

O ÔNUS DA PROVA E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO*

Felipe Soares Tavares Morais**

Resumo: O tema deste trabalho é o ônus da prova no processo penal brasileiro. Tenciona-se analisar a compatibilidade do princípio da presunção de inocência e a existência de ônus da prova do acusado no processo penal. A discussão é enriquecida pela análise do ônus da prova no modelo adversarial, feita a partir do exame de recente decisão da Suprema Corte Americana. Igualmente, utilizamos a concepção do ônus tático da prova para se demonstrar que a existência do ônus da prova decorre da lógica de solução racional do processo.

Palavras-chave: Processo penal. Prova. Ônus da prova. Presunção de inocência. Ônus tático da prova.

Abstract: The subject of this paper is the burden of proof in brazilian criminal procedure. It is intended to examine the compatibility between the presumption of innocence and the existence of burden of proof on the defendant in criminal proceedings. The discussion is enriched by the analysis of the burden of proof in adversary model, made from a recent US Supreme Court decision analysis. Also, we use the concept of tactical burden of proof to show that the existence of the burden of proof comes from the process logic solution.

Keywords: Criminal procedure. Proof. Burden of proof. Presumption of innocence. Tactical burden of proof.

* O presente texto corresponde, com algumas alterações, ao relatório apresentado no curso de mestrado em ciências jurídico-criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob orientação do Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes.

** Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (2004), mestrando do curso de mestrado científico em ciências jurídico-criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro desde 2008.

Sumário: Introdução. 1. O caso Dixon v. US (nº 05-7053). 1.1. Síntese dos fatos. 1.2. O objeto de decisão pela Suprema Corte americana. 1.3. Comentário à decisão da Suprema Corte americana. 2. O ônus da prova: conceito e espécies. 2.1. Conceito de ônus da prova. 2.2. Espécies de ônus da prova. 2.2.1. Ônus subjetivo da prova: quem deve provar o quê. 2.2.2. Ônus objetivo da prova: como julgar. 2.2.3. Ônus subjetivo, ônus objetivo, *burden of production* e *burden of persuasion*. 3. A presunção de inocência e o ônus da prova no processo penal brasileiro. 3.1. Breves considerações acerca da presunção de inocência. 3.2. A presunção de inocência e o aspecto objetivo do ônus da prova. 3.3. A presunção de inocência e o aspecto ônus subjetivo da prova. 3.3.1. O Ministério Público. 3.3.2. O acusado. Considerações finais.

Introdução

O ônus probatório possui indelével influência na definição de um processo judicial. No processo penal, em razão da vigência do princípio da presunção de inocência, há quem negue a existência de ônus da prova por parte do acusado, ficando o *onus probandi* todo a cargo da acusação.

Todavia, o Código de Processo Penal (CPP) brasileiro prevê que *a prova da alegação incumbirá a quem a fizer* (art. 156), indicando que também poderia existir ônus da prova para a defesa, nomeadamente no tocante às suas próprias alegações. Essa conclusão, apesar de sufragada pelas Cortes superiores brasileiras, é duramente criticada por parte da doutrina contemporânea, tendo em vista sua suposta incompatibilidade com a presunção de inocência.

Na investigação acerca da possível compatibilização entre a presunção de inocência e o ônus probatório no processo criminal, buscamos um recente caso decidido pela Suprema Corte norte-americana que parece harmonizar ambos os institutos (capítulo 1). A escolha do precedente se justifica porque o Direito processual penal brasileiro – apesar de ter origem e forma mais próximas do modelo europeu continental – vem recebendo enorme influência do sistema norte-americano. Inclusive, parece-nos que o Brasil vem caminhando paulatinamente para um modelo processual de partes e, portanto, nada mais natural do que tentarmos compreender como o sistema adversarial estadunidense cuida do ônus da prova.

No segundo capítulo, trataremos do conceito e das espécies de ônus da prova usualmente encontrados nos países de tradição *civil law*. Ao final, faremos uma tentativa de aproximação com as definições de ônus da prova no processo norte-americano. Por fim, no terceiro capítulo analisaremos os influxos da presunção de inocência no ônus da prova no processo penal brasileiro.

1 O caso Dixon v. US (nº 05-7053)¹

1.1 Síntese dos fatos

Nos dias 4 e 11 de janeiro de 2003, nas feiras de armamentos de Dallas e Mesquite, ambas no Estado do Texas, Keshia Dixon adquiriu várias armas de fogo. Tais aquisições configuraram crime de porte ilegal de arma de fogo porque à época Dixon estava respondendo a processo criminal por delito punido com mais de um ano de prisão.² Nas mesmas circunstâncias, Dixon concedeu falsas afirmações aos comerciantes, dizendo-lhes que não se encontrava respondendo a qualquer processo criminal e, ainda, forneceu-lhes um falso endereço residencial, condutas estas que também são previstas como crime pela legislação federal norte-americana.³

As acusações foram aceitas em março de 2003 pelo Grande Júri de Dallas.⁴ Já na qualidade de acusada, malgrado ter confessado de forma integral a prática dos fatos, Dixon alegou ter atuado sob coação (*duress*).⁵

Após a colheita da prova e terminadas as explanações finais, o Juiz esclareceu os jurados acerca dos elementos de ambos os crimes e instruiu-os a, num primeiro momento, avaliar se a Promotoria provava, acima de qualquer dúvida razoável, que Dixon praticara os crimes. Em caso de dúvida razoável, deveria o Júri desde logo absolver a acusada. Entretanto, caso considerassem a prova suficiente para condenar, os jurados deveriam avaliar se a defesa de Dixon provava a coação moral, sob a medida (*standard*) de prova da probabilidade preponderante (*preponderance of the evidence ou balance of probabilities*).⁶

Contudo, a tese defensiva não foi aceita pelos jurados, o que resultou na condenação de Dixon. Após ver seu recurso à Corte de Apelação naufragar em um acórdão unânime,⁷ a acusada levou o caso à Suprema Corte americana.

¹ 548 US – (2006). Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/548bv.pdf>>.

² Cf. 18 U.S.C.A. §922, (n). Disponível em: <<http://www.westlaw.com>>.

³ Cf. 18 U.S.C.A. §922, (a), (6). Disponível em: <<http://www.westlaw.com>>.

⁴ *Division of the Northern District of Texas*.

⁵ Em síntese, Dixon narrou que mantinha uma conturbada relação amorosa com Thomas Earl Wrighth (com intenso histórico de agressões domésticas), pessoa esta que determinou a aquisição das armas de fogo. Segundo o depoimento de Dixon, Thomas a agrediu e ameaçou-a de morte, inclusive, com o emprego de uma arma de fogo. Thomas também teria ameaçado matar os filhos de Dixon caso ela não obedecesse aos seus comandos e adquirisse os armamentos. Por fim, Dixon alegou que Thomas a acompanhou nas duas ocasiões em que comprou as armas de fogo e que seus filhos ficaram sob os olhares dos comparsas de seu namorado (cf. DOBSON, 2006: 415).

⁶ Segundo McBaine, a medida de prova da probabilidade preponderante não exige a prova da veracidade de um fato, sendo atingida sempre que se verificar que é mais provável um fato ser verdadeiro do que falso (MCBAINE, 1944: 247).

⁷ Na ocasião, a Corte de Apelação sentenciou: “*Since a justification defense is an affirmative defense, the burden of proof is on the defendant. To succeed, the defendant must prove each element of the defense by a preponderance of the evidence*” (cf. DOBSON, 2006: 415).

1.2 O objeto de decisão pela Suprema Corte americana

Como se percebe, a defesa de Dixon falhou no adimplemento do ônus probatório que lhe fora imposto perante o Júri e levou sua irresignação à *Supreme Court*, argumentando em resumo que:

- (i) a acusada se presumiria inocente;
- (ii) por conseguinte, caberia à acusação provar sua culpa;
- (iii) o ônus probatório da acusação incluiria a prova acima de qualquer dúvida razoável da não ocorrência da tese defensiva, não sendo compatível com a presunção de inocência que a acusada restasse onerada com a prova da coação moral, ainda que sob a medida de prova da probabilidade preponderante.

Nessa toada, a questão enfrentada pela Suprema Corte foi tão somente a de definir se a imposição do ônus probatório à defesa de Dixon violara norma constitucional, notadamente a cláusula do devido processo legal substancial, na qual se insere o princípio da presunção de inocência.⁸

A *Supreme Court* iniciou a análise do caso a partir da regra criada no precedente *In re Winship*,⁹ segundo a qual a acusação possui o ônus de provar acima de qualquer dúvida razoável todo fato necessário à configuração do crime. Entretanto, segundo a opinião da Corte, os crimes imputados não vindicavam a prova de que Dixon estava livre de qualquer pressão psicológica, demandando tão somente que a Promotoria demonstrasse que a acusada agira com consciência da ilegalidade de sua conduta.¹⁰ Dito de outra forma, mesmo se verdadeira, a situação de coação moral não infirmaria o estado mental exigido pela lei para se considerar consumados os crimes praticados, daí a Promotoria não possuir o ônus de afastar a tese defensiva acima de qualquer dúvida razoável.

Em argumento de reforço, o Juiz J. Kennedy¹¹ ainda teceu considerações práticas, salientando que a prova da coação dependeria do especial conhecimento dos acontecimentos que antecederam à prática do crime. E, tais acontecimen-

⁸ Inclusive, esse foi o único tema discutido na audiência de sustentação do caso, cuja transcrição está disponível em: <http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/05-7053.pdf>.

⁹ 397, US – 358, 364 (1970). Disponível em: <<https://mspbwatch.files.wordpress.com/2017/07/397-us-358.pdf>>.

¹⁰ O Juiz Stevens ainda comparou a defesa por coação com a de estado de necessidade, asseverando: *“Like the defense of necessity, the defense of duress does not negate a defendant’s state of mind when the applicable offense requires a defendant to have acted knowingly or willfully; instead, it allows to avoid liability because coercitive conditions or necessity negates a conclusion of guilt even though the necessary means rea was present”* e, posteriormente, arrematou: *“The evidence of duress she adduced at trial does not contradict or tend to disprove any element of the statutory offenses that she committed”*.

