo Penal Italiano*. Tradução Alexandar Martins e Daniela Mróz. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.69.

provar o alegado, fato de seu interesse, pode restar condenado. Essa interpretação decorre de uma equiparação equivocada entre o art. 156 do CPP e o art. 333 do CPC pela doutrina majoritária no Brasil.<sup>13</sup>

No processo civil, o encargo de provar está atrelado ao ônus de *alegar* – fato não alegado não pode ser tomado em consideração na decisão - já que o processo é, em regra, disponível e existe, por exemplo, a confissão ficta. Logo, o que não for alegado, não precisa ser provado, mas quem alega um fato tem que prová-lo para que esse argumento possa ser usado a seu favor na decisão. No processo penal, o réu não tem o ônus de alegar absolutamente nada, admite-se que permaneça inerte durante todo o processo, podendo inclusive fazer uso do direito a manter-se silente – *nemo tenetur se detegere*. Como o réu não tem o ônus de alegar, não pode ter o ônus de provar. No processo penal, somente o autor tem o ônus de alegar, devendo recair sobre ele todo o ônus probatório.

Por que a parte tem ônus de provar o que alega no processo civil? Porque a parte alega a existência de algo ou a ocorrência de determinado fato para disso derivar a existência e o reconhecimento de algum direito seu.<sup>14</sup> Já no processo penal o réu não precisa alegar, nem provar sua inocência, para disso derivar o reconhecimento ao seu direito de ser absolvido, porque a seu favor milita a *presunção de inocência*.

No processo civil, o réu pode negar os fatos (não reconhecendo os fatos alegados pela parte adversa), mas também pode, mesmo reconhecendo os fatos contidos na petição inicial, invocar outros com o objetivo de afastar as consequências jurídicas decorrentes das alegações do autor. Nessa hipótese, o réu reconhece os fatos afirmados pelo autor, mas alega outros fatos que “invalidam” aqueles. Esse reconhecimento por parte do réu do que foi alegado pelo autor pode ser expresso ou ficto (arts. 300 e 302 do CPC). Nesse caso, incumbe ao réu provar esses fatos que afastam – impedem, modificam ou extinguem – a situação fática demonstrada na inicial e que constitui o direito do autor (art. 333 do CPC).

A lógica do processo penal é diferente da lógica do processo civil. No processo penal, a dúvida sempre milita a favor do acusado, porque o sistema processual acusatório não permite que a dúvida seja usada em seu desfavor, já que vige o princípio da *presunção de inocência*.<sup>15</sup> Por isso, todo o ônus probatório é do acusador.

---

<sup>13</sup> Por todos: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo.; GRINOVER, Ada Pellegrini.; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.355.

<sup>14</sup> SILVA, Ovídio Baptista. *Curso de Processo Civil*.....

<sup>15</sup> Neste trabalho, *garantia da presunção de inocência* e *princípio da presunção de inocência* são tratados como sinônimos.

Todavia, a doutrina pátria, em sua maioria, refere que ao autor - Ministério Público ou querelante - cabe demonstrar o que foi aduzido na inicial, sendo que as eventuais alegações acerca de excludentes de ilicitude ou culpabilidade ficariam a cargo da defesa.<sup>16</sup> Nessa mesma linha, firmou-se a jurisprudência nacional.<sup>17</sup>

Não se pode concordar com essa tese, embora amplamente aceita. Cabe à acusação, além de demonstrar a ocorrência de um fato típico, provar também a presença da ilicitude/antijuridicidade e da culpabilidade e não ao réu provar a ausência destas. O delito não consiste em mera desobediência ou inobservância da norma. Sem os elementos da ilicitude/antijuridicidade e da culpabilidade não se pode estar diante de um *crime* conforme Teoria Geral do Delito. E quem tem que provar o *crime* (de modo integral) é a acusação. Esse grave equívoco de atribuir ao réu o ônus de provar ocorre pela indevida insistência em transportar critérios do processo civil para o processo penal, tratando as excludentes de ilicitude e de culpabilidade, assim como a alegação de um *álibi* como se fossem *atos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor*. Emprega-se uma analogia superficial entre o art. 156 do CPP - o ônus da prova *cabe a quem alega*, com as regras sobre ônus da prova previstas no art. 333 do CPC. “Porém é este um dos raciocínios mais falsos e mais perigosos”, como já afirmava Mittermaier no longínquo ano de 1848.<sup>18</sup>

