

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL
UNIDADE UNIVERSITÁRIA DE PARANAÍBA

Luana Luara Ferreira Magalhães

**A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM MATÉRIA CRIMINAL À LUZ DOS
PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E *IN DUBIO PRO REO***

Paranaíba – MS

2017

Luana Luara Ferreira Magalhães

**A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM MATÉRIA CRIMINAL À LUZ DOS
PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E *IN DUBIO PRO REO***

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul –
UEMS, Unidade de Paranaíba – MS, como exigência
parcial para a obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Prof^a. Me. Marília Rulli Stefanini

Paranaíba – MS

2017

M167i Magalhães, Luana Luara Ferreira

A inversão do ônus da prova em matéria criminal à luz dos princípios da presunção de inocência e *in dubio pro reo*/Luana Luara Ferreira Magalhães. - - Paranaíba, MS: UEMS, 2017.

53f.; 30 cm.

Orientadora: Profa Me Marília Rulli Stefanini.

Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

1. Inversão do ônus da prova. 2. Ação penal pública incondicionada. 3. Presunção de inocência. I. Magalhães, Luana Luara Ferreira. II. Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade de Paranaíba, Curso de Direito. III. Título.

CDD – 345.05

Bibliotecária Responsável: Susy dos Santos Pereira- CRB1º/1783

Luana Luara Ferreira Magalhães

**A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM MATÉRIA CRIMINAL À LUZ DOS
PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E *IN DUBIO PRO REO***

Este exemplar corresponde à redação final do Trabalho de Conclusão de curso apresentado e aprovado para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba – MS.

Aprovada em ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Me. Marília Rulli Stefanini (Orientadora)
Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul

Prof. Dr. Isael José Santana
Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul

Prof^ª. Me. Delaine Oliveira Souto Prates
Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus que iluminou o meu caminho durante os anos de graduação.

Agradeço também à minha mãe Laetes e aos meus avós Ana e Odemil que de forma especial e carinhosa me deram força e coragem, me apoiando nos momentos difíceis. Obrigada por cada oração em meu favor.

À professora Marília pela paciência e incentivo na orientação, o que tornou possível a conclusão desta monografia.

Meus agradecimentos à Ane Caroline, amiga e companheira que fez parte da minha formação. Essa caminhada não teria sido a mesma sem você.

Por fim, obrigada a todos que, direta ou indiretamente contribuíram para a conclusão dessa etapa.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo abordar a aplicação na prática forense, o instituto da inversão do ônus da prova no processo penal brasileiro, nos casos dos crimes processados mediante ação penal pública incondicionada e a sua incompatibilidade com a presunção de inocência e *in dubio pro reo*, princípios estes consagrados pela Constituição Federal. Em apertada síntese, o princípio da presunção de inocência está previsto no artigo 5^a, inciso LVII, da Constituição Federal, e trata de uma garantia processual, o qual impõe ao Estado, a necessidade de comprovar a culpabilidade do acusado, sendo este constitucionalmente presumido inocente. Por seu turno, o *in dubio pro reo* proclama que diante da insuficiência de provas sobre a concretude ou não de determinado fato ou autoria atribuída ao acusado, este deve ser absolvido. Enquanto isso, há alguns anos, vários Tribunais, inclusive o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul tem-se aberto à possibilidade da inversão do ônus da prova no âmbito criminal em alguns casos específicos, como por exemplo, quando o sujeito é flagrado na posse do bem o qual é objeto do crime, transferindo então ao acusado o ônus da comprovação de sua inocência. Por todo o exposto, o que se pretende demonstrar é a impossibilidade da inversão do ônus da prova no processo penal, tendo em vista o princípio da presunção de inocência e *in dubio pro reo*. Por fim, sustenta-se que a presente pesquisa pauta-se em base metodológica documental, bibliográfica e em acervos digitais, tais como, teses, dissertações e artigos científicos.

Palavras-chave: Inversão do ônus da prova. Ação penal pública incondicionada. Presunção de inocência. *In dubio pro reo*.

ABSTRACT

The present work aims to shed light on the application of the forensic practice, the institute of inversion of the burden of proof in the Brazilian criminal proceedings, in cases where crimes are processed through unconditioned public criminal action and its incompatibility with the presumption of innocence and *in dubio pro reo*, principles once sanctified by the Federal Constitution. In tight synthesis, the principle of presumption of innocence is provided for in article 5, item LVII, of the Federal Constitution, and leads to a procedural guarantee, in which imposes to the State the necessity of proving the culpability of the accused, which the latter is constitutionally presumed innocent. For its part, *in dubio pro reo* proclaims that due to insufficiency of evidence on the concreteness or not of a certain fact or authorship attributed to the accused, the latter must be absolved. Meanwhile, some time ago, many courts, including the Justice Court of Mato Grosso do Sul has opened itself to the possibility of inversion of the burden of proof in the criminal scope in several specific cases, as for instance, when the subject is caught in possession of the property which is the object of crime, thus transferring to accused the burden of proof for its own innocence. For all the above, it is intended to demonstrate the impossibility of inversion of the burden of proof in criminal proceedings, in view of the principle of innocence and *in dubio pro reo*. Lastly, it is argued that the present research is based on a documentary and bibliographical methodological basis and digital collections, such as, theses, dissertations and scientific articles.

Keywords: Inversion of the burden of proof. Unconditioned public criminal action. Presumption of innocence. *In dubio pro reo*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1 PROVAS NO PROCESSO PENAL.....	10
1.1 Histórico da apreciação das provas.....	10
1.2 Sistemas processuais penais.....	12
1.3 Das provas no processo penal brasileiro.....	13
1.3.1 Princípio da Liberdade das Provas.....	17
1.3.2 Provas ilícitas.....	19
2 DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	26
2.1 Do Princípio da Presunção de Inocência e <i>In Dubio Pro Reo</i>.....	29
2.2 Do ônus da prova da acusação e da defesa – corrente majoritária.....	30
2.3 Do ônus da prova exclusivo da acusação – corrente minoritária.....	33
2.4 Inversão do ônus da Prova.....	34
3 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS A RESPEITO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	36
3.1 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal.....	36
3.2 Posicionamento dos Tribunais de Justiça Estaduais.....	38
3.3 Posicionamento do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul.....	43
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	49
REFERÊNCIAS.....	51

INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho consiste em demonstrar a inversão do ônus da prova em matéria processual penal, adotada pelos Tribunais, em especial pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul e a sua incompatibilidade com os princípios da presunção de inocência e *in dubio pro reo*.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, na qual o princípio da presunção de inocência foi consagrado em seu artigo 5º, inciso LVII, bem como a modificação do artigo 386, inciso VII do Código de Processo Penal, pela Lei 11.690 de 2008, o qual trata do princípio do *in dubio pro reo*, tais dispositivos constituíram importante garantia ao indivíduo, pois em apertada síntese prescrevem que cabe ao Estado o dever de provar a culpa do réu, e caso não consiga prová-la, deverá absolver o acusado. Contudo, hodiernamente tais princípios vêm sendo, em alguns casos específicos, mitigados por conta da inversão do ônus da prova.

Nesse sentido, a partir da Lei 11.690 de 2008, a qual modificou alguns dispositivos no Código de Processo Penal, dentre eles o artigo 156, o qual dispõe sobre a possibilidade da distribuição do ônus da prova entre a acusação e defesa, tema que, por si só já gera controvérsia doutrinária e jurisprudencial, os Tribunais de Justiça, inclusive o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, de forma bastante recorrente, passaram também a admitir a inversão do ônus da prova em ações penais públicas incondicionadas.

Por causa de tal inversão, a qual não possui previsão legal no ordenamento jurídico pátrio (possuindo vedação ante à interpretação principiológica), nem de forma constitucional, tampouco infraconstitucional, o acusado passa a ter o ônus de provar sua inocência, quando encontrar-se em determinadas situações, tais como quando for surpreendido na posse da *res*, objeto do suposto crime.

Por conta disso, a problemática central do trabalho advém do fato de que a inversão do ônus da prova, da forma como vêm sendo aplicada pelos Tribunais dos Estados Federados (com ênfase às decisões do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul) contraria à legislação penal e conseqüentemente, os princípios da presunção de inocência e *in dubio pro reo*.

Sendo assim, o presente trabalho possui como objetivo demonstrar se, por ventura, o instituto da inversão do ônus da prova em matéria processual penal da forma como vem sendo admitida pelos Tribunais nacionais, com especial ênfase no Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, está em consonância ao ordenamento jurídico pátrio e aos princípios basilares do processo penal, ou em outras palavras, se a inversão do ônus da prova fere ou não a proteção dos direitos fundamentais e as garantias básicas do acusado.

A par do que foi exposto, justifica-se a presente pesquisa pela relevância do questionamento a respeito da inversão do ônus da prova mitigar a existência da presunção de inocência e *in dubio pro reo*, ou seja, se assim for admitida tal inversão, princípios basilares do processo processual penal serão desacreditados, ao imporem ao acusado o dever de provar algo a que não está obrigado.

Para tratar do problema apresentado, no decorrer do primeiro capítulo serão abordadas as provas no processo penal, sua evolução e apreciação, bem como o princípio da liberdade das provas e por fim, as provas ilícitas. Já no segundo capítulo, será discutido acerca do ônus da prova no processo penal brasileiro; o princípio da presunção de inocência e *in dubio pro reo*; a distribuição do ônus da prova; e a inversão do ônus da prova. Por último, no terceiro capítulo, serão apresentados os posicionamentos dos Tribunais acerca da inversão do ônus da prova, em especial o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul.

A pesquisa elaborada utiliza o método dedutivo como forma de abordagem e o procedimento empregado como técnica de pesquisa é a revisão de literatura pertinente à temática proposta, bem como a análise da jurisprudência pátria acerca do tema em debate.

1 PROVAS NO PROCESSO PENAL

A importância da prova no ordenamento processual penal, se dá por ela ser o elemento integrador da convicção do juiz com os fatos da causa. Sobre tal concepção, Aury Lopes Júnior (2013), salienta que o processo penal busca fazer uma reconstrução aproximada de um fato passado, através essencialmente das provas.

Como tudo o que está ligado à prova mantém relação com o contexto histórico em que ela está inserida, como ponto de partida, neste capítulo será abordada a evolução histórica dos sistemas de apreciação de provas. Logo após será comentado sobre o conceito, objeto e objetivo das provas, em seguida, será debatido a respeito do princípio da liberdade das provas e por fim, serão apresentados alguns apontamentos sobre as provas ilícitas.

Salienta-se que a pretensão deste trabalho não é o de esgotar o assunto, e sim, apresentar algumas considerações pertinentes ao tema proposto, sob a influência das obras de renomados doutrinadores, e levando em consideração a atual legislação, bem como a jurisprudência pátria, as quais serão discutidas no decorrer do trabalho.

Feitos estes breves apontamentos a respeito do tema a ser tratado, cabe apresentar em linhas gerais, breve panorama histórico sobre a evolução da forma de apreciação das provas no processo penal.

1.1 Histórico da apreciação das provas

Na antiguidade, apesar da variação na forma como as provas eram consideradas para o processo, em virtude da convicção, costume ou regime de cada povo, de uma forma geral, não haviam normas que regulassem e delimitassem a colheita, admissão e valoração das provas em um processo de acusação, tanto é que eram autorizadas e utilizadas as provas adotadas por métodos desumanos, tal como a tortura.

Por conta disso, Malatesta (1927, fls. 42), com notável sabedoria, afirma que no decorrer do tempo, a humanidade percebeu que as provas deveriam ser entendidas, percebidas e apreciadas, conforme critérios mínimos fixados em lei, surgiram as provas consideradas legais, e a partir de então, substituíram as provas colhidas sob as regras dos sistemas inquisitoriais, evitando o arbítrio judicial.

A respeito da evolução histórica das provas no sistema processual penal pelo mundo, Avena (2014, fls. 443), aponta que o primeiro sistema de apreciação das provas foi o sistema étnico, também conhecido como pagão, e isso significa que qualquer prova era colhida e

posteriormente apreciada pelo juiz de acordo com sua própria experiência, em um sistema empírico.

Com o passar das décadas, o sistema étnico foi aos poucos se extinguindo, e cedeu lugar ao sistema religioso ou ordálico, também conhecido como Juízos de Deus, que se aprimorou principalmente na Europa, com o início a Idade Média. Nesse momento histórico, o julgador seria apenas o instrumento para transmitir a vontade de Deus, que se pronunciaria sobre a culpa ou inocência do acusado.

Discorrendo sobre as ordálias, Avena (2014, fls. 443), aponta que, segundo a crença adotada, Deus interviria no julgamento do acusado quando este fosse submetido a determinadas provas, e assim, se determinaria a inocência ou culpa deste. Uma prova muito comum nessa época, consistia em obrigar o acusado a caminhar sobre brasas, e se seus pés não se queimassem, ele seria considerado inocente, já que Deus teria intervindo para que nada lhe ocorresse. Outra prática bastante utilizada, era amarrar pedras em volta do corpo do acusado e lançá-lo ao rio, caso não afundasse seria considerado inocente.

Posteriormente na história, nos processos inquisitórios medievais, o julgador não mais assumia o papel de porta-voz de Deus, foi quando surgiu o sistema de apreciação de provas conhecido como tarifado, formal ou ainda legalista. Aqui, de acordo com Avena (2014, fls. 443), a decisão do julgador devia estar vinculada a critérios já anteriormente definidos no ordenamento jurídico, e por conseguinte, retirava do julgador qualquer liberdade na avaliação das provas.

Logo após a Revolução Francesa surgiu o sistema da íntima convicção, e Avena (2014, fls. 443) aponta que tal sistema permite ao magistrado poder decidir independentemente de qualquer fundamentação e provas preexistentes.

Por fim, o próximo sistema a surgir foi o sistema do livre convencimento ou da persuasão racional, que teve início durante o século XIX. Avena (2014, fls. 443), aponta que a principal característica desse sistema é a liberdade que o juiz possui no momento da apreciação das provas, já que esse sistema não é tão rígido como o da prova legal, mesmo obrigando o julgador a fundamentar as razões de seu entendimento, com base nos elementos contidos nos autos.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que, para Avena (2014, fls. 443), apenas os três últimos sistemas de apreciação de provas vigoram pelo mundo, enquanto que no Brasil, o Código de Processo Penal, adotou como regra, o sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional, o qual será discutido mais adiante. Por ora, é necessário tecer algumas considerações sobre os sistemas processuais penais.

1.2 Sistemas processuais penais

Os sistemas processuais na visão de Aury Lopes Júnior “são reflexos da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época”. (LOPES JR, 2014, p. 63). Para o autor, os sistemas processuais são: acusatório, inquisitivo e misto.