¹¹ *“The claim of duress in most instances depends upon conduct that take place before the criminal act; and, as the person who allegedly coerced the defendant is often unwilling to come forward and testify, the prosecution may be without any practical means of disproving the defendants allegations”*. (Juiz J. Kennedy, 548 US – 2006).

tos, via de regra, ocorrem em ambiente sem testemunhas, de modo que seria impossível (ou quase impossível) a acusação fazer a contraprova das alegações defensivas nesses casos (sobretudo se o réu exercer o direito de ficar em silêncio).

Em resumo, na visão da Suprema Corte, a defesa de coação moral não colocara em xeque quaisquer dos elementos do crime cujo ônus recaía sobre a acusação e, por tal razão, a tese defensiva foi analisada como as demais defesas afirmativas no âmbito da *common law*: “*the one relying on an affirmative defense must set it up and establish it*”.¹² Caberia à defesa a prova da excludente de responsabilidade penal, sem que isso violasse a presunção de inocência e o *fair trial*, até porque o ônus defensivo foi acompanhado de um *standard* de prova consideravelmente mais leve do que o atribuído à acusação (probabilidade preponderante).

1.3 Comentário à decisão da Suprema Corte americana

Consoante já afirmado nas notas introdutórias, o que mais nos interessa da decisão em comento é a compatibilização entre o princípio da presunção de inocência e a existência de ônus probatório defensivo no processo penal. Ao que parece, o direito norte-americano convive harmonicamente com ambos, apesar de ser notória a excepcionalidade de atribuir-se à defesa a incumbência de provar qualquer fato no curso do processo criminal.

Assim, esse tópico não se destina a sentenciar se a Suprema Corte decidiu corretamente o caso *Dixon v. US*, possuindo apenas a pretensão de compreender como o Direito norte-americano encara a divisão probatória e em que medida isso pode servir de base para uma discussão do ônus da prova no processo penal brasileiro.

Para se compreender a decisão da Suprema Corte, torna-se imperativo explicar, ainda que sucintamente, como a doutrina e os tribunais americanos trabalham o ônus da prova no processo penal.

A doutrina identifica diversos tipos de ônus processuais no *common law*, dentre os quais três deles são importantes para a compreensão de nosso tema:

- (i) o ônus de alegar (*burden of pleading*);
- (ii) o ônus de produzir uma prova (*burden of production ou evidential burden*);
- (iii) o ônus de persuasão (*burden of persuasion*).

Embora não seja propriamente um ônus probatório, o ônus de alegar ou ônus de alegação é deveras importante no processo penal americano, porque sua

¹² *Mckelvey v. United States*, 260 US 353, 357 (1922). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/260/353/case.html>>.

presença induz a atribuição do ônus de produção, senão vejamos. O Estado, por sua Promotoria (*prosecuting attorney*), após angariar provas suficientes através da investigação criminal, *afirma* que alguém praticou um crime. Em outras palavras, a Promotoria, ao formalizar uma acusação criminal, desincumbe-se do ônus de afirmação, que balizará o objeto do processo.¹³

Acompanhando o ônus de afirmação (e dele sendo uma decorrência lógica) estará, num primeiro momento, o ônus de produção (*burden of production*) e, posteriormente, o ônus de persuasão (*burden of persuasion*).

Em uma primeira fase processual, deve a Promotoria se desincumbir do ônus de produção, demonstrando ao Juiz ou ao Grande Júri, conforme o caso,¹⁴ a existência da denominada causa provável (*probable cause*).¹⁵ Só com a satisfação do ônus de produção o processo poderá ser remetido para efetivo julgamento, podendo o Juiz (ou o Grande Júri), rejeitar ainda nessa primeira fase a acusação. Igualmente, caso entenda que as provas da Promotoria são insuficientes, poderá o acusado apresentar um pedido para que seja proferido um veredito absolutório direto (*motion for a directed verdict of acquittal*).¹⁶

Portanto, para a acusação o ônus de produção consiste em se demonstrar ao Juízo que a investigação levada a efeito resultou em provas consistentes, ou seja, em uma causa provável,¹⁷ que legitime o impulso do processo criminal adiante.¹⁸

Uma vez satisfeito o ônus de produção e ingressando na fase de julgamento propriamente dita, entra em cena o ônus da persuasão (*burden of persuasion*), que consiste no encargo de uma parte provar e convencer os julgadores acerca dos fatos que lhe interessam, sob pena de (não o fazendo) sair derrotado no processo.¹⁹

¹³ ALLEN, 2014: 198.

¹⁴ A análise do desencargo do ônus de produção pode ter lugar em uma audiência preliminar (*preliminary hearing*), no Grande Júri (*Grand Jury review*) ou mesmo através de petições prévias ao julgamento (*pretrial motions*), a depender do tipo de infração criminal e da jurisdição competente. Conforme LaFave, no âmbito dos Estados, a revisão da acusação pelo Grande Júri é adotada somente para os crimes mais graves. Pelas leis federais, entretanto, a regra é que as acusações da Promotoria sejam submetidas ao filtro do Grande Júri, cf. LAFAVE; ISRAEL, 2014: § 15.1 (d).

¹⁵ A decisão de acusar é tomada pelo Promotor com base no que se chama de causa provável (*probable cause*). Segundo LaFave, para a Promotoria formalizar a acusação criminal é necessária uma causa provável de que um crime ocorreu e que a pessoa acusada é a autora do delito. LaFave esclarece que nem a lei nem a jurisprudência tratam bem da medida de prova necessária para que a Promotoria promova uma acusação. Apesar disso, o autor argumenta que a prática demonstra que a Promotoria apresenta casos em que haja grande probabilidade de condenação, já que sua decisão de acusar – caso o réu não se declare culpado – sofrerá um rigoroso filtro judicial. Cf. LAFAVE; ISRAEL, 2014: § 3.3 (a) e § 13.1 (b).

¹⁶ LAFAVE, 2014: §1.8 (i).

¹⁷ Segundo McNaughton, o ônus de produção da acusação é alcançado quando se demonstra que a prova possibilitaria um futuro julgador emitir uma condenação (MCNAUGHTON, 1955: 1383).

¹⁸ Por essa razão, o ônus de produção já foi chamado de *burden of going forward*, cf. MCCAHEY, 2008: 8.

¹⁹ BEX; WALTON, 2012: 118.

Segundo LaFave, no Direito Penal anglo-americano, considerando as graves consequências oriundas de uma condenação criminal, como *regra geral*, num primeiro momento a acusação terá que adimplir o ônus de produção de provas (*burden of production*) e, posteriormente, suportará o ônus de persuadir (*burden of persuasion*) os julgadores sobre todos os elementos previstos em lei para o crime.²⁰ Destarte, é o ônus da persuasão que leva ao acusador o encargo de, efetivamente, provar todos os elementos do crime e sua autoria, sob o *standard* de prova conhecido como *beyond a reasonable doubt* (prova além de qualquer dúvida razoável). Essa regra, segundo LaFave, é a exata medida da *presunção de inocência do acusado*, que somente poderá ser condenado se a Promotoria provar o crime *acima de qualquer dúvida razoável*.²¹

Consequentemente, poderíamos assentar que a defesa não possuiria o ônus de produzir qualquer prova, sendo lícito ao acusado manter-se em silêncio, facultadas a mera contradição das assertivas da acusação e a arguição da inidoneidade das provas apresentadas.

Há, contudo, uma exceção ao exposto até o momento, nomeadamente quando a defesa argui uma das chamadas defesas afirmativas (*affirmative defenses*).²² Com efeito, apesar de a Promotoria carregar o ônus de provar todos os elementos do crime, o sistema acusatório adversarial estadunidense impõe à defesa o ônus de alegar (ônus de afirmação) algumas teses defensivas,²³ como por exemplo, a legítima defesa. E, esse ônus de afirmação irá entregar ao acusado o ônus de produção da respectiva *defense*.

Assim, previamente à fase de julgamento, se o acusado alegar a existência de uma defesa afirmativa, terá o ônus de produzir provas relevantes sobre sua tese para que o Juiz autorize, ou não, o seu conhecimento pelo Júri na fase decisória.²⁴ Em outras palavras, o ônus de produção funcionará como uma espécie de *pré-condição*²⁵ para se alegar uma *defense* na fase de julgamento.

²⁰ LAFAVE, 2014: §1.8 (a).

²¹ LAFAVE, 2014: §1.8 (g). No mesmo sentido: BERGMAN; HOLLANDER; DUNCAN, 2014: §2:2.

²² LaFave cita como exemplos de defesas afirmativas a legítima defesa, o estado de necessidade, a coação moral, o erro de proibição, a intoxicação e a insanidade mental. O autor adverte, porém, que nem todas as defesas afirmativas terão o mesmo tratamento no campo probatório, pois a depender se a defesa invocada nega ou não um elemento do crime, haverá um tratamento diferente no que concerne ao ônus da prova (LAFAVE, 2014: § 1.8).

²³ “*The adversary is then typically required to file a responsive pleading, and in some jurisdictions must raise specific issues if that party wishes those issues to be litigated in addition to the issues raised by the plaintiff. For example, affirmative defenses often must be pleaded by the defendant*” (ALLEN, 2014: 198).

²⁴ LAFAVE; ISRAEL, 2014: §5.3 (d).

²⁵ PRAKKEN; SARTOR, 2009: 225.

A imposição do ônus de produção de uma defesa afirmativa ao acusado é admitida na doutrina e na jurisprudência americanas sob o argumento de que a regra não é o cometimento de delitos em legítima defesa, em estado de necessidade ou sob coação, mas o contrário. Além disso, a doutrina americana entende que, no mais das vezes, a alegação e posterior verificação de uma defesa afirmativa depende de informações que apenas o acusado teve acesso²⁶ (o que, como vimos, foi levado em consideração pelo Juiz J. Kennedy no caso Dixon). Frise-se, entretanto, que a satisfação do ônus de produção para a defesa ocorrerá com o atingimento de uma medida de prova bastante baixa, por vezes chamada centelha de prova (*scintilla of evidence*),²⁷ denominação que por si só já demonstra a quantidade de prova necessária para qualificar uma alegação fática ou jurídica como uma questão relevante a ser decidida pelo tribunal.

Entretanto, caberá à defesa o ônus de persuasão sobre a defesa afirmativa mesmo após a satisfação do ônus de produção? Ou, o ônus de persuadir o júri deverá ser sempre da Promotoria, em respeito à presunção de inocência?