Tal entendimento implica na inversão (inconstitucional e inconvenção)<sup>19</sup> do ônus da prova. O autor deve alegar a prática de um fato criminoso com todas as suas circunstâncias na denúncia (art. 41 do CPP) e durante o processo provar essa alegação. Dispensar o autor de

---

<sup>16</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 287. Nucci sustenta que cabe ao réu provar as excludentes de ilicitude e de culpabilidade, porque ele teria mais condições de fazer, já que os fatos e circunstâncias estão diretamente relacionados a ele. Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Anotado*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 349. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V. 3. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. Essa interpretação se deve também à grande influência que Malatesta teve na doutrina processual penal brasileira. Ele defendia a existência de um princípio supremo sobre o ônus da prova que denominou *ontológico* que seria fundamentado “no modo natural de ser das coisas”. Isso implicaria em exigir prova do extraordinário, dispensando de provar quem alega o que ordinariamente acontece. Ele dizia que quem afirma contrário ao que ordinariamente acontece, “tem contra si a voz universal das coisas, afirmada pela experiência universal das pessoas; tem obrigação, portanto, de sustentar com prova particular sua asserção: o extraordinário se prova.” Outro critério que adotava era quanto à facilidade de produzir a prova, o que chamava de *critério lógico*. Cf. MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. 3 Ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, p. 2004, p. 132.

<sup>17</sup> Por todos, ver os seguintes acórdãos do Superior Tribunal de Justiça: REsp nº 612.367/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 14.06.2004. REsp nº 866.394/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 22.04.08. AgRg no REsp nº 871.739/PE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 09.12.2008. AgRg no REsp nº 1367491/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 02.05. 2013. Disponíveis em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 30/07/2013.

<sup>18</sup> MITTERMAIER, C.J.A. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. Tradução Herbert Wüntzel Heinrich. 2º Tiragem. Campinas Bookseller, 1997 (Tradução da Terceira Edição – 1848), p. 124.

<sup>19</sup> No sentido de contrária às normas da Convenção Americana de Direitos Humanos ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n.º 27, de 28.05.1992.

provar a ilicitude da conduta e a culpabilidade do réu, significa, na *law in action*, reduzir o crime a um fato típico. Esse pensamento jurídico acaba por retratar o “*delito como uma infração a deveres e não como lesão de bens jurídicos*”<sup>20</sup>. Ademais, a separação do tipo e da antijuridicidade em compartimentos estanques como se dava na teoria causal do delito não se sustenta mais, conforme apontou Juarez Tavares.<sup>21</sup> Tal motivação por trás desse aspecto dogmático tinha um “condicionamento político da norma penal”.<sup>22</sup> A relação entre antijuridicidade e tipo deve, primeiramente, observar o sentido delimitador da norma penal e não o sentido de proibição ou imposição de condutas.<sup>23</sup>

Cabe à acusação provar o crime e todas as suas circunstâncias e que o réu o seu autor. Provar a ocorrência do crime significa demonstrar a prática de um fato típico, antijurídico e culpável. Assim, cabe ao órgão acusatório demonstrar todos os elementos do tipo: objetivos, normativos e subjetivos<sup>24</sup> e que o fato é também antijurídico e culpável. Do contrário, não se estará diante de “crime”. Nenhum fato pode ser considerado criminoso se não for concomitantemente típico, antijurídico/ilícito e culpável. Se a acusação não provar a ocorrência de um crime, repita-se, com todos os seus elementos constitutivos, a absolvição se impõe.