Aury (2014) afirma que nos países democráticos e que respeitam a liberdade individual predomina-se o sistema acusatório, por outro lado, o sistema inquisitivo está presente nos países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, em que se predomina os interesses do Estado frente aos direitos fundamentais do indivíduo.

O autor ainda traça um cronograma histórico a respeito da aparição dos sistemas processuais. Para ele, o sistema acusatório predominou até o final do século XII, sendo substituído pelo sistema inquisitório que permaneceu até o início do século XIX. No que tange sistema misto, Renato Brasileiro de Lima (2016) afirma que as modificações no sistema inquisitorial levaram ao surgimento do referido sistema, conhecido também como sistema francês.

A respeito do sistema inquisitorial, o autor acima citado diz que foi o sistema adotado pelo Direito canônico a partir do século XII na Europa, e sua característica consiste no “fato de que as funções de acusar, julgar e defender encontram-se em uma única pessoa, conhecido como juiz inquisidor.” (LIMA, 2016, p. 12), e complementa dizendo que no processo inquisitório o juiz inquisidor possui ampla iniciativa probatória, tendo liberdade de determinar de ofício a colheita de provas, tanto durante o curso das investigações como durante o processo penal, e as provas serviria de base para que o juiz chegasse à conclusão que desejava.

Renato Brasileiro de Lima (2016) sustenta que no sistema inquisitório o objetivo é a reconstrução dos fatos a fim de encontrar a verdade absoluta, mesmo sendo impossível tal descoberta. O acusado por sua vez, não é considerado sujeito de direitos, tanto é que na busca pela verdade real era permitido que o acusado fosse torturado como meio a se obter a confissão. Também não existia a figura do contraditório, já que a acusação, defesa e julgamento eram realizadas unicamente pelo juiz inquisidor, o que faz com que o sistema inquisitório seja incompatível com as garantias individuais.

O doutrinador mencionado acima (2016) admite que contrariamente ao sistema inquisitivo surgiu o sistema acusatório que vigorou durante a Antiguidade grega, romana e Idade Média e teve seu declínio a partir do século XIII, com o surgimento do sistema inquisitivo.

O sistema acusatório, na visão do autor supracitado caracteriza-se pela presença de partes distintas, ou seja, “contrapondo-se acusação e defesa em igualdade de condições, e a ambas se sobrepondo um juiz, de maneira equidistante e imparcial. Aqui, há uma separação das funções de acusar, defender e julgar” (LIMA, 2016, p. 13), além do princípio da presunção de inocência, e é o sistema adotado no ordenamento Jurídico brasileiro.

Diferenciando os dois sistemas no que se refere à gestão da prova, Renato Brasileiro de Lima (2016) aponta que no sistema inquisitivo o juiz inquisidor é dotado de ampla iniciativa acusatória e probatória, podendo determinar de ofício a colheita de provas no curso das investigações ou durante o processo. Por outro lado, no sistema acusatório a gestão das provas recai sobre as partes. Na fase de investigação o juiz somente poderá intervir quando provocado, desde que haja a necessidade dessa intervenção já na fase processual apesar de o juiz possuir iniciativa probatória, podendo inclusive determinar a produção de provas de ofício, deve fazê-la de maneira subsidiária.

Por sua vez, o sistema misto ou francês é assim chamado pois na concepção do aludido autor (2016) o processo possui duas fases distintas, uma inquisitorial, sem acusação e sem contraditório e a outra de caráter acusatório com a figura do acusado, juiz e acusação.

Por fim, destaca-se novamente que de acordo com o referido autor (2016) o sistema processual adotado no Brasil é o sistema acusatório, isto porque a Constituição Federal de 1988, determina de maneira expressa a separação das funções de acusar, defender e julgar, assegurando o contraditório e ampla defesa, bem como o princípio da presunção de inocência. O autor ressalva que apesar de não ser um sistema acusatório puro é predominantemente puro, já que possui traços do sistema inquisitório, como por exemplo a produção de provas *ex officio* pelo juiz (artigo 156 do CPP).

Após breve análise a respeito dos sistemas processuais, o tópico seguinte irá tratar a respeito da regulamentação da prova no processo penal brasileiro.

1.3 Das provas no processo penal brasileiro

Nesse diapasão, o Código de Processo Penal, a partir do Título VII, contém regras que regulamentam a produção de provas e os critérios a serem utilizados pelo magistrado na valoração destas, as quais serão utilizadas para o seu convencimento, almejando, com isso, o objetivo de orientar o julgador na busca da verdade dos fatos, ou seja, verdade material (real), sendo que estes precisam restar provados por meio das provas constantes no processo.

No que tange ao conceito de prova, Vicente Greco Filho afirma que é “todo o elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém” e conclui que no processo penal brasileiro, a prova é “todo o meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato” (GRECO FILHO, 2015, n.p).

Na seara do Processo Penal pátrio, a prova também possui um objeto específico e delimitado, que nas palavras de Vicente Greco Filho (2015), são os fatos. O autor acrescenta que nem todos os fatos são objetos de prova, consubstanciando-se apenas aqueles que estão relacionados à causa, e que “além de pertinentes, relevantes, que são os que podem influir, em diferentes graus, na decisão da causa”. (FILHO, 2015, n.p).

Somando a isso, Avena (2014), aduz que os fatos que necessitam de comprovação são os que influem de alguma forma na apuração da existência ou inexistência da responsabilidade penal, sendo capazes de gerar dúvida ao magistrado.

A busca pela comprovação de um fato, gera o princípio da busca pela verdade. Significa dizer que no processo penal deve ser utilizado todo o meio cabível e permitido para tentar descobrir como se deu o fato que está sendo apurado.

Renato Brasileiro de Lima distingue a busca da verdade no processo penal da busca da verdade no processo civil. Sobre a verdade no processo civil ele afirma que:

Durante anos e anos, prevaleceu o entendimento de que, no âmbito cível, em que geralmente se discutem direitos disponíveis, vigorava o chamado princípio dispositivo, segundo o qual somente as partes levam ao processo o material probatório. Em consequência, ao magistrado se reservava uma postura passiva, não devendo influir na produção de provas, matéria de atribuição exclusiva das partes. Ao final do processo, caso tivesse dúvida acerca dos fatos, deveria julgar o litígio segundo a verdade formal. Somente quando a relação material fosse indisponível é que se admitia que o juiz determinasse a produção de provas ex officio. Daí se dizer que, no processo civil, vigorava o denominado princípio da verdade formal. (LIMA, 2016, p.48).

O autor acima supracitado, continua dizendo que em contraposição à verdade formal do processo civil, no âmbito processual vigorava o princípio da verdade material, ou verdade real. Sobre tal princípio, o autor afirma que “ estando em discussão a liberdade de locomoção do acusado, direito indisponível, o magistrado seria dotado de amplos poderes instrutórios, podendo determinar a produção de provas ex officio, sempre em busca da verdade real”. (LIMA, 2016, P.48).

Renato Brasileiro de Lima (2016), tece críticas ao princípio da verdade real, esclarecendo que tal princípio era utilizado muitas vezes como desculpa para a prática de arbitrariedades por parte do Estado, já que ele justificava as violações de direitos como

indispensáveis à busca da verdade real e conseqüentemente à realização da pretensão punitiva. O autor acrescenta ainda que:

A crença de que a verdade podia ser alcançada pelo Estado tornou a sua perseguição o fim precípua do processo criminal. Diante disso, em nome da verdade, tudo era válido, restando justificados abusos e arbitrariedades por parte das autoridades responsáveis pela persecução penal, bem como a ampla iniciativa probatória concedida ao juiz, o que acabava por comprometer sua imparcialidade. (LIMA, 2016, p.49).

Sobre o tema, Renato Brasileiro de Lima (2016) alega que a dicotomia entre a verdade formal e material já não existe mais, tanto é que não se admite mais a verdade formal como sendo exclusiva do processo civil e a verdade material como própria do processo penal. Exemplificando, o autor declara que no âmbito cível,

[...] mesmo no caso de direitos disponíveis, tem sido aceito que o magistrado possa, de ofício, determinar a produção de provas necessárias ao esclarecimento da verdade. Afinal, o processo deve ser considerado um meio efetivo de realização da justiça, quer seja o direito disponível, quer seja indisponível. A busca de um processo justo passa, inevitavelmente, pela previsão de meios efetivos para que se atinja a maior aproximação possível da verdade. Prova disso, aliás, é o novo Código de Processo Civil, cujo art. 370 dispõe expressamente que caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. (LIMA, 2016, p.49).

No mesmo sentido, Avena (2014) admite que a diferença entre a verdade real e a verdade formal vem sendo mitigada pouco a pouco, já que tanto no processo penal como no processo civil o juiz deve buscar a aproximação máxima da verdade, apurando os fatos até onde for possível elucidá-los.

Com relação à busca da verdade no processo penal, Renato Brasileiro de Lima(2016), alega que atualmente, não há como atingir uma verdade absoluta, por mais que a prova produzida em juízo seja robusta e contundente, ela é incapaz de dar ao juiz uma certeza absoluta, o que ocorre é que a prova permite uma aproximação da realidade, com o máximo de verdade possível para cada caso em concreto, porém, a prova não confere uma verdade real. Em seguida, o autor diz que “[...]a verdade absoluta, coincidente com os fatos ocorridos, é um ideal, porém inatingível [...]” e que “por esse motivo, tem prevalecido na doutrina mais moderna que o princípio que vigora no processo penal não é o da verdade material ou real, mas sim o da busca da verdade”. (LIMA, 2016, p. 49).

Assim, o máximo que se pode obter com a busca da verdade é uma probabilidade de que o fato ocorreu de acordo com o que está descrito nos autos, que mesmo sendo elevada, não

possui status de verdade real, que como já dito, é inatingível. A busca pela verdade, de acordo com Renato Brasileiro de Lima (2016), é também conhecida como princípio da livre investigação da prova, fundamentado no artigo 156 do Código de Processo Penal, o qual será abordado mais adiante.

Avena, apesar de adotar a terminologia da verdade real, acredita que “diante das regras legais e constitucionais que informam o processo penal brasileiro, que a verdade absoluta sobre o fato e suas circunstâncias dificilmente será alcançada.” (AVENA, 2014, p. 59), e compartilha do entendimento de que o juiz deve impulsionar o processo de forma a aproximar-se ao máximo do que ele chama de verdade plena.

Assim, como a prova possui seu conceito e objeto específico para o processo penal brasileiro, que é a de retratar da forma mais fiel possível o fato em apreço, ela também possui uma finalidade, ou seja, um objetivo, que é a de formar o convencimento do julgador, a quem a prova se destina.

Nesse diapasão, o Aury Lopes Júnior (2013) afirma que as provas possuem função persuasiva no momento em que são utilizadas para convencer o juiz acerca da verdade de um fato. Trata-se, portanto, do sistema de apreciação da prova, a qual é realizada pelo magistrado.

Como já dito anteriormente, o sistema de apreciação da prova vigente no Brasil é do livre convencimento motivado ou persuasão racional, que, por sua vez, possui como uma de suas características, o ônus que possui o julgador de fundamentar suas decisões. Antes, porém, de tecer maiores comentários acerca desse sistema contido no Código de Processo Penal, é importante ressaltar que a própria Constituição Federal, em seu artigo 93, inciso IX, exige que “todas as decisões do Poder Judiciário sejam fundamentadas, sob pena de nulidade”. (BRASIL, 1988).

Da mesma forma que o disposto na Constituição Federal, o artigo 155, caput, do CPP, alterado pela Lei nº 11.690/08, preceitua que “ O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial [...]” (BRASIL, 1941).

O sistema do convencimento motivado faz com que os julgamentos não sejam pautados na injustiça, já que ao julgador não é permitido nem a adoção irrestrita do sistema legalista, de modo a hierarquizar as provas constantes no processo, tampouco pautar suas decisões em seu livre convencimento absoluto, desprezando toda a prova dos autos.

Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima, ao analisar o tema em debate, aponta que o “magistrado tem ampla liberdade na valoração das provas constantes dos autos, as quais têm, legal e abstratamente, o mesmo valor, porém se vê obrigado a fundamentar sua decisão” (LIMA, 2016, p. 2096).

Conforme dito, o juiz valora de forma livre as provas colhidas durante a instrução criminal, as quais não possuem hierarquia, formando seu convencimento, e por fim, demonstrando as razões de sua decisão.

Ainda em relação ao livre convencimento motivado, Renato Brasileiro de Lima (2016), sintetiza que tal sistema não limita o juiz aos meios de prova já estipulados em lei, desde que estas sejam lícitas e legítimas. Outro ponto que o autor destaca, é que nesse sistema não há hierarquia entre os meios de prova, já que não há na legislação pátria valores fixados para cada meio de provas. Sobre o sistema adotado no país, Renato Brasileiro de Lima leciona:

Quanto à valoração da prova pelo magistrado por ocasião da sentença condenatória, o ordenamento pátrio adota, pelo menos em regra, o sistema da persuasão racional do juiz, em virtude do qual o magistrado tem ampla liberdade na valoração das provas constantes dos autos, as quais têm, legal e abstratamente, o mesmo valor. (LIMA, 2016, p. 2096).

Assim, percebe-se que é no momento da valoração da prova pelo magistrado, de acordo com sua convicção, a qual em seguida deverá ser motivada, que este exerce sua atividade recognitiva. Tanto é que Aury Lopes Júnior (2013, fls. 536), citando Jacinto Coutinho (2001), afirma que a atividade do juiz é recognitiva pois ele não sabe os fatos, ele deve sabê-lo por meio das provas, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença, de forma que, tanto o processo, como as provas nele inseridas, são os modos de construção do convencimento do julgador.

Já que o julgador constrói todo seu convencimento acerca de um fato a partir das provas a ele apresentadas, o Estado passou a limitar ou proibir a utilização de certos meios de provas como uma forma de garantir a dignidade da pessoa humana. Por exemplo, não são admissíveis provas obtidas mediante tortura ou outros meios desumanos ou degradantes.

Nota-se então, que não se pode utilizar de todo e qualquer meio probatório para provar algum fato. O que significa dizer que no processo penal brasileiro, há limites à produção da prova, o que será estudado a seguir.

1.3.1 Princípio da Liberdade das Provas

O Princípio da Liberdade das Provas faz com que as provas utilizadas no processo, com a finalidade de convencer o magistrado, sejam tomadas com a observância das normas legais. Assim, a liberdade na utilização de meios a fim de se obter a prova encontra limitações de forma a evitar arbítrios por parte de quem pretende provar algum fato.