Finalmente, chegamos ao ponto em que houve a divergência no caso Dixon. Como vimos, embora a defesa tenha requerido que a acusação tivesse de provar a inexistência de coação moral acima de qualquer dúvida razoável, restou decidido que o ônus de persuasão competiria a Dixon, embora não lhe fosse necessário convencer os jurados de que fora coagida acima de qualquer dúvida razoável, mas apenas que havia uma probabilidade maior da coação ter ocorrido do que o contrário (*preponderance of the evidence*).

A solução acima foi alvo de críticas por parte da doutrina, ao argumento de que a cláusula do devido processo legal e o *standard beyond a reasonable doubt* impediriam a atribuição do ônus de persuasão à defesa, não sendo suficiente para equilibrar o processo a mera a concessão de uma medida de prova mais amena ao acusado.²⁸ Outros, mais moderados, sustentaram que em casos

²⁶ “Experience shows that most people who commit crimes are sane and conscious they are not compelled to commit them; and they are not so intoxicated that they cannot entertain the states of mind which their crimes may require. Thus it makes good sense to say that if any of these unusual features are to be injected into the case, the defendant is the one to do it; it would not be sensible to make the prosecution in all cases prove the defendant’s sanity, sobriety and freedom from compulsion. Perhaps experience might show that homicides and battery are, as often as not, committed in self-defense; but even if this is so, it would still be wise (in the interests of simplifying issues and saving time which would be spent in presenting matters on which there is no dispute, and because the defendant normally has greater opportunity to know the facts) to place the burden of production on the defendant”. LAFAVE, 2014: §1.8 (c). No mesmo sentido: BERGMAN; HOLLANDER; DUNCAN, 2014: §2:9.

²⁷ BEX; WALTON, 2012:118.

²⁸ HARVARD LAW REVIEW, 2006: 322-332.

de coação moral, a defesa deveria carregar o ônus de persuasão apenas se o crime praticado pelo coacto fosse mais grave do que o mal prometido pelo coator. Do contrário, o ônus de provar a não existência da coação moral deveria ficar a cargo da parte acusadora.²⁹

Todavia, percebemos que a decisão da Suprema Corte estadunidense seguiu a doutrina tradicional,³⁰ segundo a qual primeiro se estabelece se a defesa afirmativa invocada contradiz qualquer elemento do crime. Caso positivo, a defesa apenas terá o ônus de produção, ou seja, deverá estabelecer minimamente sua tese, como pré-condição de realizar tal alegação perante o *fact-finder*. Porém, caso a defesa afirmativa não negue qualquer dos elementos do crime, competirá ao réu carregar o fardo da prova na fase de julgamento.

Do exposto, podemos perceber que em solo americano é uniforme o entendimento de que a incumbência de produzir prova mínima sobre alegações que consistam em defesas afirmativas (*burden of production*) não viola a presunção de inocência, pois a insatisfação desse ônus não acarretará de imediato uma condenação e o acusado estará sempre em melhores condições de levar ao Tribunal as necessárias informações para averiguação da *defense*. De igual forma, segundo os precedentes da Suprema Corte e a doutrina majoritária, a excepcional entrega do ônus de persuasão (*burden of persuasion*) à defesa também não afronta o estado de inocência, desde que cumulativamente: (i) seja trazida à baila uma defesa afirmativa que não infirme qualquer dos elementos para consumação do crime e (ii) seja concedida à defesa um *standard* probatório mais ameno do que o *beyond a reasonable doubt*, de forma a equilibrar as forças processuais.

Cumpre-nos, pois, verificar em que medida o Direito brasileiro, que vem sendo enormemente influenciado pelo modelo criminal norte-americano, trata questão similar.

Sobre a influência do Direito processual penal norte-americano no ordenamento jurídico brasileiro, podemos citar a doutrina de Geraldo Prado, para quem a Constituição Federal concebeu um sistema acusatório do tipo puro, muito embora a legislação ordinária ainda possua dispositivos de cunho inquisitivo, resultando, na prática, em um sistema misto.³¹

²⁹ “If the court found that the threat under which the defendant allegedly acted was a greater harm than the crime the defendant stands accused of committing, then the government has to disprove the defense by proof beyond a reasonable doubt. But the defendant must prove her defense by a preponderance of the evidence if the court finds the defendant’s act caused greater harm than that posed by the alleged threat” (ENGEL, 2008: 1346).

³⁰ Por todos, LAFAVE, 2014: §1.8 (a) e (c).

³¹ PRADO, 2006: 241; AMBOS; LIMA, 2009: 49-50.

Como consagrador do sistema acusatório puro delineado na Constituição Federal,³² podemos citar, sobretudo,³³ a clara e expressa divisão das tarefas de acusar e julgar³⁴ que, por conseguinte, implica na impossibilidade de o Juiz, ou terceiro, obrigar o Ministério Público a acusar³⁵ ou a ampliar o objeto do processo.³⁶

Clara indicação da influência do direito norte-americano é a crescente posição doutrinária pelo afastamento do Juiz da gestão da prova, tornando o processo penal brasileiro mais próximo do processo de partes. Como consequência dessa visão, há forte posição na doutrina (possivelmente majoritária) no sentido da impossibilidade de o Juiz determinar a produção de provas ou a decretação de medidas cautelares de ofício no curso da investigação, ou seja, antes de oficializada a acusação ministerial.³⁷

³² Polastri Lima cita como elementos que comprovariam a adoção pelo constituinte brasileiro de um sistema acusatório puro, os princípios da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), do juiz natural (CF, art. 5º, LIII), do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV), além do direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII), da publicidade dos atos processuais (CF, art. 5º, LX), da vedação aos tribunais de exceção (CF, art. 5º, XXXVII), da vedação de utilização de provas ilícitas (CF, art. 5º, LVI), da garantia de defesa gratuita aos necessitados (CF, art. 5º, LXXIV), da necessidade de fundamentação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX) e da privatividade da ação penal pública do MP (CF, art. 129, I), cf. AMBOS; LIMA, 2009: 50-79.

³³ Afinal, “de todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente é a separação de juiz e acusação” (FERRAJOLI, 2014: 522).

³⁴ Quanto aos crimes cuja ação penal é pública, a Constituição Federal brasileira prevê em seu art. 129 que: “São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

³⁵ Nos crimes de ação penal pública, o sistema processual penal brasileiro concede ao MP a qualidade de *dominus litis*, entregando à instituição a formação da *opinio delicti*. Nesse sentido, caso o órgão ministerial decida pela não deflagração da ação penal, promoverá o arquivamento da investigação. Saliento que apesar de o arquivamento do procedimento investigatório pelo *Parquet* estar sujeito à homologação judicial, isso não investe o Juiz de poderes para compelir o Membro do *Parquet* a acusar. Na verdade, caso o Juiz discorde da manifestação de arquivamento, terá de devolver os autos ao MP, que por intermédio de seu Procurador-Geral decidirá, em caráter definitivo, pelo arquivamento ou não da investigação (art. 28 do CPP). Portanto, de uma forma ou de outra, a palavra final sobre a apresentação de acusação formal contra o réu é inteiramente concedida ao *Parquet*. A situação é mais clara no que tange aos procedimentos investigatórios das autoridades com foro por prerrogativa de função. Nesses casos, a investigação competirá ao Procurador-Geral, que decidirá soberanamente pelo arquivamento, sem que seja feita remessa ao Poder Judiciário para homologação.

³⁶ Como ensina Nucci, em razão do art. 129, I da CF, deve o Juiz “julgar o pedido nos estritos limites em que foi feito, não podendo ampliar a acusação” (NUCCI, 2014: cap. IV, item 3.3.1). Essa norma acaba também por consagrar o princípio da correlação entre a peça acusatória (Denúncia) e a sentença, de forma a impedir o julgador de julgar fatos diversos do narrado pela acusação (sobre a correlação entre a acusação e a sentença, vide: BADARÓ, 2013).

³⁷ “Com efeito, não há razão, dentro do sistema acusatório ou sob a égide do princípio acusatório, que justifique a imersão do juiz nos autos das investigações penais, para avaliar a qualidade do material pesquisado, indicar diligências, dar-se por satisfeito com aquelas já realizadas ou, ainda, interferir na atuação do Ministério Público” (PRADO, 2006: 175). No mesmo sentido: AMBOS; LIMA, 2009: 70; OLIVEIRA, 2013: 334-336; LOPES JR, 2012: 294-295.

De outro lado, mesmo com a previsão legal dos poderes investigatórios do Juiz na fase judicial, também assistimos a um movimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que o julgador não deveria se imiscuir na atividade probatória do processo.³⁸ Apesar da posição ora indicada ainda ser minoritária na doutrina e nos tribunais, vemos uma gradativa influência junto à jurisprudência. Efetivamente, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o sistema acusatório brasileiro não conceberia uma iniciativa probatória judicial em substituição à das partes.³⁹ Ao revés, as partes (acusação e defesa) seriam os protagonistas da produção de provas no processo criminal. Assim, os poderes instrutórios do Juiz possuiriam um caráter subsidiário e complementar, sendo lícito ao julgador apenas determinar a realização de provas para “*dirimir dúvida sobre ponto relevante*” (art. 156, II do CPP). E, por lógica, o esclarecimento de uma *dúvida* pressuporia a análise de uma pretérita atividade probatória já desenvolvida pelas partes e não a ausência completa de provas. Por conseguinte, não poderia o julgador, na omissão ministerial em requerer provas que poderiam e deveriam ter sido pleiteadas desde o início do processo penal, descambar para uma substituição da acusação, determinando diligências em busca da *verdade real*.

Com essas linhas, entendemos que o sistema processual penal brasileiro, apesar de ainda guardar mais proximidade com o modelo europeu continental, vem recebendo grande influência norte-americana e caminha paulatinamente para um processo típico de partes. Sendo assim, podemos questionar em que medida é possível tomar proveito das regras de distribuição do ônus da prova no processo penal estadunidense, especialmente para interpretar a norma inserta no artigo 156 do CPP, que em sua primeira parte prevê que *a prova da alegação incumbirá a quem a fizer*.

2 O ônus da prova: conceito e espécies

2.1 Conceito de ônus da prova

O ônus da prova pode ser classificado como um instituto complexo, pois envolve os conceitos de dois objetos autônomos do Direito: ônus e prova.