Ao réu caberá ser diligente no sentido de não perder uma oportunidade de esclarecer ou beneficiar a própria defesa, nem que seja suscitando a dúvida que terá como regra de julgamento o *favor rei*. Porém, o ônus da prova continuará sempre com a acusação, indubitavelmente. Exigir do réu que prove que agiu dentro da lei, legitimamente, para, então, ser absolvido é perverso, viola a Constituição e a CADH, compromete a ampla defesa e ignora a presunção de inocência.

#### **4. Presunção de Inocência como fundamento do processo penal e seus efeitos sobre o ônus da prova**

Ao se abordar o ônus da prova no processo penal, está-se, invariavelmente, adentrando no espaço normativo da *presunção de inocência*. Por este princípio, o acusado ingressa no

---

<sup>20</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 162.

<sup>21</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*..., 159.

<sup>22</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*..., p. 161.

<sup>23</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal* .....,161.

<sup>24</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 312.



processo como inocente e permanece nessa posição até prova em contrário reconhecida em sentença condenatória definitiva.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) vem decidindo que a presunção de inocência é *fundamento* de todas as demais garantias processuais e, por isso, é uma requisito dos regimes democráticos.<sup>25</sup> Segundo o Juiz interamericano Sérgio García Ramírez, “as garantias processuais se estruturam em torno da inocência, que não impede a persecução penal, mas a racionaliza”.<sup>26</sup>

No processo penal, o autor tem ônus maior do que tem no processo civil, porque, naquele, não há equivalência entre o direito do Estado e o direito do réu. Não basta que o autor prove o que alegar como se dá no processo civil, ele precisa fazer muito mais do que isso: ele deve derrubar a *presunção de inocência* conforme exigência do art. 5º, LVII, da Constituição e art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Para afastá-la, a prova produzida pela acusação tem que ter conteúdo incriminador (*prueba de cargo*), ou seja, deve ser capaz de “demonstrar, em uma linguagem técnico-processual, a materialidade do crime com todas as suas circunstâncias e a sua autoria”.<sup>27</sup> Esses são os requisitos objetivos mínimos exigidos da acusação para tomar a “*fortaleza da presunção de inocência*”.<sup>28</sup>

A *presunção de inocência* é um princípio reitor do processo penal<sup>29</sup> que engloba, no mínimo, duas dimensões: uma como *regra de tratamento* e outra como *regra de julgamento*. A repercussão probatória da *presunção de inocência* como *regra de tratamento* implica que sobre o acusador recaia o encargo de demonstrar cabalmente o que alegou na denúncia com força suficiente para derrubar a presunção que milita a favor do réu durante todo o processo, de que ele é inocente. Nesse sentido, não se pode exigir do réu que colabore com a investigação ou que produza prova de qualquer espécie.<sup>30</sup> Já os efeitos probatórios da presunção de inocência como *regra de julgamento* impõem que a inocência do acusado somente seja afastada se houver prova firme da prática delituosa.

É o acusador que tem que provar que o réu é culpado para disso derivar a condenação. E é nesse ponto que a dimensão normativa da presunção de inocência como *regra de julgamento*

---

<sup>25</sup> Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador* (07.09.2004). Disponível em: < <http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 18.09.2013.

<sup>26</sup> Em seu voto no Caso Tibi vs. Equador....

<sup>27</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 464.

<sup>28</sup> Alexandre Morais da Rosa. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

<sup>29</sup> LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional.....*

<sup>30</sup> Corte IDH. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela* (01.09.2011). *Caso Tibi vs. Equador....* Disponíveis em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 18.09.2013.

se insere no processo penal: *in dubio pro reo*. Não há como atribuir ao réu as consequências da insuficiência probatória.