Paulo Rangel sobre tal assunto esclarece:

[...]se o juiz deve buscar sempre a verdade dos fatos que lhe são apresentados, óbvio nos parece que tem toda a liberdade de agir, com o fim de construir o fato praticado e aplicar a ele a norma jurídica que for cabível. Assim, na busca da verdade deve o juiz desenvolver as atividades necessárias, com o escopo de dar a cada um aquilo que, efetivamente e ele pertence, porém, sua atuação encontra limites previstos em lei. A liberdade da prova portanto, não é absoluta [...]pois os princípios constitucionais de proteção e garantia da pessoa humana impedem que a procura da verdade utilize-se de meios condenáveis dentro de um estado democrático de direito. (RANGEL, 2011, pg. 418).

A par de tais considerações, cita-se o artigo 155, do CPP, que nas palavras de Avena (2014), exige para a condenação, que o juiz tenha fundado sua decisão em provas produzidas em observância às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Em outras palavras, não é vedado ao magistrado a utilização de provas obtidas na fase extrajudicial como elementos de convicção secundários, o que não é permitido é a utilização de tais provas como fundamento exclusivo de seu convencimento, salvo aquelas realizadas em caráter cautelar, antecipadamente e não sujeitas a repetição, as quais lícitas e legítimas poderão ser utilizadas como fundamento de condenação, mesmo que tenham sido colhidas em fase de investigação preliminar.

Também merece destaque o artigo 62 do CPP, o qual vincula o juiz a um valor predeterminado da prova. Avena (2014), aponta que nesse caso o juiz não possui nenhuma liberdade na formação de sua convicção, e cita como exemplo a extinção da punibilidade pela morte do agente, que somente poderá ser declarada mediante à vista da certidão de óbito.

Outra exceção à liberdade probatória, apontada por Renato Brasileiro de Lima (2016), é a vedação imposta pelo artigo 207 do Código de Processo Penal ao testemunho de pessoas que tiveram conhecimento do fato em razão de sua profissão, função, ofício ou ministério, salvo se, desobrigadas, quiserem depor.

Ainda sobre as limitações ao direito de prova, o Código de Processo Penal traz alguns limites à liberdade probatória no decorrer de seus artigos, sendo o mais importante deles o artigo 157, que trata da vedação às provas obtidas por meios ilícitos.

Nas palavras de Brasileiro de Lima (2016), a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito no processo, nada mais é do que uma limitação ao direito de prova, de modo a resguardar a liberdade do indivíduo em um Estado Democrático de Direito, e continua prelecionando:

A eficiência processual, compreendida como a funcionalidade dos mecanismos processuais tendentes a alcançar a finalidade do processo, que é a apuração dos fatos e das responsabilidades, não pode prescindir do respeito aos direitos e garantias fundamentais, sob pena de deslegitimação do sistema punitivo. (LIMA, 2016, p. 828).

Diante do exposto, nota-se que há no ordenamento processual penal pátrio, garantias que vedam a colheita e principalmente a utilização de provas que estejam em desacordo com os preceitos legais.

Não é por outra razão que o próximo tópico trata sobre a vedação às provas obtidas por meios ilícitos, já que é a proteção mais importante sobre a limitação do princípio da produção da prova.

1.3.2 Provas ilícitas

Via de regra, as provas obtidas por meios ilícitos, como aquelas que afrontam de alguma forma as garantias consagradas pela Constituição Federal, não podem ser utilizadas em um processo criminal como fator de convicção do juiz.

Contudo, há uma exceção a essa vedação constitucionalmente determinada. Trata-se, da possibilidade da utilização das provas ilícitas quando em benefício do réu. Todavia, antes de tecer maiores comentários a respeito dessa exceção, serão apresentadas algumas considerações sobre as provas consideradas lícitas e aquelas entendidas como ilícitas.

Em primeiro momento, a CF de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVI, considera que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. (BRASIL, 1988). Conforme aduz Avena a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos “como tal consideradas aquelas que afrontam direta ou indiretamente garantias tuteladas pela Constituição Federal, não poderão, em regra, ser utilizadas no processo criminal como fator de convicção do juiz”. (AVENA, 2014, p. 64).

Complementando o disposto na Constituição Federal, o Código de Processo Penal, no Título VII, disciplina os meios de provas, também conhecidos como legais. Em outras palavras, são as provas consideradas lícitas, quais sejam: o exame de corpo de delito e outras perícias (artigo 158, CPP), o interrogatório do acusado (artigo 185, CPP), a confissão (artigo 197, CPP), perguntas ao ofendido (artigo 201, CPP) e as testemunhas (artigo 202, CPP), o reconhecimento de pessoas ou coisas (artigo 226), a acareação (artigo 229, CPP), os documentos (artigo 231, CPP), os indícios (artigo 239, CPP) e por fim, a busca e apreensão (artigo 240, CPP).

Comentando a respeito dos meios de provas trazidos pelo CPP, Vicente Greco Filho aponta que o rol é exemplificativo, de forma que podem haver outros meios de prova, desde que “consentâneos com a cultura do processo moderno, ou seja, que respeitem os valores da pessoa humana e a racionalidade.” (FILHO, 2015, n.p).

A respeito das provas ilícitas, o Código de Processo Penal, no artigo 157, dispõe que: “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.” (BRASIL, 1941).

A respeito do tema, Aury Lopes Júnior, (2013) destaca que a prova ilícita assim como a prova ilegítima são espécies do gênero das provas ilegais, também conhecidas como provas proibidas.

Aury acrescenta que a diferença entre a prova ilegítima e a prova ilícita reside no fato de que na primeira ocorre uma violação de uma norma somente de direito processual penal, no decorrer do processo, enquanto que na segunda o que viola é o direito material ou as normas constitucionais, no momento da coleta da prova, seja ela anterior ou concomitantemente ao processo. Exemplificando, a prova ilegítima ocorre quando há juntada de documentos fora do prazo, declarações colhidas sem o contraditório, etc., por outro lado, a prova ilícita é a interceptação telefônica ilegal, quebra ilegal do sigilo bancário ou fiscal, dentre outros.

Seguindo a diretriz da conceituação do autor, percebe-se que para este trabalho é importante se ater às provas ilícitas, já que neste tópico pretende-se apresentar apenas as provas que violam aos preceitos fundamentais, e tal violação não ocorre quando há a produção das provas ilegais.

Discorrendo sobre o assunto, Avena entende “como ilícitas as provas obtidas mediante violação de normas que possuam conteúdo material (assecuratório de direitos), sendo necessário, ainda, que essa violação acarrete, direta ou indiretamente, a ofensa a garantia ou a princípio constitucional”. (AVENA, 2014, p. 456).

A título exemplificativo, de acordo com Avena (2014) são consideradas ilícitas as provas decorrentes de afrontamento direto ao texto constitucional, como a interceptação telefônica realizada sem ordem judicial, a qual viola o artigo 5º, XII da CF, bem como as provas decorrentes de afrontamento indireto à Constituição, como por exemplo o interrogatório judicial do réu sob coação, já que tal conduta afronta diretamente o artigo 186 do CPP, o qual dispõe que:

Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo

único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (BRASIL, 1941).

Por sua vez, afronta de forma indireta o artigo 5, LXIII da Constituição Federal, o qual dispõe que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

Por mais que seja repudiada a prova ilícita atrelada ao processo, é um fato que pode ocorrer e, diante disso, vários doutrinadores se ocuparam a descrever quais as medidas a serem tomadas, ao perceberem a ocorrência de tais tipos de provas. Por isso muitas teorias acerca do tema surgiram a respeito.

A teoria dos frutos da árvore envenenada ou teoria da ilicitude por derivação, Nestor Távora (2016) cita que a prova ilícita produzida (árvore), tem o condão de contaminar todas as provas dela decorrentes (frutos). Ou seja, os efeitos da ilicitude de uma prova podem transcender à prova viciada e contaminar todo o material dela decorrente, de modo a ser necessário o desentranhamento dos autos.

Ainda de acordo com Távora (2016), no Brasil, a teoria da árvore envenenada é aceita tanto pelo STF como pela doutrina majoritária, e em virtude da proteção da pessoa humana e da garantia dos princípios constitucionais, são desentranhadas do processo a prova ilícita, bem como a prova dela derivada. Nesse sentido se manifestou o Min. Celso de Mello, no julgamento do HC: 93050 RJ:

[...]A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO . - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária . - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "dueprocessoflaw" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilícitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes . - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar . - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do

ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos . - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária . - A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOUTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)", v.g.. (STF - HC: 93050 RJ, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 10/06/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008 EMENT VOL-02326-04 PP-00700)

Assim, de acordo com a ementa acima colacionada, percebe-se que segundo a teoria dos frutos da árvore envenenada, as provas obtidas por meio de uma primeira prova que foi descoberta por meios ilícitos, deverão ser descartadas do processo, uma vez que são ilícitas por derivação.

Nessa linha de raciocínio, Távora, citando Ada Pellegrini Grinover, Scarance Fernandes e Magalhães Gomes Filho, aduz:

Na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova ilícita transmite-se às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo. (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 844)

Exemplificando, caso uma confissão seja obtida mediante tortura, cujas informações levaram a busca e apreensão, esse ato estará contaminado, pois decorreu de prova ilícita, qual seja, o interrogatório mediante tortura.

Da mesma forma Renato Brasileiro de Lima (2016), discorre que a ordenação jurídica pátria veda a utilização de provas obtidas por meios ilícitos. Nesse ínterim, aponta que, hodiernamente, firmou-se o entendimento de que, desde que reconhecida a ilicitude de uma prova, esta não poderá ingressar no processo, e mesmo se isso ocorrer, deverá ser desentranhada dos autos.

O autor finaliza seu raciocínio dizendo que as vedações às provas ilícitas também se estendem às provas ilícitas por derivação, que em seu entendimento: “são os meios probatórios que, não obstante produzidos, validamente, em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal”. (LIMA, 2016, p. 835).

Significa dizer que as provas ilícitas por derivação são provas que mesmo produzidas validamente e em momento posterior à obtenção da prova ilícita originária, também encontram-se afetadas pelo vício da ilicitude primária.

É de se considerar que a teoria dos frutos da árvore envenenada veio a constar no ordenamento processual pátrio em 2008, com o advento da Lei nº 11.690\08, a qual trouxe nova redação ao § 1º do artigo 157, do CPP, *in verbis*: “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”. (BRASIL, 1941).

A respeito de se admitir a prova ilícita como válida e eficaz no ordenamento jurídico, existem três teorias distintas, as quais serão expostas abaixo.

De acordo com Vinícius Daniel Petry (2003), a primeira teoria, denominada teoria obstativa sustenta que toda e qualquer prova obtida por meios ilícitos, deve ser rejeitada. Por sua vez, a teoria permissiva, dispõe que a prova obtida ilicitamente deve ser reconhecida como válida e eficaz, pois deve permanecer o interesse da justiça, mesmo que signifique a utilização de provas ilícitas para o convencimento do julgador.

O autor continua dizendo que a terceira teoria, denominada de teoria da proporcionalidade, não defende nem inadmissibilidade nem a admissibilidade das provas ilícitas, e citando Julio Fabbrini Mirabete, afirma que a prova colhida com transgressão aos direitos fundamentais é inconstitucional, e logo, deve ser declarada sua ineficácia como meio de prova apta e embasar uma decisão judicial, contudo, a vedação à utilização da prova ilícita pode ser mitigada, de modo a ser possível a utilização de tais provas, desde que tal utilização seja a única forma possível de comprovar outros valores fundamentais ainda mais importantes no caso.

Ou seja, para essa corrente a proibição da utilização das provas obtidas por meios ilícitos é relativo, já que excepcionalmente pode ser abrandada quando tiver em jogo um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental mais importante. Como exemplo, cita-se a possibilidade de uma prova ilícita ser utilizada a favor do réu. Nesse exemplo, como se verá mais adiante, o direito à liberdade do indivíduo não pode ser restringido pela proibição da utilização das provas ilícitas.

Após uma análise do artigo acima citado, percebe que já estão expressas algumas exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada. A primeira delas, na lição de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2016) é a conhecida como teoria da fonte independente, que em síntese, trata da possibilidade de existir no processo, provas que não tenham vinculação nem

nexo com as provas ilícitas, aquelas não serão contaminadas, logo, não serão desentranhadas do processo.

Eugênio Pacelli, a respeito da teoria da fonte independente afirma que “ baseia-se precisamente na ausência fática de relação de causalidade ou de dependência lógica ou temporal (produção da prova posteriormente à ilícita). Fonte de prova independente é apenas isso: prova não relacionada com os fatos que geraram a produção da prova contaminada. Nada mais.” (PACELLI, 2017, p. 191). Diante do exposto, caso a prova derivada não tenha vinculação com a prova ilícita originária, não há que se falar em ilicitude daquela.

Outra exceção, no entender de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2016), é a descoberta inevitável ou exceção da fonte hipotética independente. Aqui, se a prova que decorre de prova ilícita, pudesse ser conseguida por quaisquer atos de investigações válidos, ela será aproveitada, eliminando assim, a contaminação. Ou seja, a prova ilícita, a qual deu ensejo à descoberta de outra prova, que poderia ser colhida mesmo sem a existência da ilicitude, não terá a possibilidade de contaminá-la.

Como já dito no início deste tópico, o princípio constitucional da vedação às provas ilícitas não possui caráter absoluto. Na situação em concreto, Vicente Grego Filho (2015) aponta que será necessário confrontar os bens jurídicos garantidos constitucionalmente, a fim de se admitir ou não a utilização da prova obtida por meio ilícito.

Retomando o assunto sobre a utilização das provas ilícitas em um processo, no Brasil ganha destaque o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, que conforme entendimento majoritário, é aplicado quando favorável ao acusado. Ou seja, quando houver conflito entre bens jurídicos, o magistrado deve dar prevalência aquele bem que for mais relevante. Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2016) apontam que de um lado está o *jus puniendi* estatal e a legalidade na produção probatória, e do outro lado está o *status libertatis* do réu, que tem como objetivo demonstrar sua inocência, a qual deve prevalecer, mesmo que tenha que utilizar a prova ilícita em seu benefício.

Aury Lopes Júnior aponta a possibilidade de admissão e valoração de uma prova ilícita, quando esta beneficiar o réu, já que “o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova”. (LOPES JR. 2014, p. 430).

Significa, portanto, a admissibilidade da prova ilícita quando for em benefício do réu, que para o autor, quando o réu for acusado injustamente de um delito o qual não cometeu, viola o direito à intimidade ou viola o domicílio de alguém a fim de obter a prova da sua inocência.

Tratando do mesmo tema, Avena, (2016) diz que nenhum direito reconhecido na Constituição Federal tem caráter absoluto, por isso, diante da colisão entre princípios, deve

haver uma análise sobre o qual deve ser protegido pelo Estado, sendo plenamente “possível a utilização das provas ilícitas em favor do réu quando se tratar da única forma de absolvê-lo ou de comprovar um fato importante à sua defesa.