Segundo Taruffo, *prova* é o instrumento que dispõem as partes e o Juiz para determinar no processo se as alegações relativas aos fatos principais são verdadeiras. Parte-se, pois, da premissa de que no processo é possível, por meio

³⁸ PRADO, 2006: 136-142. Para o autor, somente deveria se permitir ao juiz a determinação de produção de provas em favor do réu, com vistas a concretizar a presunção de inocência e o equilíbrio processual.

³⁹ HC nº 143.889 – SP (2009/0150059-3), Rel. Min. Nilson Naves. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>.

de critérios racionais, obter uma aproximação adequada à realidade empírica desses fatos.⁴⁰ Entretanto, não é esse o sentido do vocábulo *prova* que nos interessa e sim sua acepção como o ato de provar, de demonstrar, ou seja, prova como uma *atividade probatória*.⁴¹

Segundo Tonini, *provar* significa convencer o juiz de que o fato histórico aconteceu de um determinado modo. A atividade de convencimento, por sua vez, dar-se-á pela demonstração (através dos meios lícitos de prova) de outros acontecimentos que atestem a ocorrência do fato histórico tal como alegado pelo interessado.⁴² É esse aspecto da prova, como uma atividade de coleta de dados e de demonstração de fatos que é importante para a densificação do conceito de ônus da prova.

No que toca à definição do que seria um *ônus* poderíamos discorrer várias páginas sobre a origem do termo *ônus* ou mesmo traçar todas as linhas diferenciadoras entre ônus, dever e obrigação.⁴³ Entretanto, é possível resumir a questão da forma a seguir. O ônus se distingue dos deveres, porque os últimos são impostos pelo interesse da comunidade (normalmente impostos por atos normativos) e o seu descumprimento consubstancia um ato ilícito, o qual é acompanhado de correlata sanção. Diferentemente, o ônus é um imperativo do interesse do próprio onerado e seu descumprimento, embora signifique um grande risco ao interesse de seu detentor, não gera a aplicação de qualquer sanção. De igual forma, o ônus se difere da obrigação porque nesta existe uma relação jurídica base com interesses contrapostos, havendo um poder recíproco entre os co-obrigados de exigir o adimplemento das prestações em Juízo, o que não ocorre no caso do ônus, cujo cumprimento não pode ser exigido judicialmente.

Como ensina Taruffo, no âmbito processual estaríamos diante de um ônus quando, *v. g.*, a lei diz às partes que para obtenção do resultado *X*, deve-se praticar o ato *Y*, na modalidade *W*. Obviamente, se o ato *Y* não for praticado ou não se cumprir a forma *W*, *X* não será alcançado.⁴⁴ Mas, em todo caso, a inércia do onerado, embora potencialmente prejudique, não consubstanciará ato ilícito.

Essas particularidades do ônus o aproximam das faculdades, podendo ser visto como uma liberdade, um poder ou um direito de praticar uma determina-

⁴⁰ TARUFFO, 2011: 89-92.

⁴¹ Badaró identifica três acepções para o termo prova, sendo elas: (a) prova enquanto atividade probatória, isto é “com a produção dos meios e atos praticados no processo visando a convencer o juiz sobre a veracidade ou a falsidade de uma alegação sobre um fato”; (b) prova enquanto meios de prova; (c) prova enquanto resultado da atividade probatória, “identificando-se com o convencimento que os meios de prova levaram ao juiz sobre a existência ou não de um determinado fato” (BADARÓ, 2003: 156-159). No mesmo sentido: SOUSA MENDES, 2014: 173.

⁴² TONINI, 2002: 48-49.

⁴³ Para uma análise bastante completa sobre a evolução sobre o estudo do instituto do ônus à luz da Teoria Geral do Direito, vide RAMOS, 2015: 53 e ss.

⁴⁴ TARUFFO, 2013: 423.

da conduta prevista pela lei para a proteção de um interesse próprio. Ou, como prefere parte da doutrina, o ônus seria uma *posição jurídica*, na qual a lei prevê a adoção de um determinado comportamento para que o sujeito ocupe uma *posição jurídica* mais favorável e obtenha o resultado pretendido.⁴⁵

Por óbvio, na busca do pronunciamento jurídico almejado, desincumbir-se do ônus probatório significará a obtenção de uma posição mais favorável e, por conseguinte, a minoração das chances de um revés. *A contrario sensu*, o descumprimento do ônus probatório significará a perda da oportunidade em se beneficiar de uma posição jurídica superior e poderá impor ao onerado uma derrota. É como se a lei sufragasse: “se queres vencer a causa, deves provar o fato sobre o qual se fundamenta a tua demanda ou exceção”.⁴⁶

Contudo, advertimos que o ordenamento jurídico-penal brasileiro contempla mitigações ao *onus probandi*, como os poderes instrutórios do Juiz e o princípio da presunção de inocência. Igualmente, o descumprimento do ônus da prova pode ser amenizado pelo princípio da comunhão da prova (ou da aquisição processual), no sentido de que o sujeito poderá se valer de prova requerida e produzida por seu adversário com o fito de ver prevalecer sua tese.

Nessa toada, unindo os conceitos de ônus e de prova (enquanto atividade probatória), podemos definir, em sentido amplo, o ônus da prova como *a faculdade que as partes da relação jurídica processual possuem de trazer aos autos elementos de convicção que embasem suas alegações, com a finalidade última de influir na decisão do julgador, evitando o risco de ver sua pretensão naufragar caso não se dê por provados os fatos que embasem sua pretensão*.

2.2 Espécies de ônus da prova

A doutrina processual brasileira costuma advogar pela existência de duas espécies de ônus da prova: o ônus subjetivo e o ônus objetivo. O primeiro direcionar-se-ia às partes processuais, indicando um comportamento a ser adotado. De outra banda, o ônus objetivo dirigir-se-ia ao julgador, orientando-o em como sentenciar o processo.⁴⁷

Igualmente, encontramos na doutrina portuguesa autores que apontam para uma verdadeira diferença dogmática entre ambas as espécies de ônus da prova.⁴⁸ Outros, porém, ressalvam que o ônus objetivo da prova não pode ser visto sem sua perspectiva subjetiva.⁴⁹

⁴⁵ BADARÓ, 2003: 173.

⁴⁶ TARUFFO, 2013: 425.

⁴⁷ Por todos BADARÓ, 2003: 178-185.

⁴⁸ MÚRIAS, 2000: 19 e 21.

⁴⁹ TELES, 2014: 518.

Conforme se verá, estamos inclinados a compreender o ônus da prova como um fenômeno único, no qual se compreende uma perspectiva subjetiva e outra objetiva. Aliás, o próprio conceito de ônus da prova por nós proposto no item anterior, demonstra que pensamos o ônus da prova como uma regra de comportamento das partes (a evitar um risco) e como uma regra de julgamento. Apesar disso, não consideramos sacrílego o uso das expressões ônus objetivo e ônus subjetivo da prova, pois há décadas vem sendo empregadas pela doutrina processual penal, razão pela qual faremos delas uso corrente.

2.2.1 Ônus subjetivo da prova: quem deve provar o quê

Atribui-se a pensadores austríacos do séc. XIX a identificação do ônus subjetivo ou formal da prova.⁵⁰ Seria o ônus subjetivo o ônus de cada sujeito processual levar ao processo as provas que lhe interessassem com vistas a possibilitar ao julgador a prolação de uma decisão em seu favor.⁵¹ Como regra, ao sujeito processual que desencadeou o processo, competiria realizar a prova dos fatos que embasem o pedido (fatos constitutivos). É a regra esculpida no brocardo *actori incumbit onus probandi*.⁵² Ao sujeito chamado a responder ao processo caberia optar entre aguardar o demandante falhar na tentativa de estabelecer o chamado fato constitutivo de seu direito ou, mover-se, apresentando provas que infirmem as alegações autorais.⁵³ Em ambos os casos, estaríamos diante de uma atividade probatória levada a efeito pelas partes processuais, que seriam movidas pelos interesses que pretendem ver tutelados na decisão de mérito.⁵⁴

Da forma descrita nas linhas acima, o ônus subjetivo da prova sempre teve sua aplicação restrita aos processos de natureza cível, nos quais vigeria o princípio do dispositivo.⁵⁵ Hodiernamente, entretanto, há quem sustente que em qualquer processo em que um Juiz possua poderes oficiais de produção de provas, bem como quando o julgador possa fundar sua convicção com base em qualquer elemento probatório trazido aos autos (não importando *quem* o trouxe), a concepção clássica do ônus subjetivo da prova não mais teria qualquer importância teórica.⁵⁶

⁵⁰ ROSENBERG, 2002: 34.

⁵¹ ROSENBERG, 2002: 38.

⁵² MALATESTA, 2009: 129.

⁵³ Seria a prova dos chamados fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, ou mesmo a produção de qualquer prova que infirme as alegações que sustentam o pedido inicial.

⁵⁴ ROSENBERG, 2002: 34 e ss.

⁵⁵ ROSENBERG, 2002: 41.

⁵⁶ MÚRIAS, 2000: 19 e ss.; RAMOS, 2015: 48.

Realmente, se considerarmos que tanto no processo civil quanto no penal vigora a comunhão da prova, poder-se-ia concluir não mais interessa a noção estanque de que cada parte processual ostenta o ônus de provar *por si (e só por si)* suas alegações. Todavia, não podemos ignorar que o ônus da prova possui uma *perspectiva* ou um *aspecto subjetivo*, que incentiva, impulsiona os sujeitos processuais na busca dos meios de prova, enriquecendo o mosaico probatório de forma a respaldar sua pretensão. E é exatamente nesse último sentido que a doutrina processual penal brasileira costuma receber e admitir o ônus subjetivo da prova no processo penal.⁵⁷

2.2.2 Ônus objetivo da prova: como julgar

Em seu aspecto objetivo, o ônus da prova é costumeiramente definido pela doutrina como uma regra processual que instrui o Juiz em como sentenciar uma causa se, ao final da instrução probatória, não houver prova das alegações formuladas por uma ou por ambas as partes.⁵⁸

Com efeito, mesmo com a atividade probatória das partes e sua complementação pelo Juiz é possível que ao fim do processo alguns (ou vários) fatos não resem esclarecidos. Contudo, como o *non liquet* em questões de fato não conduz a um *non liquet* em questões de Direito,⁵⁹ o ordenamento jurídico prevê a atribuição das consequências negativas da ausência de provas a uma das partes.⁶⁰ Em outras palavras, a pobreza do resultado da atividade probatória obriga o Juiz a lançar mão das regras de distribuição do ônus da prova, identificando a quem caberia a prova do fato cuja dúvida se recai e, por conseguinte, prolatando sentença contrária a sua pretensão.