A norma do art. 156 do CPP prescreve uma *regra de julgamento*, “no sentido de que individualiza a parte sobre a qual recaem as consequências de não ter convencido o juiz acerca da existência do fato afirmado”.<sup>31</sup> A primeira afirmação feita no processo é aquela realizada pelo autor na denúncia. O réu pode negar o conteúdo da denúncia de modo genérico e manter-se, absolutamente, silente durante todo o processo. Nesse caso, obviamente, o autor tem o ônus de provar tudo o que alegou. Não tem sentido, então, que o réu que opte por apresentar a sua versão sobre os fatos veja recair sobre si o ônus de provar o afirmado, sob pena de ser condenado. Ao passo que, se ele optar por permanecer silente, não assumirá qualquer ônus probatório. Essa postura jurisprudencial de atribuir ao réu o ônus de derrubar as alegações da acusação acaba por ameaçar a eficácia do exercício da defesa pessoal, mina o contraditório e viola a presunção de inocência.

Exigir do réu que prove a exclusão da ilicitude é o mesmo que impor-lhe provar que sua conduta é permitida, fato que nitidamente viola o exercício da liberdade individual. A “*garantia e o exercício da liberdade individual não necessitam de qualquer legitimação, em face de sua evidência*”.<sup>32</sup> Assim, para obter a condenação do réu, incumbe ao autor da ação penal produzir toda a prova necessária da prática do delito, cabe à acusação provar a contrariedade da conduta à lei penal. O Estado não pode agir contra o indivíduo se a conduta está autorizada ou legitimada. Logo, baseado na presunção de inocência, cabe à acusação provar que a conduta não era autorizada ou legitimada.

E como alerta Aury Lopes Jr. não se trata de fazer prova negativa, o que é impossível, mas prova positiva. Ele traz como exemplo a hipótese em que o réu alega a excludente de ilicitude da legítima defesa onde o acusador tem que: 1) demonstrar que a agressão originada da vítima foi justa, logo que o réu não reagiu a uma agressão injusta; ou 2) que a agressão foi passada, logo não era iminente; 3) que o réu agiu com excesso no uso dos meios, logo não aplicou os moderadamente necessários para sua defesa. Assim, sempre cabe “ao acusador provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade, logicamente, a inexistência de causas de justificação.”<sup>33</sup>

Como dito, a distribuição do ônus probatório consiste em um critério legal para o juiz decidir quando estiver em dúvida quanto a ocorrência dos fatos nos termos em que alegados.

---

<sup>31</sup> TONINI, Paolo. *A Prova no Processo Penal Italiano...*, p. 66.

<sup>32</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal.....*, 162.

<sup>33</sup> LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal.....*, p. 551.

Ocorre que o processo penal conta com a presunção de inocência<sup>34</sup> que é também, em uma de suas dimensões, *regra de julgamento específica* para solução do caso diante da incerteza: *o in dubio pro reo*. Se o processo chegar ao seu momento culminante, o da sentença, e o juiz não tiver certeza sobre a responsabilidade penal do réu, ele deve absolvê-lo. Não há outra solução legítima.

David Harmer, ao avaliar a adequação da legislação nacional inglesa frente ao artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, coloca que a inversão do ônus de algumas provas, em determinadas circunstâncias, pode ser compatível com a presunção de inocência, em outras não, sendo muito difícil definir uma base consistente que dê conta das duas hipóteses.<sup>35</sup> Para o professor britânico, a presunção de inocência equilibra o direito do acusado de evitar uma condenação equivocada contra o interesse do Estado na afirmação da norma, levando em conta as facilidades de realização da prova pelas partes. Segundo ele, a inversão do ônus da prova em favor da acusação tende a resultar em mais condenações e, conseqüentemente, em mais condenações injustas. Por isso, para que a inversão do ônus da prova em desfavor do acusado possa ser compatível com o princípio da presunção de inocência estabelecida no Convênio Europeu de Direitos Humanos, é preciso que se faça, segundo ele, um reajuste fortemente justificado, impondo um esforço argumentativo muito maior na decisão.<sup>36</sup>