Diante de tudo o que foi tratado nesse capítulo, compreende-se que as provas evoluíram paralelamente à evolução da humanidade, deixando de ser utilizadas técnicas como a tortura na medida em que foi se reafirmando os princípios da dignidade da pessoa humana.

No que se refere ao sistema processual penal, foi visto que o Brasil adota o sistema acusatório, tendo em vista que as funções de acusar e julgar pertencem a órgãos distintos, bem como o sistema é pautado pelos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e imparcialidade do juiz.

Hodiernamente, a prova é entendida como um meio destinado a convencer o juiz a respeito do fato que se pretende provar, e para conseguir produzir no magistrado o juízo de certeza a respeito do fato, as partes, inclusive o juiz, possuem liberdade nos meios de obtenção de tais provas, desde que esses meios sejam considerados lícitos e admissíveis pela legislação pátria, logo, são inadmissíveis as provas ilícitas.

A respeito das provas ilícitas, que de acordo com as normas constitucionais e infraconstitucionais é vedada sua utilização no processo pena. Contudo, tal proibição é relativizada quando se trata da utilização das provas ilícitas em favor do réu, ou seja, quando alguma prova ilícita for apta a demonstrar a inocência do acusado. Há de se mencionar também que as provas ilícitas não podem contaminar outras provas no processo, caso isso ocorra, todas serão consideradas ilícitas.

Sendo assim, após breve recapitulação do que foi abordado no decorrer desse capítulo, o próximo passo será tratar a respeito do ônus da prova no processo penal brasileiro, suas peculiaridades e divergências.

2 DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

De acordo com o disposto até o momento, as provas no processo penal possuem como finalidade a reconstrução do fato da forma mais fiel possível, visando fornecer ao magistrado os elementos necessários à sua convicção, almejando, com isso, a busca pela verdade material.

Avena (2014) conceitua a palavra ônus como o “ encargo atribuído às partes de provar mediante meios lícitos e legítimos, a verdade das suas alegações, visando fornecer ao juiz os elementos necessários à formação de sua convicção” (AVENA, 2014, p. 447). Partindo dessa afirmação, o autor em comento, aponta a diferença entre o ônus e a obrigação. Para ele, a obrigação quando não cumprida representa somente ato contrário ao direito, sendo ao descumprimento aplicada penalidade, como por exemplo, no caso da testemunha que uma vez intimada a depor, tem a obrigação de comparecer, e caso não compareça, será conduzida coercitivamente, além do pagamento das despesas da condução eventual responsabilidade penal por crime de desobediência e multa (arts. 218 e 219 do CPP).

No mesmo sentido é a posição de Renato Brasileiro de Lima ao afirmar que:

Os ônus representam um imperativo do próprio interesse, estando situados no campo da liberdade. Ainda que haja seu descumprimento, não haverá qualquer ilicitude, pois o cumprimento do ônus interessa ao próprio sujeito onerado. [...] Em síntese, enquanto o inadimplemento de uma obrigação ou de um dever gera uma situação de ilicitude e traz como consequência a possibilidade de uma sanção, o descumprimento de um ônus configura um ato lícito e não é sancionado. (LIMA, 2016, p. 810).

Nesse ponto de vista, o autor alega que enquanto o descumprimento de uma obrigação gera uma situação de ilicitude e a possibilidade da aplicação de uma sanção, o descumprimento do ônus configura ato lícito, o qual não é sancionado.

Da mesma forma, compreende-se que o ônus representa “um arbítrio relegado à parte onerada, que, realizado, é capaz de conduzi-la ou deixá-la em condição favorável dentro do processo”. (AVENA, 2014, p. 447). Desta forma, o ônus da prova é o encargo que as partes possuem de provar, pelos meios legais e admissíveis, a veracidade das afirmações por elas formuladas durante o desenvolver do processo.

Além do exposto, o ônus da prova possui duas funções, a primeira é a de estimular a produção probatória pelas partes, conhecida como aspecto subjetivo do ônus da prova. Por seu turno, a segunda função, denominada de aspecto objetivo do ônus da prova, consiste em uma regra de julgamento destinada ao juiz, para quando ele se deparar com a incerteza do fato. Sobre tais aspectos, leciona Gustavo Henrique Badaró:

O ônus da prova é um estímulo às partes, já que o risco de uma decisão desfavorável pela não observância do ônus da prova, exerce uma pressão psicológica, instigando as partes a provar os fatos necessários para a obtenção de uma decisão favorável. Essa função estimuladora liga-se ao conceito formal do ônus da prova. De outro lado, quando o juiz encontra em uma situação de dúvida sobre um fato relevante para a decisão do processo, sendo-lhe vedado pronunciar o *non liquet*, será necessário que haja uma regra estabelecendo como deverá ser julgado o processo. Sob esse aspecto, a função do ônus da prova é servir como regra de julgamento para o juiz, indicando como julgar e, conseqüentemente, qual das partes sofrerá as conseqüências negativas da ausência de prova sobre o fato relevante. É o chamado ônus objetivo ou material da prova. (BADARÓ, 2003, p. 194).

Como dito, o ônus da prova possui dupla função: representa um estímulo à atividade probatória das partes e também uma regra de julgamento para o juiz quando estiver diante da incerteza de um fato. Essa incerteza ocorre, porque há situações em que mesmo com os melhores meios de investigação e a produção de toda prova possível para o caso, ainda paira dúvida acerca de algum fato relevante no momento do juiz prolatar sua decisão. Por isso, é importante que haja regra que determine ao juiz como solucionar sobre o fato incerto. E essa regra, Badaró (2003) chama de ônus objetivo da prova.

Por fim, Renato Brasileiro de Lima (2016) diz que o ônus objetivo funciona como uma regra de julgamento destinada ao juiz sobre o conteúdo da sentença que deverá proferir, caso não tenha sido comprovada a verdade de uma afirmação feita no decorrer do processo, logo, é uma regra prática dirigida ao juiz para a solução da demanda quando houver insuficiência de provas de algum fato.

Já no que diz respeito ao aspecto subjetivo, imperiosa se faz a seguinte compreensão do tema nas palavras de Renato Brasileiro de Lima:

Já o aspecto subjetivo do ônus da prova, que é aquele que recai sobre as partes de buscar provas admissíveis e lícitas, capazes de comprovar as afirmações por elas feitas no deslinde do processo. Sob esse aspecto o ônus funciona como regra de conduta entre as partes [...] no âmbito processual penal, o ônus da prova subjetivo é atenuado por força da regra da comunhão da prova e dos poderes instrutórios do juiz. (LIMA, 2016, p. 811).

Em outras palavras, o aspecto subjetivo do ônus da prova, faz com que as partes se sintam estimuladas à produção das provas que possam provar a veracidade dos fatos que alegam, sendo tal ônus atenuado por conta da regra da comunhão das provas e dos poderes instrutórios do juiz. Considerando os ensinamentos de Renato Brasileiro de Lima (2016), por comunhão das provas, entende-se que a prova após produzida não pertence à parte que a introduziu no processo, já que o magistrado deve valorá-la no momento de sua decisão independentemente de quem a produziu.

Enquanto isso, os poderes instrutórios do juiz na visão do autor, consiste na iniciativa probatória que o juiz possui no curso do processo penal. Desta forma, mesmo que alguma parte deixe de produzir a prova para solucionar algum dilema, o juiz por força do artigo 156, II, do CPP, pode determinar de ofício, a produção da prova, a qual será utilizada no julgamento da ação.

Renato Brasileiro de Lima (2016) afirma que a iniciativa probatória do juiz no decorrer do processo penal, é aceita pela maior parte da doutrina como modo subsidiário de determinação das provas, a fim de dirimir dúvidas sobre pontos relevantes. O autor diz também que tal iniciativa probatória do magistrado pode ser exercida em crimes de ação penal pública e privada, desde que observadas as regras do contraditório e da ampla defesa.

Renato Brasileiro de Lima (2016) afirma que por conta da regra da iniciativa probatória que é assegurada ao juiz, o aspecto subjetivo do ônus da prova perdeu sua importância, já que para o autor

mesmo que uma das partes tenha deixado de produzir prova acerca de uma afirmação de seu interesse, isso não implicará, obrigatoriamente, numa consequência que lhe seja desfavorável. Afinal, o juiz poderá formar seu convencimento a partir de todas as provas constantes do processo, quer tenham sido elas produzidas pela parte que se beneficiou com tal prova, quer por iniciativa da parte contrária, quer pela própria iniciativa probatória do juiz. (LIMA, 2016, p. 811).

Além disso, o autor garante que a regra da iniciativa probatória pelo juiz não exclui o ônus subjetivo da prova no processo penal brasileiro, que continua existindo, na medida em que as partes possuem a prerrogativa de produzir provas acerca do fato que deseja provar.

Por fim, a diferença do aspecto objetivo e subjetivo do ônus da prova, de forma sucinta, está no fato de que enquanto o primeiro aspecto funciona como uma regra de julgamento destinada ao juiz quando este se deparar com alguma alegação não comprovada, o segundo dispõe sobre o encargo que recai sobre as partes de comprovar as alegações por elas feitas, o que não destitui o juiz da sua prerrogativa de determinar de ofício, a realização de provas por ele julgadas pertinentes à elucidação da dúvida.

Após breves apontamentos acerca do conceito do ônus da prova, será realizada sucinta análise dos princípios constitucionais da presunção de inocência e *in dubio pro reo*, já que são eles que afirmam que não há um ônus subjetivo ao acusado na ação penal condenatória e a dúvida milita a favor do acusado, até que a acusação prove o contrário.

Logo após, será gizado a respeito de a quem incube o ônus de provar, ou seja, quem tem a incumbência de provar ao alegado e quais são os fatos que deverão ser provados, levando em

consideração a teoria do ônus da prova pertencente à acusação e à defesa, bem como a teoria do ônus da prova exclusivo da acusação, e ao final, a posição dos tribunais a respeito do tema.

2.1 Do Princípio da Presunção de Inocência e *In Dubio Pro Reo*

Dois princípios bases fundamentais do direito material e processual são também aplicados ao ônus da prova. Tratam-se dos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. Hodiernamente, o princípio da presunção de inocência encontra fundamento no artigo 5º, LVII, da CF, o qual dispõe de forma sucinta que até que se transite em julgado a sentença condenatória, o réu é presumidamente inocente. Tal afirmação constitucional é conhecida como uma regra de tratamento, que para Aury (2014) é mais do que uma regra, é um dever de tratamento.

Discorrendo sobre o dever de tratamento, Aury (2014), reconhece que este dever atua em duas dimensões do processo, a dimensão interna e a dimensão externa, e assim as distingue:

Dentro do processo, a presunção de inocência implica um dever de tratamento por parte do juiz e do acusador, que deverão efetivamente tratar o réu como inocente, não (ab)usando das medidas cautelares e, principalmente, não olvidando que a partir dela se atribui a carga da prova integralmente ao acusador (em decorrência do dever de tratar o réu como inocente, logo, a presunção deve ser derrubada pelo acusador). Na dimensão externa ao processo, a presunção de inocência impõe limites à publicidade abusiva e à estigmatização do acusado (diante do dever de tratá-lo como inocente). (LOPES JR. 2014, p. 397).

Com base no acima exposto, depreende-se que a presunção de inocência é uma regra/dever de tratamento em favor do acusado, o qual deve ser tratado como inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Isso porque o princípio da presunção de inocência é norma constitucional que funciona como pilar da ordem jurídica penal brasileira.

A Constituição Federal consagra a nação como um Estado Democrático de Direito, estabelecendo como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. A respeito da presunção de inocência no direito pátrio, essa representa um desdobramento ao respeito pela dignidade da pessoa humana, não se devendo considerar culpado alguém que não foi definitivamente julgado.

Ainda sobre o tema, Eugênio Pacelli (2017), acrescenta que o princípio da presunção de inocência recebeu tratamento distinto pela Constituição de 1988, por conta de não só presumir a inocência do acusado, mas também afirmar como um valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal ou da persecução penal. Desta forma, tal princípio é igualmente

aplicável no âmbito do direito probatório penal, principalmente na distribuição do ônus da prova.

Correlato ao princípio da presunção de inocência, o princípio do *in dubio pro reo*, corrobora a regra de julgamento, na qual a insuficiência de provas equivale à existência de uma dúvida sobre a concretude ou não de determinado fato ou autoria, devendo o juiz, portanto, absolver o acusado.

Avena (2014) afirma que é por meio desse princípio que se privilegia a liberdade do indivíduo em detrimento à pretensão punitiva do Estado, e conclui:

Apenas diante de certeza quanto à responsabilização penal do acusado pelo fato praticado é que poderá operar-se a condenação. Havendo dúvidas, resolver-se-á esta em favor do acusado. Ao dispor que o juiz absolverá o réu quando não houver provas suficientes para a condenação, o art. 386, VII, do CPP agasalha, implicitamente, tal princípio. (AVENA, 2014, p. 80).

Diante do que fora narrado, o princípio do *in dubio pro reo*, informa que em caso de dúvida, o juiz deverá absolver o réu, configurando, portanto, uma regra do processo penal que impõe ao juiz que este deve seguir a tese mais favorável ao acusado todas as vezes que a acusação não tenha careado prova suficiente para obter a condenação deste.

Diante da existência de tais princípios, a doutrina diverge no que tange à possibilidade ou não da distribuição do ônus da prova. Há aqueles, como Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar e Aury Lopes Júnior, que sustentam que os princípios da presunção de inocência e *in dubio pro reo* fazem com que a responsabilidade probatória seja integralmente conferida à acusação, já que somente esta teria o ônus de provar.

Em contrapartida, autores como Renato Brasileiro de Lima, Eugênio Pacelli e Avena acreditam na distribuição do ônus da prova, pois não contrariaria os princípios constitucionais. Assim sendo, a respeito dessas duas correntes divergentes, é o que será discutido adiante.

2.2 Do ônus da prova para da acusação e da defesa – corrente majoritária

O ônus da prova está disposto no artigo 156, *caput*, 1ª parte do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.690 de 2008 da seguinte forma: “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer (...)”. (BRASIL, 1941). Diante disso, para os adeptos dessa corrente, a prova cabe então aquele que afirma determinado ato ou fato, seja a acusação ou defesa, dependendo da natureza da alegação.

Sustentando a tese acima disposta, Avena dispõe que:

Neste contexto, à acusação caberá provar a existência do fato imputado e sua autoria, a tipicidade da conduta, os elementos subjetivos de dolo ou culpa, a existência de circunstâncias agravantes e qualificadoras. Já à defesa, por outro lado, incumbirá a prova de eventuais causas excludentes de ilicitude, de culpabilidade e de tipicidade, circunstâncias atenuantes, minorantes e privilegiadoras que tenha alegado. (AVENA, 2014, p. 447).