Vemos, portanto, que o ônus objetivo não incide sobre um comportamento da parte processual, mas sim sobre uma das versões constantes no processo, o que faz uma parcela da doutrina afirmar que existe uma *versão onerada*, que sucumbirá frente à *versão privilegiada*.⁶¹ No entanto, embora incida objetivamente sobre as versões fáticas deduzidas em Juízo, parece-nos claro que o ônus objetivo repercutirá em um dos sujeitos processuais. Justamente por isso, entendemos que o mais correto seria falar em uma *perspectiva objetiva* do ônus da prova, a qual deve ser acrescida de sua *perspectiva subjetiva*, já analisada alhures.

⁵⁷ Por todos, BADARÓ, 2003: 182.

⁵⁸ Nesse sentido: ROSENBERG, 2002: 40 e ss; BADARÓ, 2003: 178-179; LIMA, 2009: 41.

⁵⁹ GODINHO, 2007: 384-407.

⁶⁰ NIEVA FENOLL, 2010, 49.

⁶¹ MÚRIAS, 2000: 26.

Para nós, o aspecto objetivo do *onus orobandi* possui uma clara ligação com os denominados *standards* de prova, pois não há como se conceber uma regra de julgamento dissociada de uma determinada medida de prova a indicar quando devemos considerar uma das versões como provada ou duvidosa.

Ambas as acepções do ônus da prova acima expostas são compatíveis com o processo penal, muito embora devam ser harmonizadas com um princípio próprio do processo criminal, qual seja o da presunção de inocência, o que será analisado no terceiro capítulo.

2.2.3 Ônus subjetivo, ônus objetivo, *burden of production* e *burden of persuasion*

Tendo em vista a exposição da classificação do ônus da prova no direito norte-americano no capítulo 1 (1.3), entendemos pertinente traçar um paralelo entre os conceitos de ônus da prova vigentes em ambos os sistemas. Essa comparação, entretanto, não é novidade na doutrina, senão vejamos.

Ulrike Hahn, por exemplo, valendo-se de conceitos da doutrina alemã, já afirmou que o ônus subjetivo (*subjektive Beweislast*), assim como o ônus de produção (*burden of production*) seria a atividade da parte em angariar provas para levar adiante as questões que vier a suscitar. A seu turno, o ônus objetivo (*objektive Beweislast*) guardaria relação com o ônus de persuasão (*burden of persuasion*), pois, na visão do citado autor, ambos consubstanciariam o risco de arcar com as consequências da incerteza oriunda das provas produzidas.⁶²

Em contrapartida, Taruffo⁶³ refuta a concepção expressada no parágrafo anterior, afirmando categoricamente que nos sistemas de *civil law* não há ônus de produção, mas apenas ônus de persuasão, devendo o Juiz em caso de dúvida decidir a causa contra a parte onerada.

Por sua vez, Badaró afirma que o ônus de produção seria o ônus da prova na fase inicial do processo, enquanto o ônus de persuasão seria a atividade probatória na fase decisória propriamente dita. Assim, asseverando a inexistência de fases similares nos procedimentos do *civil law*, Badaró apenas admite a comparação se feita de acordo com o direcionamento de cada espécie de ônus: o ônus de produção tal qual o ônus subjetivo se dirigiria às partes; a seu turno, o ônus da persuasão e o ônus objetivo dirigir-se-iam ao julgador.⁶⁴

⁶² HAHN; OAKSFORD, 2007: 42-43. Em posição semelhante, embora aparentemente sem a mesma convicção: PRAKKEN; SARTOR, 2009: 225.

⁶³ TARUFFO, 2003: 672-673.

⁶⁴ BADARÓ, 2003: 130, nota 255.

Dissentimos parcialmente das comparações até aqui expostas. Em verdade, independentemente de uma comparação de ritos e procedimentos (não interessa se os procedimentos dos países de tradição *civil law* são ou não bifásicos, tal qual o norte-americano), tanto o *burden of production* quanto o *burden of persuasion* consubstanciam uma atividade probatória do sujeito processual, que visa a certa altura convencer o Estado-Juiz num determinado sentido. Essa atividade probatória, entretanto, estará sempre ligada a uma regra de julgamento, seja para se permitir o envio do caso ou de uma *defense* ao Júri ou para se evitar o *non liquet*. Assim, a bem da verdade tanto o *burden of production* quanto o *burden of persuasion* possuem aspectos subjetivos e objetivos do ônus da prova, não sendo possível identificá-los apenas com um deles.

3 A presunção de inocência e o ônus da prova no processo penal brasileiro

3.1 Breves considerações acerca da presunção de inocência

Com origem no século XVIII, a presunção de inocência foi inicialmente concebida como a imposição do encargo de provar a existência do fato criminoso e sua autoria àquele que promove uma acusação criminal, presumindo-se o acusado inocente até prova cabal em contrário.⁶⁵

Hoje não mais se discute na Europa continental a vigência do princípio da presunção de inocência,⁶⁶ que se encontra expressamente prevista no art. 6.2 da CEDH.⁶⁷ Nos Estados Unidos, como visto anteriormente, o princípio da presunção de inocência faz parte da chamada cláusula do devido processo legal (*due process clause*), com matriz constitucional.

⁶⁵ A origem histórica do princípio da presunção de inocência remonta ao século XVIII, especialmente ao ano de 1789 quando proclamada na França Revolucionária a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “Todo o homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei” (art. 9º).

⁶⁶ Ao contrário, a discussão europeia, inclusive em países de tradição *common law*, é sobre a aplicação da presunção de inocência não apenas em seu aspecto processual, mas também no campo do direito substantivo, influenciando a criação ou revogação de tipos penais incriminadores. Sobre o tema: PICINALI, 2014: 243-257.

⁶⁷ “Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”.

O Brasil, por sua vez, além de ser signatário de tratados internacionais que contemplam a presunção de inocência,⁶⁸ agasalhou-a em sua Constituição sob o título dos Direitos e Garantias fundamentais.⁶⁹ Como consequência do novel *status* constitucional da presunção de inocência houve uma verdadeira evolução em seu sentido, deixando de ser uma mera regra probatória e transformando-se em uma garantia constitucional substantiva, deferindo aos cidadãos a possibilidade de exigir do Estado a proteção de seus direitos (incluído o de liberdade) e os meios necessários a esta proteção (v.g., a garantia de efetiva ampla defesa e de contraditório).⁷⁰

No plano infraconstitucional, a presunção de inocência deve nortear o legislador a construir um círculo de proteção aos acusados, munindo a defesa com mecanismos suficientes ao embate com o órgão acusador, que se encontra em superioridade de aparelhamento.⁷¹ Noutro giro, a presunção constitucional de inocência somente autoriza a prisão cautelar em hipóteses excepcionais previstas em lei, mantendo-se a regra da liberdade do acusado antes da decisão definitiva.⁷² Nesse passo, a presunção de inocência revela uma regra de tratamento pró-cidadão, impedindo que os indivíduos sejam tratados como culpados antes do termo final da causa.

Retornando ao campo probatório, a presunção de inocência atua sobre o julgador particularmente quanto à avaliação dos fatos praticados.⁷³ Em tal avaliação, o juiz deve atuar com extrema imparcialidade, além de deter-se somente sobre os elementos de prova carreados aos autos pelos sujeitos processuais (ou pelo próprio juiz em atividade complementar) e, sobretudo, atentar para o *favor rei* na valoração das provas, sempre concedendo o benefício da dúvida ao acusado.

Diante dessas considerações, parece claro que o estado de inocência do acusado iluminará o ônus probatório no processo penal, em seus aspectos objetivo e subjetivo.

⁶⁸ Citem-se o Pacto de São José da Costa Rica (art. 8.2. “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos adotado pela Assembleia-Geral das Nações Unidas (art. 14.2. “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”).

⁶⁹ CF, art. 5º, LVII: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

⁷⁰ MENDES; GONET, 2014: 734 e ss.

⁷¹ PRADO, 2014: 77 e ss. Em Portugal, Alexandra Vilela ensina que “O procedimento relativamente à prova deve ser em ordem a colocar o acusado em condições de se defender adequadamente para que o princípio da inocência não seja em vão, na falta de um efetivo contraditório da prova da acusação” (VILELA, 2005: 59).

⁷² VILELA, 2005: 96 e ss.

⁷³ VILELA, 2005: 59.

3.2 A presunção de inocência e o aspecto objetivo do ônus da prova

Inegavelmente, a presunção de inocência incide na face objetiva do ônus probatório, influenciando pesadamente na regra de julgamento do caso penal. Em verdade, da presunção de inocência é que se extrai o famoso brocardo *in dubio pro reo*. Ou seja, em caso de existir dúvida sobre quem praticou o crime ou sobre a própria conduta criminosa, deverá o julgador manter intacta a presunção de inocência e absolver o acusado.

A doutrina portuguesa também relaciona diretamente ambos os princípios, como se extrai dos ensinamentos de Rui Patrício que, pela precisão das palavras, pedimos licença para transcrever: “O princípio do *in dubio pro reo* é um dos corolários do princípio da presunção de inocência do arguido. Corolário que já não elucida acerca de quem deve provar o quê no processo penal (como a questão anteriormente tratada – do ônus da prova), mas acerca do modo como o julgador deve valorar a prova feita e decidir com base nela”.⁷⁴

Para nós, entretanto, a indicação de que o ônus objetivo no processo penal se resume ao julgamento favorável ao acusado quando a prova produzida for *dúbia* nos parece demasiado simplista, pois não se esclarece quando haverá uma dúvida. Com efeito, se a aplicação da regra de julgamento do processo penal (*pro reo*) pressupõe a dúvida (*in dubio*), torna-se indispensável, para efeitos de densificação da influência da presunção de inocência junto ao ônus objetivo, definir qual a quantidade de prova necessária para superação do estado de incerteza.