Nessa linha, Harmer admite a inversão do ônus da prova quando as conseqüências punitivas não são graves ou quando diz respeito a uma questão incidental e não à ofensa em si, porque o erro, nesses casos, não promoveria grande injustiça. Esse seria, segundo ele, um modo de equilibrar as forças no processo, com o que se concorda apenas em relação a alguns ilícitos administrativos e, ainda, com muitas ressalvas. No entanto, não se pode concordar com a inversão do ônus da prova em processos criminais. Não se acolhe o argumento de que a inversão do ônus de produzir algumas provas equilibraria as forças entre as partes no processo penal, porque neste o Estado, de fato, sempre detém muito mais poder, além de dispor de todo um aparato técnico e burocrático capaz de obter todas as provas de que precisa.

---

<sup>34</sup> Ressalta-se que a prevalência da presunção de inocência vale para o processo penal condenatório, onde vige o *in dubio pro reo*. Note que o mesmo não ocorre, por exemplo, na revisão criminal, porque a presunção de inocência já foi derrubada por sentença condenatória anterior transitada em julgado, conforme leciona Gustavo Badaró. Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 240. Em sentido contrário, ver Aury Lopes Jr., *Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional*.....

<sup>35</sup> HARMER, David. The presumption of innocence and reverse burdens: a balancing act. **Cambridge Law Journal**, Cambridge, v. 1, n. 66, p. 142-171, mar. 2007.

<sup>36</sup> HARMER, David. The presumption of innocence and reverse burdens.....

A Corte IDH aponta a *presunção de inocência* como *fundamento* de todas as demais garantias processuais<sup>37</sup> e o seu respeito como exigível de qualquer sociedade democrática. É com essa orientação que deve ser interpretado o art. 156 do CPP.

No *Caso Cantoral Benavides vs. Peru* (18.08.2000), a Corte IDH afirmou que o Estado tem o ônus de provar a culpabilidade do acusado e não ele de provar sua inocência. Tal ônus inclui o encargo de provar suficientemente a necessária vinculação subjetiva do autor com o fato criminoso. Como isso não ocorreu, a Corte declarou violada a garantia da *presunção de inocência* prevista no art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

No *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (02.07.2004), a Corte IDH responsabilizou internacionalmente o Estado por violar a garantia da *presunção de inocência*. *Herrera Ulloa* foi processado e condenado no âmbito doméstico por *crime contra a honra* praticado mediante publicação de matéria jornalística. A sentença condenatória nacional afirmou ser dele o ônus de provar a “*exceção da verdade*”, demonstrando a veracidade do conteúdo da matéria veiculada. A defesa do Estado da Costa Rica afirmou, perante a Corte IDH, que não foi violado o princípio da *presunção de inocência*, porque o juiz somente avaliou sobre a prova da excludente, depois de a acusação já ter provado a conduta típica, antijurídica e culpável. Nessa linha, o Estado defendeu que pode ser atribuído ao acusado o ônus de provar a excludente. A Corte IDH entendeu que a acusação deveria provar que o réu agiu com dolo; que ele quis denegrir a imagem da vítima; que ele tinha ciência da falsidade da informação divulgada ou mesmo que não foi diligente na verificação da credibilidade da fonte, mas jamais exigir do acusado a prova da veracidade dos fatos em si, porque isso implica em exigir dele que prove não ter falseado, ou seja, que prove não ter cometido o crime.

No *Caso López Mendoza vs. Venezuela* (01.09.2011), a Corte afirmou não se coadunar com a *presunção de inocência* qualquer exigência de que o acusado prove não ter cometido o delito, porque o ônus de provar o fato criminoso é sempre da acusação em razão da *presunção de inocência* em favor do réu. Nesse aspecto, a Corte assentou que compete ao autor fazer prova plena também da culpabilidade do acusado. Em caso negativo, deve se dar a absolvição.