No processo penal pátrio, como regra, a acusação detêm o ônus da prova. Contudo, há a possibilidade de o réu chamar para si o interesse de produzir prova, isso ocorre quando alegar algum fato que acarretará a exclusão da ilicitude ou culpabilidade.

Nesse ínterim, o Código de Processo Penal contém uma regra acerca do ônus da prova, a qual, por sua vez, encontra-se inserida no artigo 156, *caput*, primeira parte, determinando que incumbem às partes a prova de suas alegações.

Renato Brasileiro de Lima (2016) afirma que cabe à defesa, no processo penal, o ônus de provar as excludentes de ilicitude (artigo 23 CP), culpabilidade (artigos 21, 22, 26, 27, todos do CP) que são considerados os fatos impeditivos, pois são capazes de obstar a eficácia do direito de punir estatal, ou causas extintivas da punibilidade (artigo 107, CP).

O autor citando Badaró diferencia os fatos impeditivos, modificativos, e extintivos da seguinte maneira:

os fatos impeditivos são aqueles cuja ausência é necessária para a eficácia jurídica dos fatos constitutivos e cujo concurso impede a produção de seus efeitos [...] quando comprovados impedem que o fato constitutivo produza o efeito que lhe é normal ou próprio, que constitui a sua razão de ser. O ônus da prova para os fatos impeditivos é do réu. Os fatos modificativos do direito de punir, cuja prova também incumbiria ao acusado, são como exemplo, a comutação de pena ou a remição. Já os fatos modificativos ou extintivos são fatos que operam em um momento posterior à constituição da relação jurídica tendo a força de modificar a eficácia jurídica já produzida por essa relação ou determinar a sua extinção. O ônus da prova dos fatos modificativos e extintivos incumbe ao réu. (LIMA, 2016, p. 1094).

O autor exemplifica dizendo que os fatos considerados impeditivos são as excludentes de ilicitude e de culpabilidade, pois são capazes de obstar a eficácia do direito de punir do Estado, ao passo que os fatos considerados como extintivos do direito de punibilidade estão previstas no artigo 107 do Código Penal, e são dentre outros a morte do acusado, anistia, graça, indulto, prescrição, etc.

Como dito, ao réu, de acordo com a corrente majoritária, cabe em princípio, a prova da existência do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão acusatória. Isto porque há distribuição do ônus da prova entre acusação e defesa no processo penal. O autor ainda afirma que no tocante ao momento da prova no processo penal pátrio, a regra é de que as provas podem

ser produzidas a qualquer momento. Contudo, o descumprimento do ônus de provar por parte do réu, não acarreta necessariamente a condenação, já que nas palavras de Vicente Greco Filho “o ônus para a defesa é um ônus imperfeito ou diminuído, em virtude do princípio *in dubio pro reo*, que leva à absolvição, no caso de dúvida quanto à procedência da imputação” (FILHO, 2015, n.p).

Renato Brasileiro de Lima (2016) acrescenta que enquanto à acusação cabe provar o fato típico, autoria ou participação, nexos causal e elemento subjetivo (dolo ou culpa), de forma a gerar no julgador um juízo de certeza, por sua vez, a defesa ao provar a presença de causa de excludente de ilicitude, culpabilidade ou causa extintiva da punibilidade, deverá apenas gerar certeza razoável do que se prova, já que a seu favor milita o princípio do *in dubio pro reo*.

Assim o autor sustenta sua tese:

Do lado do ônus da prova da acusação, dúvidas não restam quanto à necessidade de um juízo de certeza por parte do magistrado. Afinal, em virtude da regra probatória que deriva do princípio da presunção de inocência, tem-se que somente é possível um decreto condenatório quando o magistrado estiver convencido da prática do delito por parte do acusado. [...] No que toca à defesa, todavia, sempre se discutiu se seria necessário que a defesa produzisse no magistrado um juízo de certeza, ou se bastaria produzir uma dúvida razoável [...] Em suma, enquanto o Ministério Público e o querelante têm o ônus de provar os fatos delituosos além de qualquer dúvida razoável, produzindo no magistrado um juízo de certeza em relação ao fato delituoso imputado ao acusado, à defesa é suficiente gerar apenas uma fundada dúvida sobre causas excludentes da ilicitude, causas excludentes da culpabilidade, causas extintivas da punibilidade ou acerca de eventual alibi. Há, inegavelmente, uma distinção em relação ao quantum de prova necessário para cumprir o ônus da prova: para a acusação exige-se prova além de qualquer dúvida razoável; para a defesa, basta criar um estado de dúvida. (LIMA, 2016, p. 815).

Segundo a linha de pensamento do autor, enquanto a acusação deve convencer o juiz acerca da existência do fato delituoso para que o réu possa ser condenado, à defesa basta somente apresentar provas da existência das causas excludentes de ilicitude, culpabilidade ou punibilidade, já que na dúvida da existência ou não de tais causas, o juiz deve julgar a favor do réu, em razão do princípio do *in dubio pro reo*.

Guilherme de Souza Nucci (2016) também alega que a regra no processo penal é de que o ônus da prova seja da acusação, salvo quando o réu alegar em seu benefício, algum fato que o beneficiará, seja com a exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, e acrescenta que o ônus da defesa não “deve ser levado a extremos, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência e, conseqüentemente, do *in dubio pro reo*. Com isso, alegada alguma excludente,

feita prova razoável pela defesa e existindo dúvida, deve o réu ser absolvido e não condenado.” (NUCCI, 2016, p. 244).

Por fim, tem-se que bastando o mínimo de certeza sobre alguma excludente de ilicitude ou culpabilidade será possível uma sentença absolutória, já que não é necessário prova certa acerca de tais teses absolutórias, por conta da possibilidade de o acusado ser absolvido, em virtude do princípio do *in dubio pro réu*.

2.3 Do ônus da prova exclusivo da acusação – corrente minoritária

Por outro lado, há aqueles que defendem que o ônus da prova é exclusivo da acusação, como Aury Lopes Jr. (2014) que afirma ser mais contundente dizer que inexistente qualquer ônus probatório ao réu, já que incube ao órgão de acusação a comprovação não só da autoria e materialidade do fato em si, como também a comprovação da não existência de excludentes, sejam elas de culpabilidade ou antijuridicidade:

Gravíssimo erro é cometido por numerosa doutrina (e rançosa jurisprudência), ao afirmar que à defesa incumbe a prova de uma alegada excludente. Nada mais equivocado, principalmente se compreendido o dito até aqui. A carga do acusador é de provar o alegado; logo, demonstrar que alguém (autoria) praticou um crime (fato típico, ilícito e culpável). Isso significa que incumbe ao acusador provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação. Gravíssimo erro é cometido por numerosa doutrina (e rançosa jurisprudência), ao afirmar que à defesa incumbe a prova de uma alegada excludente. Nada mais equivocado, principalmente se compreendido o dito até aqui. A carga do acusador é de provar o alegado; logo, demonstrar que alguém (autoria) praticou um crime (fato típico, ilícito e culpável). Isso significa que incumbe ao acusador provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação. (LOPES JR., 2014, p. 399).

Diante do demonstrado, o autor afirma que incube à acusação a prova, não só dos fatos que constituem o delito, como também da inexistência dos fatos que o exclua, e arremata dizendo que segundo a regra de julgamento, o juiz está proibido de condenar alguém cuja culpabilidade não tenha sido efetivamente provada.

Na mesma linha de pensamento, Renato Brasileiro de Lima (2016), sustenta que, por conta do princípio do *in dubio pro reo*, a parte acusadora tem o ônus de provar a culpabilidade do réu, além de qualquer outra dúvida sobre algum elemento do crime, e não o acusado têm o ônus de provar sua inocência, para tanto, o autor afirma que “recai exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova, incumbindo-lhe demonstrar que o acusado praticou o fato delituoso que lhe foi imputado na peça acusatória”. (LIMA, 2016, p. 20).

Consoante o entendimento do doutrinador, sempre que o juiz da causa se deparar com alguma dúvida, esta deve favorecer o acusado, já que não cabe ao réu a obrigação de provar que não praticou o delito, e sim, à parte acusadora provar que o acusado praticou a conduta delituosa cuja prática lhe é atribuída.

Nestor Távora e Rosmar Alencar (2016), apesar de admitirem que a possibilidade da distribuição do ônus da prova vem sendo aceita pelos Tribunais e pela majoritária parte da doutrina, não compartilham do mesmo entendimento. Para eles a acusação

tem o ônus de evidenciar suas alegações de maneira que não recaia dúvida sobre a imputação, bem como de refutar dúvidas que tenham sido colocadas pela defesa, alijando incertezas quanto a qualquer argumento defensivo. O ônus é todo do Ministério Público, a perspectiva do processo penal condenatório. (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 869).

Para os autores, tal distribuição é incompatível com os princípios processuais e penais, conhecidos como presunção de inocência e *in dubio pro reo*, já que a prova da alegação, ou seja, o ônus de provar cabe ao órgão acusador.

Sendo assim, as opiniões dos doutrinadores citados acima, fundamentam-se no fato da impossibilidade da distribuição do ônus da prova em virtude dos princípios da presunção de inocência e *in dubio pro reo*, já que tais princípios garantem, salvo prova inequívoca em contrário, que o acusado é inocente, e reconhecer como válida tal distribuição, segundo o posicionamento debatido, seria ignorar a existência dos princípios bases do processo penal, impondo ao acusado o dever de provar algo que não está obrigado.

2.4 Inversão do ônus da Prova

A respeito desse tema, somente alguns doutrinadores tecem breves comentários, apesar disso, todos estão em sintonia, ao afirmar a impossibilidade do ônus da prova como regra no processo penal.

Guilherme de Souza Nucci (2016), afirma que no direito processual penal é inadmissível como regra a inversão do ônus da prova, e acrescenta que cabe sempre ao órgão acusador provar os fatos alegados na denúncia. Não importando que o agente seja surpreendido na posse do bem produto do suposto crime, o qual também não se pode presumir que tenha ocorrido. Tudo deve ser provado pela acusação e jamais deve se inverter tal ônus.

Nestor Távora e Rodrigues Alencar (2016), afirmam que o processo penal, em regra, não há a inversão do ônus da prova, pois para eles a acusação, de acordo com a corrente que o

ônus da prova exclusivo da acusação, é dela o ônus de provar suas alegações, de forma a não restarem dúvidas acerca da imputação, bem como o ônus de refutar dúvidas levantadas pela defesa.

Contudo, os mesmos autores admitem a possibilidade da inversão do ônus da prova somente em relação às medidas cautelares da Lei de Lavagens de Capitais (Lei nº 9.613/1998), já que a lei em questão prevê não a aplicação do *in dubio pro reo*, porém, inversamente, a do *in dubio pro societate*. Tal possibilidade encontra-se no artigo 4º, e parágrafos da referida Lei. Esse posicionamento é reforçado por Renato Brasileiro de Lima (2016) que entende que apenas na Lei de Lavagens de Capitais é possível a inversão do ônus probatório. No que se refere à inversão do ônus da prova como regra no processo penal, o autor se posiciona no sentido de ser impossível tal inversão, por conta do princípio do *in dubio pro reo* e presunção de inocência.

Apesar da posição doutrinária a respeito da impossibilidade da inversão do ônus da prova no processo penal, salvo, como já dito, nas hipóteses determinadas pela Lei de Lavagens de Capitais, é crescente na jurisprudência pátria, a possibilidade da inversão do ônus da prova em matéria criminal, diante da ocorrência de alguns fatos específicos, como por exemplo quando o acusado é encontrado na posse da *res*, objeto do suposto crime. Em outras palavras, têm-se admitido a possibilidade de impor ao réu o ônus de provar sua inocência.

A respeito da inversão do ônus da prova adotada pelos Tribunais de Justiça Estaduais, caso o acusado venha a ser encontrado em posse da coisa, objeto do suposto crime, cabe a ele provar a sua inocência, ou seja, provar a licitude do bem. Não raro ainda, o suposto autor ser condenado caso não consiga contraprovar aquilo alegado pela acusação.

E é sobre a adoção da inversão do ônus da prova pelos tribunais brasileiros o tema em análise do próximo capítulo, com especial observância ao posicionamento do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul.

3 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS A RESPEITO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Após breves análises sobre o ônus da prova, bem como a possibilidade de sua inversão no processo penal pátrio, passa-se, a partir de agora, à análise a respeito de alguns julgados em que tal prática foi adotada, para então se compreender melhor a temática proposta neste trabalho de conclusão de curso.

Inicia-se tal esboço com demonstração de julgados do STF, onde, por sua vez, será demonstrado que as decisões deste Tribunal estão em consonância com a doutrina no que diz respeito à impossibilidade da inversão do ônus da prova.

Frisa-se, ainda, que a inversão do ônus da prova a ser tratada nos próximos tópicos não é a autorizada pela Lei de Lavagens de Capitais (Lei nº 9.613/1998) e, por isso, a inversão ocorrida quando o réu é onerado a comprovar a sua inocência configura instituto que, por sua vez, não encontra respaldo legal e como afirmado por Renato Brasileiro de Lima (2016), Guilherme de Souza Nucci (2016), Nestor Távora e Rosmar de Alencar (2016), contraria os princípios da presunção de inocência e *in dubio pro reo*.

3.1 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal

Considerando os julgados colacionados logo abaixo, nota-se que o Supremo Tribunal Federal se posiciona no sentido da impossibilidade da inversão do ônus da prova.

Nesse sentido, no *Habeas Corpus* (HC) 107448, o STF concluiu que cabe ao Ministério Público o ônus de provar a imputação penal, e não ao réu provar que não cometeu o delito pelo qual está sendo processado:

PROCESSO-CRIME – PROVA. Cabe ao Ministério Público comprovar a imputação, contrariando o princípio da não culpabilidade a inversão a ponto de concluir-se pelo tráfico de entorpecentes em razão de o acusado não haver feito prova da versão segundo a qual a substância se destinava ao uso próprio e de grupo de amigos que se cotizaram para a aquisição. STF - HC: 107448 MG, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 18/06/2013.

Assim sendo, evidencia-se que a decisão do Tribunal baseia-se no fundamento da não culpabilidade, o qual também é chamado de presunção de inocência, que além de definir que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, também preceitua que cabe à acusação fornecer prova do crime e sua autoria.