Assim sendo, vemos que umbilicalmente ligada ao *in dubio pro reo* está o *standard* de prova que se exige para a condenação criminal, pois é exatamente tal media que determinará ao julgador quando a acusação está ou não provada. E, nesse particular, também há influência da presunção de inocência, pois ela reivindica que o decreto penal condenatório seja lastreado em uma medida de prova denominada *máxima certeza* ou *beyond a reasonable doubt*, conforme a tradição *civil law* e *common law*, respectivamente.

Pontuamos que ultrapassa os limites do presente trabalho traçar diferenças (se é que existem) entre a medida da máxima certeza e a prova para além da dúvida razoável. Igualmente, mesmo discordando, devemos salientar que nos países de tradição *civil law* é bastante comum a opinião de que a livre apreciação das provas não exige a adoção de qualquer *standard* probatório, mas sim uma construção racional em cima das provas e argumentos oferecidos no processo.⁷⁵ Entretanto, a nosso sentir, a adoção do sistema da prova livre em nada

⁷⁴ PATRÍCIO, 2004: 30. No mesmo sentido: VILELA, 2005: 121-122.

⁷⁵ TARUFFO, 2003: 666-673.

é incompatível com a exigência de *standards* probatórios, podendo, por exemplo, o julgador elencar todas as razões que o levaram a se convencer que a prova atingiu a medida exigida em lei para aquele respectivo processo.

No Brasil, mesmo com a opção expressa pelo do livre convencimento motivado,⁷⁶ já há julgados que fazem menção à medida de prova necessária à condenação criminal. Inclusive, no ano de 2015 o Supremo Tribunal Federal indicou que vigoraria no processo penal brasileiro a medida de prova acima de qualquer dúvida razoável.⁷⁷ Aliás, essa conclusão também se retira da inteligência do art. 386 do CPP, que apesar de possuir (várias) cláusulas imprecisas sobre a sentença absolutória – como, por exemplo, a previsão de absolvição por “não existir prova suficiente para a condenação”⁷⁸ – dispõe que o réu será absolvido se “existir fundada dúvida” sobre causas excludentes da ilicitude ou da culpabilidade.⁷⁹ Desse último dispositivo – por sua própria literalidade – pode-se inferir que o legislador brasileiro tencionou erigir a medida de prova *além da dúvida razoável* para o processo penal, o que, como defendemos, é um consectário lógico da regra de julgamento (ônus objetivo da prova) contida no *in dubio pro reo*.

Desta feita, conclui-se que a vigência da norma da presunção de inocência na seara processual penal tem inegável ligação com o aspecto objetivo do ônus da prova, determinando um julgamento *pro reo* sempre que não houver prova acima da dúvida razoável (*in dubio*).

3.3 A presunção de inocência e o aspecto ônus subjetivo da prova

3.3.1 O Ministério Público

No Brasil, onde se adotou constitucionalmente o sistema acusatório,⁸⁰ a pretensão punitiva estatal é exercida pela instituição do MP, o qual, como órgão do Estado, deve respeito à presunção de inocência e não possui – en-

⁷⁶ CPP, 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”.

⁷⁷ A decisão ora em comento foi prolatada nos autos da ação penal originária nº 521/MT, de relatoria da Ministra Rosa Weber, que assim consignou: “A presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a melhor formulação é o “standard” anglo-saxônico – a responsabilidade criminal há de ser provada acima de qualquer dúvida razoável” (AP 521/MT, Rel. Min. Rosa Weber. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>).

⁷⁸ CPP, art. 386, inciso VII.

⁷⁹ CPP, art. 386, inciso VI.

⁸⁰ Vide capítulo 1, item 1.3.

quanto representante da sociedade – interesse na condenação de pessoas sem prova suficiente que a autorize. Por tal razão, o estatuto do MP brasileiro permite a oposição de pedido absolutório ao final da instrução criminal, desde que não se supere o estado de dúvida.

A possibilidade de formulação de pedido absolutório faz numerosos juristas classificarem o MP como parte processual imparcial ou parte *sui generis*. Apesar disso, é possível questionar o alcance de tal *imparcialidade*. Com efeito, ao deduzir a acusação em Juízo, o MP ao menos se convenceu de que a acusação lançada tem elevada chance de ser verdadeira e, por conseguinte, se esforçará para demonstrá-la judicialmente.⁸¹ Ou seja, a opção de acusar deflagra, inesoravelmente, uma atividade probatória ministerial direcionada a reconstrução judicial do fato-crime descrito na peça acusatória. Nesse diapasão, a possibilidade de pedir a absolvição do acusado somente emerge após toda a atividade probatória ministerial inicialmente desenvolvida para confirmação dos fatos criminosos.⁸² Assim, vemos que tal situação ocorrerá de forma excepcional e ao fim do processo, mostrando-se falsa a afirmação de que sempre e durante toda a marcha processual, o MP seja, ontologicamente, uma parte imparcial.⁸³

Admitido o MP como parte ativa da relação jurídica processual, a ele caberá a *alegação* do fato criminoso e sua atribuição ao acusado. Por via de consequência, especialmente em razão do disposto do art. 156 do CPP (“*a prova da alegação incumbirá a quem a fizer*”), podemos dizer que ao Parquet competirá provar suas afirmações – quais sejam o crime, suas circunstâncias e a autoria – desenvolvendo uma atividade probatória com a finalidade última de influir na decisão do julgador e obter uma sentença condenatória. Esse é o aspecto subjetivo do ônus da prova que atinge o MP no processo penal.

No que tange a prova do crime e suas circunstâncias, entendemos que esse ônus probatório engloba todos os elementos do fato típico, dentre eles uma conduta humana dolosa ou culposa subsumível a um tipo penal, o nexo de causalidade e o resultado jurídico ou material.

Igualmente, tendo em vista que o *ius puniendi* pressupõe a prática de um crime – e, uma vez admitido o conceito analítico (tripartido) do ilícito penal – entendemos que o MP deverá, *caso necessário*, demonstrar a ilicitude do fato e a culpabilidade do réu. Grifamos a expressão *caso necessário*, porque, v.g., nem sempre será demandada prova acerca da culpabilidade, pois sua ausência

⁸¹ No mesmo sentido: BADARÓ, 2003: 207-224.

⁸² Para nós, a possibilidade do MP pugnar pela absolvição do acusado é melhor vista como expressão da atuação impessoal de um órgão de Estado (princípio da impessoalidade previsto no art. 37, *caput*, da CF) conjugada com uma lealdade processual levada às últimas consequências, no sentido de que a instituição não atua em perseguição pessoal ao réu e pode reconhecer a inexistência de base para aplicação do *ius puniendi*, pugnando pela absolvição. No mesmo sentido: BASTOS, 2014: 100 e ss.

⁸³ BADARÓ, 2003: 207-224.

sequer será questionada nos autos. O mesmo se diga em relação à prova das excludentes de ilicitude, já que nem sempre, diríamos até que apenas na minoria dos casos, haverá base para se sugerir que o acusado se encontrava albergado por um tipo permissivo.

Por fim, frisamos mais uma vez que apesar do MP ser protagonista da produção probatória, é lícito ao magistrado complementar a prova, visando dirimir dúvida sobre ponto relevante. Tal circunstância, sem dúvidas, funciona como uma atenuante ao *onus probandi* ministerial, mas deve ser realizada pelo julgador com parcimônia e de forma supletiva.⁸⁴

3.3.2 O acusado

Grande questão que há muito tempo ocupa a doutrina brasileira é saber como o direito de defesa se relaciona com o ônus da prova.

Sabidamente, o problema deve ser analisado em consonância com a regra constitucional da presunção de inocência e, com base exatamente nesta última, há forte posição doutrinária no sentido de que o processo penal não comportaria a atribuição de ônus probatório ao acusado, recaindo tal encargo exclusivamente sobre o MP.⁸⁵ Por conseguinte, a regra inserta na primeira parte do art. 156 do CPP (“*a prova da alegação incumbirá a quem a fizer*”) não seria aplicável à defesa, porque acusaria uma violação frontal ao princípio constitucional da presunção de inocência. Para esta doutrina, o MP teria o ônus de provar que o acusado praticou um crime, ou seja, um fato típico, ilícito e culpável, de forma que mesmo se a defesa alegasse a presença de uma causa excludente, competiria ao acusador provar sua não existência. Os que advogam por esta tese até admitem que o acusado detém interesse no reconhecimento da causa excludente, mas entendem que há aqui uma mera *oportunidade* (e não um ônus) de contradizer as afirmações autorais e de contraditar as provas contra si apresentadas, visando a manutenção de sua liberdade.

De outro lado, tradicionalmente encontramos na doutrina processual penal brasileira a utilização de conceitos do Direito processual civil para justificar o ônus da prova defensivo, ao menos quanto às causas justificantes e exculpan-tes. Para esta doutrina, caberia ao MP provar os fatos constitutivos do direito de punir do Estado, que seriam a existência de um fato típico em todas as suas circunstâncias (conduta dolosa ou culposa, nexo de causalidade e resultado) e a

⁸⁴ Vide item 1.3 supra.

⁸⁵ “É importante recordar que, no processo penal, não há distribuição de cargas probatórias: a carga da prova esta 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”. (LOPES JR, 2012: 549). No mesmo sentido: MIRZA, 2010: 540-559.

autoria atribuída ao réu. Uma vez provados os fatos constitutivos do direito de punir, restaria à defesa a prova de causas modificativas, impeditivas ou extintivas a aquele direito, dentre as quais se situariam as excludentes de ilicitude e de culpabilidade.⁸⁶

A seu turno, a análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros denota o agasalho à posição doutrinária descrita no parágrafo anterior, reconhecendo-se o ônus da prova defensivo não apenas no que concerne a causas justificantes e exculpantes, mas também quanto a questões que melhorem a posição jurídica do réu. Vejamos, por exemplo, os seguintes casos já decididos pelo Superior Tribunal de Justiça:

- (i) cabe à defesa e não à acusação a prova da causa supralegal excludente de culpabilidade, na medida em que o onus probandi é a faculdade da parte demonstrar a ocorrência de fato alegado em seu favor;⁸⁷
- (ii) se é certo que o pagamento integral dos débitos oriundos da falta de recolhimento dos tributos extingue a punibilidade do crime tipificado no art. 168-A do Código Penal, por força do art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03 – de eficácia retroativa –, não menos certo que tal comprovação é ônus da defesa, pois cabe à defesa a provar sua tese de excludente de ilicitude e/ou de culpabilidade;⁸⁸
- (iii) não cabe à acusação demonstrar e comprovar elementares que inexistem no tipo penal, de forma que o ônus da prova da impossibilidade de repasse das contribuições previdenciárias apropriadas ante às dificuldades financeiras da empresa, a evidenciar, assim, a inexigibilidade de conduta diversa – causa supralegal de exclusão da culpabilidade –, é da defesa, a teor do art. 156 do CPP;⁸⁹
- (iv) em crime de roubo à mão armada, o poder vulnerante integra a própria natureza da arma de fogo, sendo ônus da defesa, caso alegue o contrário, provar tal evidência (exegese do art. 156 do CPP).⁹⁰

Semelhantes posições são encontradas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

- (i) No âmbito dos crimes contra a ordem tributária, tem-se admitido, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, como causa supralegal de exclusão de culpabilidade a precária condição financeira da empresa, extrema ao ponto de não restar alternativa socialmente menos danosa que não a falta do não-recolhimento do tributo devido. Configuração a ser aferida pelo julgador, conforme um critério valorativo de razoabilidade, de acordo com os fatos concretos revelados nos autos, cabendo a quem alega tal condição o ônus da prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal;⁹¹

⁸⁶ Nesse sentido: MARQUES, 1965: 284-289; TORNAGHI, 1959: 231-232; TOURINHO FILHO, 2008: 245.