No *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai* (31.08.2004), também discutiu-se sobre o ônus de provar excludente de ilicitude em crime contra a honra, a chamada *exceção da verdade*. O Estado paraguaio sustentou que, como “a verdade” não integra o tipo penal, não seria ônus da acusação prová-la, cabendo ao autor provar apenas os elementos constitutivos do delito. A Corte regional não aceitou os argumentos do Estado, condenando-lhe por violação da garantia

---

<sup>37</sup> Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*....

processual da presunção de inocência que exige que o magistrado nunca inicie o processo com qualquer ideia pré concebida sobre a culpabilidade do réu e que todo o ônus da prova recaia sobre a acusação. Exigir do acusado que comprove a excludente é o mesmo que exigir que prove não ter cometido o crime, por isso, viola a presunção de inocência.

A presunção de inocência está prevista em todos os importantes documentos internacionais sobre direitos humanos como: Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), Convênio Europeu de Direitos Humanos (1950), Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), Carta Africana de Direitos dos Homens e dos Povos (1981), e Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (2000).

Percebe-se que tratar o réu como inocente até que seja reconhecida sua culpa é uma exigência comum de todos os países democráticos. A presunção de inocência é muito mais do que uma regra ordinária, é uma garantia processual nivelada aos demais *direitos humanos* e como tal deve ser tratada. Como dito, não há como enfrentar a temática sobre o ônus da prova no processo penal sem adentrar no espaço normativo da presunção de inocência. Assim, a recente decisão do Supremo Tribunal Federal que reconhece o caráter *supralegal* da CADH<sup>38</sup> no ordenamento jurídico brasileiro exige que a regra do art. 156 do CPP seja interpretada em conformidade com o referido Pacto internacional. Este não admite que qualquer ônus probatório recaia sobre o acusado no processo penal conforme interpretação da CIDH. As decisões desta Corte devem ser observadas pela jurisdição brasileira, porque cabe a ela interpretar e aplicar as regras da CADH, de modo que sua inobservância pode levar à condenação internacional do Brasil por violação do direito humano.

## **Conclusão**

Após a análise realizada nesse artigo, é possível responder à problemática inicialmente lançada. Verificou-se, com base na compreensão da diferença estrutural entre o processo civil e o processo penal, que existe *ônus da prova* neste, mas não pode haver *distribuição* desse ônus entre as partes como se dá no processo civil, porque, no processo penal, o encargo probatório concentra-se todo na acusação. Cabe ao autor da ação penal (e somente a ele) provar todos os fatos alegados em toda sua extensão, nada podendo ser exigido do réu, porque

---

<sup>38</sup> STF, RE 349.703, HC 87.585, HC 92.566 e RE 466.343, rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe de 05.06.2009. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 29.12.2011.

em seu favor milita a *presunção de inocência*, garantia processual elevada à categoria de *direito humano* pela comunidade internacional.

### **Referências Bibliográficas**

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

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo.; GRINOVER, Ada Pellegrini.; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. III. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HARMER, David. The presumption of innocence and reverse burdens: a balancing act. *Cambridge Law Journal*, Cambridge, v. 1, n. 66, p. 142-171, mar. 2007.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional*. Vol. I. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LUZ, Denise. *Improbidade administrativa e o devido processo legal: valorando as garantias constitucionais penais para a composição de um espaço próprio no direito administrativo sancionador brasileiro*. 2012. 182 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. 3 Ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, p. 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme.; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

MITTERMAIER, C.J.A. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. Tradução Herbert Wüntzel Heinrich. 2º Tiragem. Campinas Bookseller, 1997 (Tradução da Terceira Edição – 1848).

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Anotado*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SILVA, Ovídio Baptista. *Curso de Processo Civil*. Vol. I. 3 ed. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996.

\_\_\_\_\_. *Direito Material e Processo*. In MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Orgs.). *Polêmica Sobre a Ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TONINI, Paolo. *A Prova no Processo Penal Italiano*. Tradução Alexandar Martins e Daniela Mróz. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V. 3. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.