Em outra decisão (HC 88344/PE), o STF reconheceu a inépcia da denúncia ofertada pelo Ministério Público do Estado de Pernambuco pelo fato de que, no caso, houve a inversão do ônus da prova, já que impuseram aos réus provarem a não ocorrência do dolo específico quanto ao inadimplemento de duplicatas emitidas quando da abertura da sociedade empresária, quando tal prova deveria ficar a cargo da acusação. Segue um trecho da decisão:

[...] de outra parte, percebe-se, na espécie, que inverte o ônus da prova em desfavor dos pacientes, uma vez que, nos moldes como formulada a denúncia, impõe-se aos acusados a obrigação de provar a ausência do dolo específico [...]. HC 88344/PE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 12/12/2006, Dje 23/02/2007.

Mais uma vez está presente e utilizado como fundamentação acerca da não aceitação da inversão do ônus da prova o princípio da presunção de inocência, onde não cabe ao acusado (acusados, no caso) a prova de não ter agido na situação com dolo específico.

Abaixo se tem outra decisão proferida no HC 97701, contra decisão da 4ª Vara Criminal de Campo Grande- MS, na qual, sob o fundamento de que para aplicação do benefício previsto no Artigo 33, § 4º da Lei de Drogas, competia à defesa o ônus da comprovação da primariedade e dos bons antecedentes do réu, a qual não teria feito tal prova. No julgamento sobre relatoria do Min. Ayres Brito restou firmado que não cabe ao réu provar sua primariedade e bons antecedentes, por conta do princípio da não culpabilidade. Por isso foi determinada a modificação da decisão para conceder o benefício ao réu. Cita-se um trecho do julgado onde nota-se que não é admitido o uso da presunção da culpabilidade do indivíduo, já que tal presunção acarreta na inversão do ônus da prova.

[...] Prossegue a acionante para aduzir que as instâncias precedentes incorreram em indevida “presunção de culpabilidade”, invertendo o ônus da prova que, constitucionalmente, é imposto ao órgão acusatório. [...] Supremo Tribunal Federal STF - HABEAS CORPUS : HC 97701 MS

Em situação parecida, novamente o STF decidiu no sentido de que

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. TRANSNACIONALIDADE. ARTS. 33 E 40, I, DA LEI 11.343/2006. DELAÇÃO PREMIADA. ART. 41 DA LEI DE DROGAS. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO. DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO. AFASTAMENTO DE CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. MAUS ANTECEDENTES. ENVOLVIMENTO COM ATIVIDADES CRIMINOSAS. AUSÊNCIA DE PROVAS. ÔNUS DA ACUSAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O benefício decorrente da delação premiada na Lei de Drogas (art. 41 da Lei 11.343/2006), ante a ausência de informações conclusivas nos autos, depende de

exame de matéria de fato, cujo revolvimento é inviável em sede de habeas corpus. (HC 101.346/SP, Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, Julgamento em 9/3/2010; HC 89.847/BA, Relatora Min. Ellen Gracie, Segunda Turma) 2. O dever de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, da Constituição) exige do magistrado fundamentação idônea no momento do indeferimento de benefício na dosimetria da pena. (HC 105.278/RN, Relator Min. Ayres Britto, Segunda Turma, Julgamento em 19/10/2010; HC 99.608/SP, Relator Min. Eros Grau, Segunda Turma, Julgamento em 15/12/2009). 3. **O princípio da presunção de inocência veda a possibilidade de alguém ser considerado culpado com respaldo em simples presunção ou em meras suspeitas, sendo ônus da acusação a comprovação de fatos utilizados para a exacerbação da reprimenda penal,[...] os maus antecedentes criminais dependem de comprovação, não sendo essa prova exigível do próprio réu, sendo certo que, se não houve diligências nesse sentido, é inadmissível que fato objeto de dúvida nos autos conduza à presunção de que o recorrente se dedicava a atividades criminosas, repercutindo na aplicação da sanção penal.** 5. Recurso parcialmente provido para remeter-se ao juízo da execução a alteração da dosimetria da pena, para se aplicar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Supremo Tribunal Federal STF - RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS : RHC 107759 RJ

Diante do exposto, nota-se que o STF não admite a aplicação da inversão do ônus da prova, por contrariar o princípio da presunção de inocência e *in dubio pro reo*, o que, por seu turno, fundamenta o que se discorre no presente trabalho.

Nesse diapasão, a partir de agora será apresentado o posicionamento dos Tribunais de Justiça Estaduais a respeito do tema em debate.

3.2 Posicionamentos dos Tribunais de Justiça Estaduais

Apesar do STF se manifestar no sentido de que não há a possibilidade da inversão do ônus da prova no processo penal, já que tal instituto contraria os princípios do *in dubio pro reo* e presunção de inocência, os Tribunais de Justiça dos Estados Federados não possuem solidificado este mesmo entendimento, ao contrário, estão admitindo a inversão do ônus da prova no processo penal.

Como ponto de partida abaixo encontra-se a ementa da decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

PENAL. PROCESSO PENAL. RECEPÇÃO. CONFIGURADO O DOLO ESPECÍFICO DO CRIME. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. **O réu abordado na posse de aparelho celular roubado, comprado por quantia abaixo do valor do mercado, sem nota fiscal, em feira popular, atrai para si o ônus de demonstrar que não conhecia a origem ilícita da coisa, objeto da recepção.** 2. Se o réu satisfaz aos requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal e foi condenado a pena privativa de liberdade de 1 (um) ano de reclusão, substitui-se a pena corporal por 1 (uma) restritiva de direitos ou por multa (artigo 44, § 2º, 1ª parte, do Código Penal). 3. Dado parcial provimento ao recurso do réu. (TJ-DF - APR: 20140410132120, Relator: JOÃO

TIMÓTEO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 12/11/2015, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 18/11/2015 . Pág.: 139)

Nota-se, de acordo com este primeiro entendimento, qual seja do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que fora admitida a inversão do ônus da prova no referido processo criminal, onde reconheceu-se a atração do ônus da prova ao sujeito demandado judicialmente em crime de receptação de um aparelho celular que foi encontrado em sua posse. Dessa forma, tal Tribunal de Justiça compreendeu ser admissível a comprovação da não receptação pelo acusado, e não o ônus do Ministério Público em comprovar a prática delituosa.

Da mesma forma já decidiu o TJ do estado de São Paulo:

APELAÇÃO. FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES. DENÚNCIA NOS MOLDES DO ART. 41, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. TESTEMUNHO DE POLICIAL. VALIDADE. "RES" ENCONTRADA NA POSSE DO RECORRENTE, O QUE EXIGE EXPLICAÇÃO SOBRE A POSSE ESPÚRIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PRECEDENTES. FURTO CONSUMADO. REGIME ABERTO. IMPROVIMENTO DO RECURSO. 1. A denúncia atende a todos os reclamos do art. 41, do Código de Processo Penal, tendo descrito o fato típico e antijurídico com todas as suas circunstâncias, possibilitando o exercício da ampla defesa ao réu. 2. Materialidade e autoria comprovadas com relação ao crime de furto qualificado pelo concurso de agentes. 3. Depoimento do policial militar merece credibilidade. Depoimento este que, em Juízo, sintonizou-se com o depoimento prestado extrajudicialmente, a contribuir, ainda mais, para a veracidade do seu testemunho. Validade do seu depoimento, mormente quando submetido ao crivo do contraditório e corroborado pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito. Precedentes do STF e do STJ. 4. **A apreensão da "res" em poder do acusado acarreta a inversão do ônus probatório, competindo-lhe a apresentação de justificativa inequívoca para a posse do bem. Precedentes do TJSP. 5. Concurso de agentes devidamente comprovado pela prova oral judicial, a qual demonstrou ter o réu feito uso da companhia de um comparsa para a incursão criminosa, todos vinculados psicologicamente para o ideal criminoso. 6. Crime de furto consumado, pouco importando ter havido a recuperação da "res furtiva" por parte da vítima, uma vez que o crime de furto se consuma com a posse da coisa alheia móvel, não interessando se o agente a retirou da esfera de disponibilidade da vítima ou se teve a posse tranquila e desvigiada. Precedentes do STF e do STJ. 7. Dosimetria da pena fixada de modo escorreito. 8. Regime aberto. Réu primário, circunstância que o torna beneficiário da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, requisitos alcançados e previstos no art. 44, do Código Penal. 9. Improvimento do recurso defensivo. (TJ-SP - APL: 00028794220118260568 SP 0002879-42.2011.8.26.0568, Relator: Airton Vieira, Data de Julgamento: 21/05/2015, 1ª Câmara Criminal Extraordinária, Data de Publicação: 18/06/2015).**

Observa-se que novamente o Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, apoiou-se na possibilidade da inversão do ônus da prova para fundamentar que seria ônus dos réus, os quais são acusados de terem praticado o crime de furto qualificado pelo concurso de agentes, provarem que o bem qual fora localizado na posse deles, advinha de origem lícita.

O Tribunal de Justiça de Roraima também considera que a apreensão da *res furtiva* em posse do acusado é fator para inverter-se o ônus da prova, a ponto de embasar a condenação.

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO (ART. 155 DO CÓDIGO PENAL). ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE. APREENSÃO DA RES FURTIVA EM PODER DO ACUSADO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. APELO NÃO PROVIDO. A convicção do julgador se forma a partir dos diversos elementos de prova, dispostos segundo encadeamento lógico, de modo a demonstrar a real dinâmica dos fatos. **A inexplicável apreensão dos bens objeto do furto em posse do acusado impõe sua condenação, posto que em tal hipótese justifica-se a inversão do ônus da prova.** (TJ-RR - ACr: 0010130048563, Relator: Des. MOZARILDO CAVALCANTI, Data de Publicação: DJe 12/12/2014).

No caso acima, o TJ de Roraima admitiu a possibilidade da inversão do ônus da prova no crime de furto, mediante a justificativa que os bens provenientes do suposto crime foram encontrados em posse do acusado.

O mesmo argumento acima é utilizado para sustentar várias decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, abaixo está uma delas:

APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO SIMPLES - RES FURTIVA ENCONTRADA NA POSSE DO RÉU - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - CONDENAÇÃO MANTIDA Nos crimes contra o patrimônio, a apreensão da res furtiva em poder do acusado comete-lhe o ônus de demonstrar, inequivocamente, que não a subtraiu. Não o fazendo, impõe-se sua condenação. (TJ-MG - APR: 10105120116865001 MG, Relator: Fortuna Grion, Data de Julgamento: 04/02/2014, Câmaras Criminais / 3ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 12/02/2014).

Consoante o entendimento adotado pelos Tribunais de Justiça citados acima, o TJ de Minas Gerais também se posicionou no sentido de que no crime de furto, a *res furtiva* encontrada com o agente, faz com que o ônus da prova seja invertido, de forma a considerar o acusado como aquele que deve provar a sua inocência e, caso não consiga prová-la será condenado.

O Tribunal de Justiça do Piauí, também afirma pertencer ao indivíduo surpreendido na posse do bem proveniente do suposto crime, o ônus de provar a posse lícita do bem:

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA TENTATIVA DE FURTO SIMPLES. QUALIFICADORA PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. NECESSIDADE. EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA. REDUÇÃO DA PENA. EXCLUSÃO QUALIFICADORA DO CONCURSO DE PESSOAS. IMPOSSIBILIDADE. RÉUS PRESOS NA POSSE DOS BENS SUBTRAÍDOS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CUSTAS PROCESSUAIS. 1. Necessária a realização de perícia para a caracterização do rompimento de obstáculo, exceto em caso de ausência de vestígios. Por isso, deve ser decotada a qualificadora ante a ausência de laudo pericial nos autos.

2. **Não se pode afastar a qualificadora do concurso de pessoas quando os recorrentes foram presos na posse dos bens subtraídos e não lograram provar ser esta posse lícita.** 3. Deve-se isentar os apelantes das custas processuais nos termos do art. 3.º, da Lei n.º 1.060/50. 4. Recurso parcialmente provido. (TJ-PI - APR: 00249614420138180140 PI 201400010081722, Relator: Des. Joaquim Dias de Santana Filho, Data de Julgamento: 27/05/2015, 2ª Câmara Especializada Criminal, Data de Publicação: 02/06/2015).

Consoante o entendimento do Tribunal de Justiça do Piauí, acima colacionado, o Tribunal decidiu no sentido de que não se pode afastar a qualificadora do concurso de pessoas no furto qualificado pois além dos acusados terem sido presos na posse dos bens subtraídos, também não obtiveram êxito em provarem a posse lícita dos bens.

De igual modo, o Tribunal de Justiça do Amazonas decidiu no sentido de caber ao réu o ônus de provar sua inocência:

APELAÇÃO CRIMINAL. **CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO COMETIDO DURANTE O REPOUSO NOTURNO. ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE COMPROVADA. AGENTE ENCONTRADO NA POSSE DA RES FURTIVA. AUTORIA VERIFICADA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL ACERCA DA PROCEDÊNCIA DO BEM. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.** I ? Diante das provas apresentadas, há de ser mantida a condenação do apelante pela prática de furto majorado pelo cometimento durante o repouso noturno, tal como descrito na denúncia, sobretudo pelas palavras firmes e coerentes da vítima e das testemunhas, **além de o apelante não ter logrado êxito em desconstituir as provas produzidas em seu desfavor;** II ? Apelação conhecida e improvida. (TJ-AM - APL: 00005049620158040000 AM 0000504-96.2015.8.04.0000, Relator: Encarnação das Graças Sampaio Salgado, Data de Julgamento: 03/09/2015, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: 04/09/2015).

O tribunal de Justiça do Amazonas, como visto acima, afirma que no crime de furto, prevalece a condenação do acusado tendo em vista que este não conseguiu provar sua inocência, pois, como ele fora localizado na posse da *res furtiva*, caberia a ele a prova da procedência lícita dos bens. O tribunal ainda afirmou que além do acusado não ter produzido provas em seu favor, também não conseguiu desconstituir as provas que foram produzidas em seu desfavor.

Igualmente, o Tribunal de Justiça do estado de São Paulo também admite a inversão do ônus da prova no crime de tráfico de drogas:

Apelação. Sentença de desclassificação para o crime do artigo 28 da Lei de Drogas. Recurso ministerial buscando a condenação por tráfico, por haver prova suficiente. Processo penal. Prova. **Tráfico de entorpecentes. Réu que é visto por policiais em atitude típica de traficância e em cuja casa é encontrada quantidade relevante de droga. Álibi não comprovado. Condenação decretada.** Incidência do redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei Especial. Impossibilidade. **As circunstâncias dos fatos geram presunção de não-satisfação de todos os requisitos legais. Inversão do ônus da prova. Precedente da C. Câmara Criminal.** Fixação de regime inicial

fechado. Necessidade. Observância da Lei de Crimes Hediondos. Tráfico ilícito de drogas. Aplicação de penas alternativas a traficante. Impossibilidade. Ausência de inconstitucionalidade no artigo 44, caput, da Lei de Tóxicos. Recurso provido.(TJ-SP - APL: 00007382520148260510 SP 0000738-25.2014.8.26.0510, Relator: Souza Nery, Data de Julgamento: 23/10/2015, 6ª Câmara Criminal Extraordinária, Data de Publicação: 26/10/2015).