⁸⁷ REsp 628652/RJ (2004/0019393-7), Rel. Min. Gilson Dipp, cf. <<http://www.stj.jus.br>>.

⁸⁸ AgRg no REsp 871739/PE (2006/0153533-2), Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, cf. <<http://www.stj.jus.br>>.

⁸⁹ AgRg no REsp 1178817/SC (2010/0019446-4), Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS). No mesmo sentido, REsp 888947/PB (2006/0207474-2), Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, cf. <<http://www.stj.jus.br>>.

⁹⁰ HC 168287/SP (2010/0061770-4), Rel. Min. Jorge Mussi. No mesmo sentido, HC 99597/SP (2008/0020852-8), Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, cf. <<http://www.stj.jus.br>>.

⁹¹ AP 516/DF, Rel. Min. Ayres Britto, cf. <<http://www.stf.jus.br>>.

- (ii) em crime de roubo com emprego de arma, “se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.”⁹²

No entanto, entendemos não ser possível classificar as causas excludentes da ilicitude e da culpabilidade como fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito de punir do Estado.⁹³ Isso, porque a concretização do *ius puniendi* depende da comprovação de um crime e o conceito deste, segundo a doutrina e jurisprudência majoritárias, é o tripartido: crime é um fato típico, ilícito e culpável. Em outras palavras, a ilicitude e a culpabilidade são elementos que integram o fato constitutivo do direito de punir estatal, não se enquadrando sua negação como fatos modificativos, impeditivos ou extintivos de tal direito.

Ademais, exatamente pela mesma razão, não podemos importar a fórmula utilizada pelo Direito processual penal norte-americano para entregar inteiramente o ônus de provar as causas excludentes da ilicitude ou da culpabilidade à defesa, porque, ao contrário do que ocorre nos EUA, no Brasil se adotou o conceito tripartido de crime, razão pela qual as excludentes sempre controverterão um elemento do crime.

A discussão, porém, não se encerra por aqui. Acreditamos que a questão posta merece uma melhor reflexão, levando em conta a lógica de solução racional de um processo criminal. Vejamos a seguinte hipótese: o MP posiciona na arena processual as provas da existência do crime e da autoria delitiva, não havendo qualquer elemento nos autos que indique a existência de causas excludentes da ilicitude ou da culpabilidade. Incumbiria à defesa apenas pedir justiça, implorando pela absolvição do réu? Sob nossa ótica, a resposta a essa indagação só pode ser negativa. É evidente que, diante de um quadro sólido de prova, se a defesa se quedar inerte, a condenação virá a galope. No caso, caberia à defesa tentar desacreditar a prova ministerial, podendo o fazer através da oitiva de novas testemunhas, da juntada de documentos, da realização de nova perícia por seu assistente técnico, ou mesmo da introdução de uma versão dos fatos que venha auxiliar o réu a alcançar sua absolvição, como por exemplo, a de que agiu sob o manto de uma causa de justificação.

Na esteira dessa argumentação, Tonini ensina que se o MP trouxer prova da culpa do réu, à defesa competiria alternativamente:

- (i) provar a falta de credibilidade das fontes;
- (ii) provar a inidoneidade do resultado das provas da acusação;
- (iii) provar a existência de fatos favoráveis à defesa; ou, ainda, fornecer prova da existência de causa excludente da ilicitude ou punibilidade.⁹⁴

⁹² HC 103910/MG, Rel.Min. Luiz Fux, cf. <<http://www.stf.jus.br>>.

⁹³ MITTERMAIER, 2008: 161-162.

⁹⁴ TONINI, 2002: 66.

A nosso sentir, a melhor descrição da situação processual descrita nas linhas anteriores está na doutrina de Prakken⁹⁵ e Bex,⁹⁶ a qual os autores nomeiam de *tactical burden of proof* (ônus tático da prova). Ambos os autores afirmam que embora o ônus tático da prova seja uma questão nascida na doutrina do *common law* e nem sempre considerada nos países de tradição *civil law*, sua importância é enorme para ambos os sistemas, porque é inerente à lógica de solução processual. Nas lições dos referidos autores, o ônus tático seria propriamente uma avaliação estratégica que as partes devem realizar no curso da instrução processual sobre o estado atual da prova já produzida. Avaliar-se-ia o mosaico probatório e caso se concluísse por um elevado risco de sucumbência, haveria um ônus tático, correspondente à produção de uma nova prova ou mesmo de um novo argumento que encontrasse eco nas provas já produzidas.⁹⁷

A depender do cenário dos autos, poderia ser que, por exemplo, a mera alegação de uma causa justificante pela defesa já servisse para fazer emergir a almejada dúvida razoável e, assim, alcançar-se a sentença absolutória.⁹⁸ Em outras ocasiões, porém, a mera alegação defensiva poderá não ter o mesmo condão,⁹⁹ seja porque a prova da acusação se encontre bastante sólida ou porque a alegação de uma causa excludente dependa de elementos que só o próprio réu tenha acesso. Nesses casos, não vemos alternativa à defesa senão tentar anexar o máximo de elementos possíveis aos autos para semear a dúvida, fugindo do risco de condenação.

Um perfeito exemplo de um cenário como o que estamos a propor foi o caso que descrevemos em nosso capítulo 1. Com efeito, trazendo o enredo fático do caso *Dixon v. US* para a realidade brasileira, a apreensão das armas e dos formulários com declarações falsas, aliados aos depoimentos dos policiais que prenderam a ré e dos vendedores dos armamentos, provavelmente configurariam um quadro probatório suficientemente forte para autorizar uma condenação. Então, o que fez a defesa de Dixon? Atuou de forma tática, confessando a autoria, mas arguindo a existência de coação moral. Nessa hipótese, a comunhão da prova e mesmo a existência de poderes investigatórios do Juiz não seriam capazes de

⁹⁵ PRAKKEN; SARTOR, 2009: 227.

⁹⁶ BEX; WALTON, 2012:118.

⁹⁷ PRAKKEN; SATOR, 2006: 9; BEX; WALTON, 2012:118.

⁹⁸ Essa situação pode ocorrer, por exemplo, com a legítima defesa, quando a experiência mostra que a incidência da excludente é argumentada pela defesa com uma releitura das provas trazidas aos autos pelo MP.

⁹⁹ No mesmo sentido, leciona Tonini, para lembra que apesar de a dúvida sempre favorecer o acusado e “com o objetivo de levantar uma dúvida razoável o acusado poderia limitar-se a alegar a existência de uma causa de justificação”. Todavia, se o acusado se limitar “a indicar, de modo impreciso, fatos que somente ele tinha conhecimento, impedindo, assim, que a acusação conduza as investigações para averiguá-los”, não haverá dúvida razoável. Segundo o autor, nesse caso, o acusado não satisfaria o ônus da prova justamente porque não levantou dúvida razoável (TONINI, 2002: 66-70).

auxiliar a acusada, pois até aquele momento nada levaria o julgador ou o MP a imaginar a possibilidade de estar presente uma causa de isenção de pena. Ou seja, tornou-se importantíssimo o desincumbimento do ônus de alegação pela defesa.

Noutro giro, as alegações de Dixon não encontraram qualquer respaldo nos autos e, ainda, foram substancialmente desmentidas quando os comerciantes das armas, chamados a depor, afirmaram que a ré não tinha qualquer sinal externo de que agia coagida por qualquer pessoa.¹⁰⁰ Vemos, portanto, que não havia outra solução para a acusada senão tentar introduzir provas da suposta coação moral, em nada lhe auxiliando bradar que se presumia inocente, pois não conseguimos sequer imaginar como a Promotoria poderia aclarar mais os fatos. Ademais, admitir-se uma coação moral “sem a devida comprovação fática implicaria, no presente caso, em uma regra geral de absolvição”.¹⁰¹

Nesse ritmo argumentativo, concluímos que a defesa não está diante de uma mera oportunidade como pensam alguns, mas sim de um ônus da prova, especialmente carimbado pela lógica de resolução do processo. Em capítulo anterior, conceituamos o ônus da prova como a *faculdade que as partes da relação jurídica processual possuem de trazer aos autos elementos de convicção que embasem suas alegações, com a finalidade última de influir na decisão do julgador e obter uma sentença favorável*. Ora, se o quadro probatório corrobora as imputações contidas na acusação e a defesa tem a faculdade de trazer aos autos elementos de convicção para fazer nascer uma dúvida razoável, estamos diante do ônus da prova.

Desta feita, entendemos que a negativa genérica formulada por parte da doutrina acerca do ônus da prova do acusado no processo penal, parece negligenciar a lógica de resolução racional do processo.¹⁰² Em qualquer caso, o acusa-

¹⁰⁰ A admissão dessa circunstância foi feita pelo próprio advogado de Dixon quando da sustentação oral perante a Suprema Corte Americana (Transcrição dos argumentos orais, p. 14. Disponível em <http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcript.aspx>).

¹⁰¹ Apelação criminal nº 9869-PE (0000471-31.2012.4.05.8306), TRF da 5ª região, Rel. Des. Federal Margarida Cantarelli (<<http://www.trf5.jus.br>>). No caso, o acusado alegara que praticara um crime de roubo impulsionado por uma coação moral irresistível de um traficante de drogas, o qual determinara a prática do crime sob a ameaça de matar pessoas da família do acusado. Porém, o réu sequer sabia indicar o nome do coator, nem forneceu dados que possibilitariam a confirmação mínima de que estava sob coação. Assim, com razão, entendeu-se que não havia sequer dúvida sobre a excludente alegada pelo acusado.

¹⁰² É o que, *data venia*, parece ocorrer com Badaró, que sustenta: “Já com relação ao acusado, que também possui interesse individualizável na persecução penal, seria possível admitir que, se ele não se desincumbisse da produção da prova dos fatos que lhe são favoráveis, haveria um prejuízo. Estaria aí configurado o ônus subjetivo do acusado. Contudo, diante do *in dubio pro reo*, que é a regra de julgamento que vigora no campo penal, o acusado jamais poderá ser prejudicado pela dúvida sobre um fato relevante para a decisão do processo, ao menos nos casos de ação penal condenatória. Embora seja admissível que a atividade do acusado seja regida por um ônus probatório, no processo penal em que vigora a presunção de inocência, tal encargo e atribuído, com exclusivi-

do será presumidamente inocente e a dúvida sobre sua culpa sempre lhe beneficiará, cabendo ao MP provar suas alegações. Porém, uma vez adimplido o *onus probandi* ministerial, o acusado provavelmente restará condenado se quedar-se inerte. Esta necessidade de se movimentar na recolha de provas ou de novos argumentos não é outra coisa senão os aspectos subjetivo e tático do ônus da prova, que não se confundem com a regra do *in dubio pro reo* e com ela convivem pacificamente.

A tese ora esposada, apesar de não ter recebido essa roupagem (ônus tático) parece ter sido encampada no âmbito do Supremo Tribunal Federal no julgamento do processo conhecido como *Mensalão*, quando o Ministro Luiz Fux asseverou que se a acusação traz aos autos prova convincente, a defesa possui o ônus de levar a Corte à dúvida, pois simples alegações ou negativas genéricas não teriam esse condão.¹⁰³

Finalmente, podemos concluir que o princípio constitucional da presunção de inocência, apesar de impor ao MP o ônus de demonstrar a culpa dos acusados, não retira da defesa o ônus de provar fatos que lhe beneficiem, tendo em vista que o ônus da prova é impregnado por um aspecto subjetivo, o qual pode ser realçado pela lógica de resolução da contenda penal (aspecto tático).

Considerações finais

As regras concernentes ao ônus da prova influenciam diretamente o resultado de um processo judicial, principalmente se este último for concebido como um processo de partes, direção na qual, a nosso sentir, caminha o processo penal brasileiro.

O encargo probatório no processo penal recebe particulares influxos do princípio da presunção de inocência, onerando objetivamente a versão da parte

dade, ao acusador” (BADARÓ, 2003: 240). Esta visão parece confundir o ônus como atividade da parte (aspecto subjetivo) com a regra de julgamento dirigida ao Juiz (aspecto objetivo), acabando por negar o conceito elaborado pelo próprio autor quanto os diferentes aspectos do ônus probatório.

¹⁰³ Vejamos a passagem do voto do Min. Luiz Fux na ação penal originária 470 (*Mensalão*), que confirma a hipótese trazida por nós: “Nesse cenário, caberá ao magistrado criminal confrontar as versões de acusação e defesa com o contexto probatório, verificando se são verossímeis as alegações de parte a parte diante do cotejo com a prova colhida. Ao Ministério Público caberá avançar nas provas ao ponto ótimo em que o conjunto probatório seja suficiente para levar a Corte a uma conclusão intensa o bastante para que não haja dúvida, ou que esta seja reduzida a um patamar baixo no qual a versão defensiva seja “irrazoável”, inacreditável ou inverossímil. Nesse contexto, a defesa deve trazer argumentos devidamente provados que infirmem as ilações articuladas pela acusação. A simples negativa genérica é incapaz de desconstruir o itinerário lógico que leva *prima facie* à condenação” (AP 470/MG, extraído do inteiro teor do acórdão, p. 53.119. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>).

acusadora e determinando que o Juiz, após a instrução criminal, decida favoravelmente ao réu quando não for possível atingir a certeza (ou, como preferimos, quando não houver prova acima da dúvida razoável) de sua culpa (ônus objetivo).

Por conseguinte, o ônus da prova no processo penal é mais pesado para o MP, que realiza a acusação e, assim, deve ultimar a coleta de elementos de convicção para corroborar suas afirmações, atingindo uma elevada medida de prova.

Todavia, as assertivas acima não autorizam a conclusão de que a defesa não suporta qualquer ônus probatório. Por vezes, à defesa não bastará contar com fatores mitigadores do *onus probandi*, como a presunção de inocência, a comunhão da prova ou os poderes instrutórios do Juiz, pois a acusação trará elementos de prova suficientes para o convencimento do julgador. Assim, parece-nos que a defesa terá o encargo realizar uma análise do conteúdo da prova da acusação e, desse modo, perceber a necessidade de atuar estrategicamente, introduzindo novas provas ou argumentos. Essa faculdade de se coletar elementos de prova com o fito de evitar uma “anunciada” posição jurídica desfavorável (condenação do acusado) não é outra coisa senão uma manifestação (tática) do ônus da prova.

Referências

- ALLEN, R. J. Burdens of proof. In: *Law, Probability and Risk*, v. 13, n. 3-4, 2014, p. 195-219.
- AMBOS, K.; LIMA, M. Polastri *O processo acusatório e a vedação probatória perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- BADARÓ, G. H. R. I. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- . *Correlação entre acusação e sentença*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BASTOS, M. L. *Processo penal e gestão da prova: a questão da iniciativa instrutória do Juiz em face de um sistema acusatório e da natureza da ação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- BERGMAN, B. E.; HOLLANDER, N.; DUNCAN, T. M. *Wharton's Criminal Evidence*. 15th ed. 2014. Thomson Reuters, versão eletrônica consultada através do portal <<http://www.westlaw.com>>.
- BEX, F.; WALTON, D. Burdens and standards of proof for inference to the best explanation: three case studies. In: *Law, Probability and Risk*, v. 11, n. 2-3, p. 113-133, 2012.
- DOBSON, M. M. Who has the burden of persuasion when a defendant raises a defense of duress? In: *Preview of United States Supreme Court Cases*, American Bar Association, 2006, p. 414-417.
- ENGEL, M. Unweaving the Dixon blanket rule: flexible treatment to protect the morally innocent. In: *Oregon Law Review*, v. 87, p. 1326-1358, 2008.
- FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GODINHO, R. R. A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais. In: *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 8, p. 384-407, 2007.

HAHN, U.; OAKSFORD, M. The burden of proof and its role in argumentation. In: *Argumentation*, v. 21, p. 39-61, 2007.

HARVARD LAW REVIEW. Firearms regulation – Defense of Duress: Dixon v. United States. In: *Harvard Law Review*, v. 120, n. 1, p. 322-332, 2006.

LAFAVE, W. R. *Substantive Criminal Law*. 2nd ed. 2014. Thomson Reuters, versão eletrônica consultada através do portal <<http://www.westlaw.com>>.

_____; ISRAEL, J. H. *Criminal Procedure*. 3rd ed. 2014. Thomson Reuters, versão eletrônica consultada através do portal <<http://www.westlaw.com>>.

LOPES JR, A. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MALATESTA, N. F. D. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2009.

MARQUES, J. F. *Elementos de direito processual penal*. v. II, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

MCBAINE, J. P. Burden of proof: Degrees of Belief. In: *California Law Review*, v. 32, p. 243-268, 1944.

MCCAHEY, J. P. The burdens of persuasion and production. In: *Proof: The journal of the trial evidence committee*, American Bar Association, v. 16, n. 3, p. 7-9, 2008.

MCNAUGHTON, J. T. Burden of production of evidence: a function of a burden of persuasion. In: *Harvard Law Review*, v. 68, p. 1382-1391, 1955.

MENDES, G. F.; GONET, P. G. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRZA, F. Processo justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção de inocência e do in dubio pro reo. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)*, ano 4, v. V, p. 540-559, 2010.

MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. Tradução de Herbert Wüntzel Heinrichi. 5. ed. Campinas: Bookseller, 2008.

MÚRIAS, P. F. *Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova*. Lisboa: Lex, 2000.

NIEVA FENOLL, J. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

NUCCI, G. S. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, versão digital, 2014.

OLIVEIRA, E. P. *Curso de processo penal*. 17. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

PATRÍCIO, R. *O princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no actual processo penal português*. Lisboa: AAFDUL, 2004.

PICINALI, F. Innocence and burdens of proof in English criminal In: *Law, Probability and Risk*, v. 13, n. 3-4, p. 243-257, 2014.

POLASTRI LIMA, M. *A prova penal*. 3. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PRADO, G. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

———. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRAKKEN, H.; SARTOR, G. *Presumptions and Burdens of Proof*. San Domenico di Fiesole: European University Institute, 2006.

———; ———. A Logical Analysis of Burdens of Proof. In: *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic* (KAPTEIN, H.; PRAKKEN, H.; VERHEIJ, B. ed.). Farnham: Ashgate, p. 223-253, 2009.

RAMOS, V. P. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ROSENBERG, L. *La carga de la prueba*. Tradução de Ernesto Krotoschin. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: B de f., 2002.

SOUSA MENDES, P. *Lições de direito processual penal*. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2014.

TARUFFO, M. Rethinking the standards of proof. In: *The American Journal of Comparative Law*, v. 51, p. 659-678, 2003.

TARUFFO, M. *La prueba de los echos*. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. 4. ed. Madrid: Trotta, 2011.

———. O ônus como figura processual. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)*, Rio de Janeiro, ano 7, v. XI, p. 423-431, 2013.

TELES, M. G. Common Postscriptum. In: *Escritos Jurídicos*. Coimbra: Almedina, v. II, p. 509-521, 2014.

TONINI, P. *A prova no processo penal italiano*. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TORNAGHI, H. *Instituições de processo penal*. v. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

TOURINHO FILHO, F. C. *Processo penal*. v. 3, 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

VILELA, A. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2005.