Como visto acima, mais uma vez o Tribunal de Justiça de São Paulo, aplicou a inversão do instituto do ônus da prova, dessa vez no crime de tráfico de drogas, pelo fato de que como o réu fora preso e com ele encontrada substâncias entorpecentes, a ele então caberia a prova de sua inocência, que no caso, era provar o hálibi.

Semelhantemente é o posicionamento do TJ de Goiás:

Apelação Criminal. **Receptação em concurso formal. 1 - Ônus da prova. Inversão.** Manutenção da condenação. **A apreensão de veículo e de semijoias de procedências ilegais na posse do agente gera para ele o ônus de demonstrar as origens lícitas dos bens, objetos das receptações.** Devidamente comprovadas a materialidade e autoria do crime, impõe-se a confirmação da sentença condenatória, desprovendo o pleito absolutório. 2 - Inaplicabilidade do princípio da insignificância. Inviável a aplicação do princípio da insignificância ao caso porque, além do valor dos bens receptados serem de considerável monta, o apelante ostenta em seu desfavor ações penais em andamento e condenações transitadas em julgado. 3 - Redução da pena-base. Se algumas circunstâncias judiciais foram analisadas impropriamente, a reprimenda basilar deve ser redimensionada. No entanto, não deve reduzi-la no mínimo legal, quando presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis. 4 - Apelo conhecido e parcialmente provido. TJ/GOIÁS, APELAÇÃO 59147-25.2014.8.09.0006, Relator Des. FABIO CRISTOVAO DE CAMPOS FARIA, julgado em 02/12/2014, DJe 08/01/2015).

Nota-se, de acordo com a ementa citada acima, que o Tribunal de Justiça de Goiás, no crime de receptação apontou a incidência da inversão do ônus da prova em desfavor do acusado, já que, de acordo com o entendimento, a apreensão de bens ilegais na posse do acusado gera a ele o ônus de provar a licitude dos bens.

Por fim, o TJ do Espírito Santo compartilha do mesmo entendimento:

RECEPTAÇÃO - ART. 180,CAPUT, DO CÓDIGO PENAL - ABSOLVIÇÃO - RES FURTIVAAPREENDIDA NA POSSE DO ACUSADO - NÃO APRESENTAÇÃO DE JUSTIFICATIVA RAZOÁVEL SOBRE A ILICITUDE DO BEM APREENDIDO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - RECURSO DESPROVIDO.1- Restando comprovada a origem criminosa da res apreendida em poder do agente, inverte-se o ônus da prova, cabendo ao possuidor demonstrar, de forma inequívoca, a licitude do bem. 2- In casu, restou caracterizado o dolo direto da conduta típica prevista no caput, do art. 180 do Código, uma vez que foi flagrantemente preso conduzindo uma motocicleta que sabia ser produto de roubo. Essa é a conclusão que se pode extrair diante das provas produzidas e da própria conduta do apelante, que além de não conseguir destituir as presunções geradas no fato da res furtiva ter sido apreendida em seu poder, sem qualquer justificativa plausível, não fez qualquer prova acerca da origem do bem. 3- Recurso desprovido.TJ/ESPÍRITO SANTO, APELAÇÃO

0013928-71.2009.8.08.0012 (012090139283), Relator Des. MANOEL ALVES RABELO, julgado em 12/06/2013.

Desta vez foi o Tribunal de Justiça do estado do Espírito Santo que afirmou que cabe ao acusado no crime de receptação, quando surpreendido na posse da *res furtiva* apresentar provas as quais comprovem a origem lícita do bem. Portanto, de acordo com o Tribunal, neste caso deve inverter-se o ônus da prova em desfavor do acusado para que ele prove a sua inocência.

Diante do exposto, nota-se que não há uma unidade de posicionamento entre o STF e os Tribunais Estaduais, já que, em dissonância ao entendimento do STF, os Tribunais dos Estados Federados, têm decidido à favor da presunção da culpabilidade no direito penal ao reconhecerem a possibilidade da inversão do ônus da prova em desfavor do acusado, o que, por seu turno, e diante da interpretação da sistemática processual constitucional, é vedado por conta da aplicação dos princípios da presunção de inocência e *in dubio pro reo*.

Além dos posicionamentos acima citados serem contrários ao disposto pelo STF e não encontrarem respaldo legal, percebe-se que os Tribunais não fundamentam suas decisões, tanto é que em nenhuma das ementas utilizadas na presente pesquisa, foi encontrada a fundamentação acerca do posicionamento apresentado. Tal falta de fundamentação viola o artigo 93, IX da CF, que determina que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário devem ser fundamentados, sob pena de nulidade.

Como outrora proposto, a presente pesquisa optou por melhor detalhar e abordar o posicionamento do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul a respeito da temática até aqui discutida e, por tal fato, o próximo tópico dedica-se à referente problemática.

3.3 Posicionamento do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul

Da mesma forma, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do sul, em reiteradas decisões admite a inversão do ônus da prova como forma a onerar o acusado a comprovar sua inocência. Abaixo seguem algumas ementas sobre tal assunto:

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – PENAL E PROCESSO PENAL – TRÁFICO DE DROGAS E RECEPTAÇÃO – PLEITO ABSOLUTÓRIO QUANTO AO CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO – TESE NÃO ACOLHIDA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE INDICAM CIÊNCIA DA ILICITUDE DO BEM – PENA-BASE – REDUZIDA – ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – TÃO PREPONDERANTE QUANTO A REINCIDÊNCIA – AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA – MANTIDA – TRÁFICO PRIVILEGIADO – NÃO PREENCHIMENTOS DOS REQUISITOS LEGAIS – REGIME PRISIONAL – RATIFICADO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR

RESTIRATIVAS DE DIREITO – INVIABILIDADE – RECURSO PROVIDO EM PARTE. O dolo do agente no crime de receptação é aferido pelas circunstâncias fáticas do evento criminoso, que demonstram o elemento subjetivo do tipo. **Além disso, a apreensão do bem em poder do agente enseja a inversão no ônus da prova, incumbindo-lhe demonstrar a sua procedência lícita. O arcabouço probatório acostado aos autos, aliado à inversão do ônus probatório, permitem concluir pela manutenção da condenação do acusado.** Cabível a redução da pena-base, quando há circunstâncias judiciais negativas, com motivação inidônea para exasperar a pena-base. Não há se falar em concessão da benesse do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, quando o agente não preenche os requisitos legais. Inviável o afastamento da reincidente, porquanto o apelante possui uma condenação com trânsito em julgado com data anterior aos fatos narrados na peça acusatória, não descaracterizando aludida agravante, o fato de se referir a uma condenação por crime contra o patrimônio. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o EREsp n. 1.154.752/RS, uniformizou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência, haja vista que é tão preponderante quanto a reincidência. Considerando-se a pena total fixada ao acusado, bem como a sua reincidência, o regime inicial de cumprimento da pena deve ser o fechado, nos termos do art. 33, § 2º, a do CP. Incabível, outrossim, substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que o réu não preenche os requisitos legais previstos no artigo 44, do Código Penal. (TJ-MS - APL: 00024910220168120004 MS 0002491-02.2016.8.12.0004, Relator: Des. Manoel Mendes Carli, Data de Julgamento: 22/08/2017, 1ª Câmara Criminal).

Diante da posição acima nota-se que o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul também partilha do entendimento acerca da possibilidade da inversão do ônus da prova no processo penal. De acordo com a ementa, o réu é acusado de ter praticado os crimes de receptação e tráfico de drogas, sendo que com ele foi encontrado os bens do crime, de tal forma que caberia a ele demonstrar a procedência lícita do bem.

De igual modo:

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PENAL E PROCESSO PENAL – ART. 180, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL – RECEPÇÃO – RECURSO DA DEFESA – ABSOLVIÇÃO DA RECEPÇÃO – TESE NÃO ACOLHIDA – CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE INDICAM CIÊNCIA DA ILICITUDE DO BEM – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – PENA-BASE – MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. O dolo do agente no crime de receptação é aferido pelas circunstâncias fáticas do evento criminoso, que demonstram o elemento subjetivo do tipo. **Além disso, a apreensão do bem em poder do agente enseja a inversão no ônus da prova, incumbindo-lhe demonstrar a sua procedência lícita. O arcabouço probatório acostado aos autos, aliado à inversão do ônus probatório, permitem concluir pela manutenção da condenação dos acusados.** Incabível a redução da pena base, quando há circunstâncias judiciais negativas, com motivação idônea, para exasperar a pena. (TJ-MS - APL: 00025215320158120010 MS 0002521-53.2015.8.12.0010, Relator: Des. Manoel Mendes Carli, Data de Julgamento: 31/01/2017, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 02/02/2017).

De acordo com o julgado acima, o Tribunal decidiu que no crime de receptação em que o bem foi apreendido em poder do acusado, inverte-se o ônus da prova, incumbindo ao acusado demonstrar a procedência lícita do bem.

Além da posição adotada pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, no sentido de que a apreensão do bem em poder do agente enseja a inversão do ônus da prova, o mesmo Tribunal por diversas vezes veio aplicando a inversão do ônus da prova fundamentando no artigo 156 do Código de Processo Penal:

APELAÇÃO CRIMINAL – **TRÁFICO DE DROGAS** - PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA - INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE OITIVA DE TESTEMUNHA - DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ – PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO: DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONDUTA DO ARTIGO 28 DA LEI N.º 11.343/06 – PORTE PARA USO PRÓPRIO – ALEGAÇÃO DEFENSIVA - **INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – ART. 156 DO CPP** – PROVAS SEGURAS DA DESTINAÇÃO COMERCIAL – IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO. TRÁFICO PRIVILEGIADO – CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA - § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/06 – ANTECEDENTES - SÚMULA 444 DO STJ - CONSIDERAÇÃO TANTO NA PRIMEIRA QUANTO NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA - PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS – DIREITO SUBJETIVO DO AGENTE – CONCESSÃO. PENA-BASE – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MOTIVAÇÃO NA INDIVIDUALIZAÇÃO - ARTS. 5.º, XLVI E 93, IX, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ANTECEDENTES, CONDUTA SOCIAL, PERSONALIDADE, MOTIVO E CONSEQUÊNCIAS – VALORAÇÃO EQUIVOCADA - DECOTE - CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME – QUANTIDADE DA DROGA (672 GRAMAS DE MACONHA) – MODULADORA PREPONDERANTE DESFAVORÁVEL - REDUÇÃO DA PENA- BASE. REGIME INICIAL - OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DO ARTIGO 59 DO CP E 42 DA LEI 11.343/2006 – ARTIGO 33, § 2.º, 'B' DO CÓDIGO PENAL. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL PARA O SEMIABERTO - SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO – IMPOSSIBILIDADE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – Não merece reparo a decisão que indefere, motivadamente, oitiva de testemunha que não trará esclarecimento do fato pelo qual foi o réu denunciado (tráfico de drogas), por ser possível ao juiz, dentro do sistema do livre convencimento motivado, indeferir a realização das provas que entender impertinentes (art. 184 do CPP). II – O cerceamento de defesa capaz de anular a sentença ocorre quando se vislumbra ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Desde que oportunizada a abordagem adequada de todos os aspectos essenciais do processo, impossível falar-se em nulidade. III – O fato de o agente ser usuário não significa que a substância entorpecente apreendida destinava-se exclusivamente ao uso próprio, posto ser bastante comum a figura do "usuário-trafficante". **Por tratar-se de alegação do interesse da defesa, inverte-se o ônus da prova, nos termos do artigo 156 do CPP.** [...](TJ-MS - APL: 00105730220148120001 MS 0010573-02.2014.8.12.0001, Relator: Des. Dorival Moreira dos Santos, Data de Julgamento: 27/08/2015, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 23/09/2015).

Por meio da decisão acima, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, no crime de tráfico de drogas, foi reconhecida a possibilidade da inversão do ônus da prova em desfavor do acusado, sob o argumento de que por tratar-se de alegação do interesse da defesa, cabia ao acusado nos moldes do artigo 156 do CPP provar que a droga encontrada em sua posse destinava-se ao seu consumo pessoal e não à traficância.

Da mesma forma:

APELAÇÃO CRIMINAL – **TRÁFICO DE DROGAS** – DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06 – PORTE PARA USO PRÓPRIO – ALEGAÇÃO DEFENSIVA – **INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – ART. 156 DO CPP** – PROVAS SEGURAS DA DESTINAÇÃO COMERCIAL – DEPOIMENTOS DE POLICIAIS – VALIDADE – COERÊNCIA COM OUTROS ELEMENTOS DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL – MODULADORA DESFAVORÁVEL – ANTECEDENTES – ELEIÇÃO DO MAIS GRAVOSO - DESPROVIMENTO. I – O fato de o agente ser usuário não significa que a substância entorpecente apreendida destinava-se exclusivamente ao uso próprio, posto ser bastante comum a figura do "usuário-trafficante". **Por tratar-se de alegação do interesse da defesa, inverte-se o ônus da prova, nos termos do artigo 156 do CPP.** Impossível a desclassificação para o crime de porte para uso pessoal, tipificado no art. 28 da Lei nº 11.343/06, quando as provas demonstram que a substância apreendida, pelo menos em parte, destinava-se ao comércio. II – Depoimentos de policias que procederam à apreensão da substância entorpecente, repetidos em Juízo e confirmados por outros elementos de prova existentes nos autos possuem força probante suficiente para justificar decreto condenatório. III – Para eleger o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve-se harmonizar o disposto pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, com o art. 59 do mesmo Código, e ainda com o art. 42 da Lei nº 11.343/06 para os casos de tráfico. Correta a indicação do regime mais gravoso (fechado) quando negativamente valorada alguma das circunstâncias judiciais, como é o caso dos antecedentes. IV – Recurso desprovido. (TJ-MS - APL: 00333042620138120001 MS 0033304-26.2013.8.12.0001, Relator: Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Data de Julgamento: 30/07/2015, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 03/08/2015).

Igualmente, vislumbra-se na ementa acima, que o Tribunal do Mato Grosso do Sul novamente inverteu o ônus da prova, impondo ao réu o dever de provar que a quantidade de drogas encontradas em seu poder não destinava-se à traficância, e sim ao seu uso pessoal. Mais uma vez o Tribunal utilizou-se do artigo 156 do CPP para embasar a inversão do ônus da prova.

No crime de furto qualificado o TJ também admitiu a possibilidade da inversão do ônus da prova:

APELAÇÃO CRIMINAL – **FURTO QUALIFICADO** – ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS – DEPOIMENTO DE POLICIAIS – CONFIRMAÇÃO EM JUÍZO – COERÊNCIA COM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA – VALIDADE – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 155 DO CPP – DESCLASSIFICAÇÃO DO FURTO PARA RECEPÇÃO – ALEGAÇÃO DEFENSIVA – **INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – ARTIGO 156 DO CPP** – PROVAS SEGURAS DA PRÁTICA DO FURTO QUALIFICADO – IMPOSSIBILIDADE – EMPREGO DE CHAVE FALSA – REALIZAÇÃO DE PERÍCIA – OUTROS ELEMENTOS DE PROVA COMPROVANDO A EFICIÊNCIA DA CHAVE FALSA – QUALIFICADORA MANTIDA – AUTOMÓVEL TRANSPORTADO PARA O EXTERIOR – TIPO QUE EXIGE RESULTADO NATURALÍSTICO – PRISÃO REALIZADA ANTES DA EFETIVA TRANSPOSIÇÃO PARA OUTRO PAÍS – QUALIFICADORA AFASTADA – PENA-BASE: CULPABILIDADE – ANTECEDENTES – CONDUTA SOCIAL – MOTIVO – CONSEQUÊNCIAS DO CRIME – VALORAÇÕES NEGATIVAS DECOTADAS – CONFISSÃO RETRATADA EM JUÍZO – RECONHECIMENTO EX OFFICIO – REGIME ALTERADO PARA O ABERTO – SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – A teor do disposto pelo artigo 155 do CPP, a convicção do juiz deve formar-se pela livre apreciação das provas produzidas sob a égide do contraditório judicial. Depoimentos

de policiais que participaram das diligências, tomadas na fase inquisitorial, quando confirmados em Juízo, e que mantém coerência com outros elementos de prova existentes nos autos, são aptos e possuem força probante suficiente para justificar decreto condenatório. **II – Face ao disposto pelo artigo 156 do CPP, inverte-se o ônus da prova quando o agente que é flagrado na posse de objeto furtado alega que não praticou o delito de furto mas sim de receptação.** [...](TJ-MS - APL: 00199039120128120001 MS 0019903-91.2012.8.12.0001, Relator: Des. Dorival Moreira dos Santos, Data de Julgamento: 13/08/2015, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 25/08/2015).

Por fim, a ementa acima citada, também demonstra o posicionamento do Tribunal de forma favorável à inversão do ônus da prova. Desta vez, a inversão ocorreu no crime de furto qualificado em que o acusado com pego na posse dos objetos furtados. Para o Tribunal caberia ao réu por força do artigo 156 do CPP, comprovar a tese defensiva de que não tinha cometido o crime de furto e sim o crime de receptação.

Diante do exposto nesse capítulo, por meio das ementas colacionadas ao presente trabalho, percebe-se que há o entendimento de forma disseminada nas decisões de diversos Tribunais, inclusive de Mato Grosso do Sul, de maneira favorável à inversão do ônus da prova em matéria processual penal, as quais vão de forma contrária ao entendimento do STF.

De forma breve, ao longo do presente trabalho, a partir do primeiro capítulo foi traçada a evolução histórica da maneira como as provas foram produzidas e valoradas a partir do contexto histórico em que as mesmas encontram-se inseridas, deixando de ser utilizadas de acordo e somente com as intenções do julgador, para serem percebidas e apreciadas de acordo com critérios previamente fixados em lei, com o objetivo de se evitar o arbítrio judicial.

Também foi demonstrado que o sistema processual adotado pelo Brasil é o sistema predominantemente acusatório, já que é acusatório mas possui vestígios do inquisitivo, como no caso de produção de provas *ex officio* pelo juiz.

Foi apresentada, também, a compreensão de que no meio processual a prova é o elemento que, por sua vez, conduz ao conhecimento do fato ao julgador, o qual, baseado na prova apresentada, busca aproximar-se o mais perto possível da verdade dos fatos, de forma a formar sua convicção, e, de acordo com o princípio do livre convencimento motivado, fundamentando suas decisões.

Após essas demonstrações foi evidenciado que as provas utilizadas no processo penal devem ser tomadas de acordo com a observância das normas legais, tanto é que não é admitida a utilização de provas consideradas ilícitas, salvo quando for a única maneira de se provar a inocência do réu ou quando a prova utilizada não mantiver relação de dependência com a que fora considerada ilícita.

No segundo capítulo, foi discutido que no processo penal existe o ônus de se provar, ou seja, as partes possuem o ônus de levantar provas para firmarem o convencimento acerca do fato que alegam, o que não impede que o juiz, de ofício, também determine a produção de provas que ele julgar necessária à elucidação do fato.

Posteriormente, foi demonstrado que o princípio da presunção de inocência encontra fundamento no artigo 5º, LVII, da CF, o qual dispõe que até que se transite em julgado a sentença condenatória, o réu é presumidamente inocente. Por sua vez, o princípio do *in dubio pro reo* transmite que diante da insuficiência de provas o juiz deve absolver o acusado.

Em seguida, apresentou-se duas correntes a respeito do ônus da prova no processo penal. Sendo que a primeira afirma que o ônus da acusação é tanto da acusação quanto da defesa, enquanto que a segunda afirma que somente a acusação possui o ônus de provar. Também foi tratado acerca da possibilidade da inversão do ônus da prova no processo penal, a qual não possui embasamento legal, bem como foi dito que vários Tribunais de Justiça do país já manifestaram sobre a possibilidade da inversão do ônus da prova para impor ao réu a prova da sua inocência.

Por fim, esse terceiro capítulo tratou de apresentar mediante o uso de ementas, o posicionamento da maioria dos Tribunais de Justiça dos Estados Federados, com ênfase ao posicionamento do TJ-MS, demonstrando que é recorrente o posicionamento acerca da inversão do ônus da prova nos casos não permitidos em lei, os quais vão em desencontro ao posicionamento do STF. Foi enunciado, também, a posição do STF quanto a esta possibilidade de inversão, onde se apurou que a inversão do ônus da prova, para o Supremo, afronta os princípios da ampla defesa e *in dubio pro reo*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise acerca do posicionamento atual dos Tribunais de Justiça brasileiros no que diz respeito à inversão do ônus da prova no processo penal pátrio. Nesse contexto, a jurisprudência se posiciona no sentido da possibilidade da inversão do ônus da prova no processo penal brasileiro quando o crime for processado mediante ação penal pública incondicionada, concomitantemente ao fato de o acusado ter sido flagrado na posse da *res*, objeto do suposto crime. Além disso, a pesquisa também permitiu o questionamento quanto à incompatibilidade de tal inversão frente aos princípios da presunção de inocência e *in dubio pro reo*.

A hipótese levantada acerca da incompatibilidade da inversão do ônus da prova em matéria processual penal foi corroborada ao longo do desenrolar do trabalho, por meio da análise dos institutos legais, bem como na bibliografia doutrinária, de forma a ser possível afirmar que a referida inversão do ônus da prova viola os princípios norteadores do processo penal, quais sejam, presunção de inocência e *in dubio pro reo*.

Portanto, foi diante da exploração jurisprudencial que se evidenciou o desvirtuamento da ordem judicial no momento em que os Tribunais admitem a inversão do ônus da prova em matéria processual penal, pois, além de realizarem atos processuais sem previsão legal, ainda mantêm-se em discordância ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal ao desconsiderarem os princípios basilares do direito, quais sejam a presunção de inocência e *in dubio pro reo*.

Entendimento este que se baseia no fato de que se presume, salvo prova em contrário, que o acusado é inocente, não cabendo a ele fazer prova disso, de forma que na inexistência de provas para a condenação o acusado deverá ser absolvido. Interpretação esta que está em consonância com todo o ordenamento jurídico processual penal brasileiro, o qual, por sua vez, respeita os princípios Constitucionais considerados como fonte e limite da atuação processual.

É nesse sentido que a inversão do ônus da prova no processo penal brasileiro, admitida pelos Tribunais de Justiça dos Estados Federativos (em alguns casos), com ênfase às decisões do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, é incompatível com a presunção de inocência e *in dubio pro reo*, os quais constituem importante garantia ao indivíduo.

Ainda é possível notar que a inversão do ônus da prova pela aplicação do artigo 156 do CPP, está sendo realizada nos moldes do sistema inquisitorial, ou seja, presume-se a culpabilidade do indivíduo e o onera a provar sua inocência ao mesmo tempo que retira do Estado a carga probatória que lhe é devida por conta do princípio da presunção de inocência.

Por fim, sustenta-se que a prática da inversão ora em comento, mesmo em casos apartados como quando o agente que infringiu norma penal encontra-se com a *res*, não merece prosperar no Brasil, vez que a mesma consubstancia-se em afronta evidente à Constituição Federal de 1988, e, conseqüentemente, coloca em risco a garantia do Devido Processo Legal, bem como da Segurança Jurídica.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

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

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 04 fev. 2017.

_____. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 27 de jun. 2017.

_____. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 27 de jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC: 93050 RJ, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 10/06/2008. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14720219/habeas-corpus-hc-93050-rj>>. Acesso em: 01 de out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC: 107448, MG, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 18/06/2013. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24806235/habeas-corpus-hc-107448-mg-stf/inteiro-teor-112280004>>. Acesso em 15 de out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 88344/PE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 12/12/2006, Dje 23/02/2007. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14730283/habeas-corpus-hc-88344-pe>>. Acesso em 15 de out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS : HC 97701 MS Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869956/habeas-corpus-hc-97701-ms-stf/inteiro-teor-111144853>>. Acesso em 15 de out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. - RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS : RHC 107759 RJ. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20997458/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-107759-rj-stf>. Acesso em 15 de out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. APR: 20140410132120, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 12/11/2015. Disponível em : < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=PENAL+%2C+PROCESSO+PENAL+%2C+ONUS+DA+PROVA>. Acesso em 15 de out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. APL: 00028794220118260568 SP 0002879-42.2011.8.26.0568, Relator: Airton Vieira, Data de Julgamento: 21/05/2015. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/200533567/apelacao-apl-28794220118260568-sp-0002879-4220118260568/inteiro-teor-200533582>. Acesso em 15 de out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de Roraima. ACr: 0010130048563, Relator: Des. MOZARILDO CAVALCANTI, Data de Publicação: DJe 12/12/2014. Disponível em:< <https://tj->

rr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/294706244/apelacao-criminal-acr-10130048563/inteiro-teor-294706275>. Acesso em 15 de out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. APR: 10105120116865001 MG, Relator: Fortuna Grion, Data de Julgamento: 04/02/2014. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119357863/apelacao-criminal-apr-10105120116865001-mg/inteiro-teor-119357922>. Acesso em 15 de out.2017.

_____. Tribunal de Justiça do Piauí. APR: 00249614420138180140 PI 201400010081722, Relator: Des. Joaquim Dias de Santana Filho, Data de Julgamento: 27/05/2015. Disponível em: < <https://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/292198137/apelacao-criminal-apr-249614420138180140-pi-201400010081722>>. Acesso em 15 de out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Amazonas. TJ-AM - APL: 00005049620158040000 AM 0000504-96.2015.8.04.0000, Relator: Encarnação das Graças Sampaio Salgado, Data de Julgamento: 03/09/2015. Disponível em < <https://tj-am.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/228497206/apelacao-apl-5049620158040000-am-0000504-9620158040000>>.Acesso em 15 de out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. APL: 00007382520148260510 SP 0000738-25.2014.8.26.0510, Relator: Souza Nery, Data de Julgamento: 23/10/2015. Disponível em: < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/253602021/apelacao-apl-7382520148260510-sp-0000738-2520148260510/inteiro-teor-253602038?ref=juris-tabs>>. Acesso em 15 de out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de Goiás. APELAÇÃO 59147-25.2014.8.09.0006, Relator Des. FABIO CRISTOVAO DE CAMPOS FARIA, julgado em 02/12/2014, DJe 08/01/2015. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/75042936/djgo-secao-i-18-08-2014-pg-144>>. Acesso em 15 de out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. APELAÇÃO 0013928-71.2009.8.08.0012 (012090139283), Relator Des. MANOEL ALVES RABELO, julgado em 12/06/2013.. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/75042936/dgo-secao-i-18-08-2014-pg-144>>. Acesso em 25 de out. 2017.

_____.Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. TJ-MS - APL: 00024910220168120004 MS 0002491-02.2016.8.12.0004, Relator: Des. Manoel Mendes Carli, Data de Julgamento: 22/08/2017. Disponível em: < <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/507328299/apelacao-apl-8051736320178120002-ms-0805173-6320178120002/inteiro-teor-507328317>>. Acesso em 15 de out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Mato do Sul. - APL: 00025215320158120010 MS 0002521-53.2015.8.12.0010, Relator: Des. Manoel Mendes Carli, Data de Julgamento: 31/01/2017, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 02/02/2017. Disponível em:< <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/425871261/apelacao-apl-25215320158120010-ms-0002521-5320158120010>>. Acesso em 15 e out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. APL: 00105730220148120001 MS 0010573-02.2014.8.12.0001, Relator: Des. Dorival Moreira dos Santos, Data de Julgamento: 27/08/2015, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 23/09/2015. Disponível em:< https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/235294601/andamento-do-processo-n-0010573-0220148120001-apelacao-24-09-2015-do-tjms?ref=topic_feed>. Acesso em 18 de out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. APL: 00333042620138120001 MS 0033304-26.2013.8.12.0001, Relator: Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Data de Julgamento: 30/07/2015,

3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 03/08/2015. Disponível em:< <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/216371650/apelacao-apl-333042620138120001-ms-0033304-2620138120001>>. Acesso em 18 de out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. APL: 00199039120128120001 MS 0019903-91.2012.8.12.0001, Relator: Des. Dorival Moreira dos Santos, Data de Julgamento: 13/08/2015, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 25/08/2015. Disponível em:< <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/224969032/apelacao-apl-199039120128120001-ms-0019903-9120128120001/inteiro-teor-224969060>>. Acesso em 18 de out. 2017.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. rev. E atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das Provas em Matéria Criminal**. 2 ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forence.2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo:Atlas.2017.

PETRY, Vinícius Daniel. A prova ilícita. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4534/a-prova-ilicita/2>>. Acesso em 28 de outubro de 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 18 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2011.

SILVA, Bárbara Grayce Carvalho da Silva. **A admissibilidade das provas ilícitas no processo penal**. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos3/admissibilidade-provas-ilicitas-processo-penal/admissibilidade-provas-ilicitas-processo-penal2.shtml>>. Acesso em 08 de out. 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.