

Inversão do ônus da prova no processo penal: o dever constitucional como garantia e limitação do poder punitivo

Thiago Ferreira da Silva

Como citar este artigo: SILVA, Thiago Ferreira da. Inversão do ônus da prova no processo penal: o dever constitucional como garantia e limitação do poder punitivo. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 4, p. 325-340, 2019. DOI: [10.46274/1809-192XRICP2019v4p325-340](https://doi.org/10.46274/1809-192XRICP2019v4p325-340).



INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL: O DEVER CONSTITUCIONAL COMO GARANTIA E LIMITAÇÃO DO PODER PUNITIVO

*INVESTMENT OF THE PROOF IN THE CRIMINAL PROCESS: THE
CONSTITUTIONAL DUTY AS GUARANTEE AND LIMITATION OF
THE PUNITIVE POWER*

Thiago Ferreira da Silva

*Pós-graduando nos cursos de Direito Público com ênfase em Gestão Pública e Direito
Processual Penal, pelas instituições Damásio Educacional e LFG/Anhanguera. Advogado.*

Recebido em: 19/03/2019

Aprovado em: 13/06/2019

Última versão do autor em: 17/06/2019

Área: Direito Processual Penal

Resumo:

Buscou-se abordar a possibilidade de inversão do ônus da prova em razão de decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Com o enfoque na presunção da não culpabilidade e a limitação do Poder Punitivo, foi proposta uma análise ao texto do artigo 156 do Código de Processo Penal à luz da Constituição e Tratados Internacionais. Possibilitou concluir, portanto, com base na presunção de inocência como ponto de partida em um sistema acusatório, que a debilidade probatória seja interpretada a favor do réu, direcionando a gestão da prova a cargo do órgão acusador ou querelante, para que não se tenha em mente a existência de uma lide processual penal.

Palavras-chave:

Presunção de inocência. Gestão da prova. Inversão ônus probatório.

Abstract:

It was tried to approach the possibility of inversion of the burden of proof. With a focus on the presumption of non-culpability and the limitation of the Punitive

Power, he proposed an analysis of the text of article 156 of the Code of Criminal Procedure in the light of the Constitution and International Treaties. Thus, on the basis of non-culpability as a starting point in an accusatory system, it was possible to conclude that the evidentiary weakness is interpreted in favor of the defendant, directing the management of the evidence to the charge of the accuser or complainant, so as not to have in mind the existence of a criminal procedure.

Keywords: *Presumption of innocence. Evidence management. Inversion of burden of proof.*

Sumário: 1. Introdução. 2. A presunção de não culpabilidade como dever de tratamento. 3. Gestão da prova: o processo como situação jurídica. 4. Inversão do ônus probatório: o dever constitucional como garantia ao limite punitivo e o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 5. Conclusão. Referências

1. Introdução

Um dos temas mais relevantes no direito processual penal diz respeito ao princípio da presunção de inocência e ao ônus da prova, isso porque o que se tem efetivado no judiciário é que aquele que responde a um processo criminal já o começa presumidamente culpado.

Nesse cenário o que diz a Constituição? A presunção de inocência está prevista no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, portanto, trata-se de uma garantia individual. Dessa forma, quando inicialmente se mitiga a não culpabilidade tem-se na verdade um retrocesso social, pois retira do cidadão um direito que já foi conquistado.

O respeito às normas pré-estabelecidas é a maior forma de garantir ao cidadão a maneira em que será conduzido o procedimento, sem que isso seja feito ao atropelo das garantias fundamentais.

Nesse sentido, o ônus probatório, num viés constitucional deve estar a carga de quem acusa ou deve haver uma distribuição da carga probatória de acordo com que as partes alegam?

Partindo da premissa de que as provas servem para reconstituir um fato passado, busca-se com o presente artigo desmistificar o instituto do ônus da prova no âmbito do processo penal.

Já dizia CARNELUTTI (p. 91-92, 2009),

As provas deveriam servir para iluminar o passado, onde antes havia obscuridade; e se não servem? Então diz a lei, o juiz absolve por insuficiência de provas; e o que quer dizer isso? Que o imputado não é culpado, mas tampouco é inocente;

quando inocente, o juiz declara que não cometeu o fato ou que o fato não constituiu delito. O juiz diz que não pode dizer nada, nestes casos. O processo se encerra com um nada de fato. E parece a solução mais lógica desse mundo.

No entanto, observa-se que em alguns Tribunais e instâncias inferiores tem-se admitido a inversão do ônus da prova, devendo a defesa demonstrar as razões de fato e direito sobre a desconstrução das alegações e provas feitas pelo acusador.

Pretende-se demonstrar, portanto, não de uma forma exauriente, até onde vai o estado de inocência do acusado, de forma a não considerar a presunção de inocência como figura decorativa processual e, a quem incube a tarefa de articular a transposição desse princípio.

2. A presunção de não culpabilidade como dever de tratamento

A presunção de inocência ou da não culpabilidade foi expressamente consagrada na Constituição Brasileira de 1988, no artigo 5º, LVII, ao expor que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, 2012).

Também há previsão do referido princípio no plano dos tratados internacionais, dentre eles vale citar a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, aprovada pela Res. ONU 217, o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, (Decreto nº 592/1992) e a Convenção Americana de Direitos Humanos, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 27/1992 e promulgada pelo Decreto 678/1992, artigo 11.1, 8, parágrafo I: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se prove sua culpabilidade conforme a lei”, respectivamente “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se prove legalmente sua culpabilidade”. (NOVELINO, 2013).

É possível perceber, numa análise perfunctória, a ideia de que a presunção de inocência é uma garantia de todo acusado, na condição de inocente dentro do processo. No entanto, em que momento pode ser relativizada?

É importante, primeiramente, trabalhar as diferentes terminologias utilizadas, comparando as expressões presunção de inocência e presunção da não culpabilidade, a saber se há maior alcance ou efeito distintos dentro do processo.

Lima (p. 50, 2014) adverte para o momento e amplitude da utilização dos termos inocente e culpabilidade nas diferentes legislações, da seguinte forma:

[...] percebe-se que, naqueles, costuma-se referir à presunção de inocência, ao passo que a Constituição Federal em momento algum utiliza a expressão inocente, dizendo, na verdade, que ninguém será considerado culpado. [...] A par dessa distinção terminológica, percebe-se que o texto constitucional é mais amplo, na medida em que estende referida presunção até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ao passo que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 6678/92, art. 8º, nº 2), o faz tão somente até a comprovação da culpa.

De outra forma, segundo Badaró (p. 283, 2003), “[...] não há diferença entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, sendo inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas”.

Pois bem, a extrair a melhor interpretação do referido princípio, podemos mencionar sua finalidade na forma proposta por Novelino, quando intervém da seguinte forma:

A presunção de não culpabilidade (ou presunção de inocência), enquanto instrumento de proteção da liberdade, tem por finalidade evitar prejuízos condenatórios precipitados, protegendo pessoas potencialmente culpáveis contra eventuais excessos das autoridades públicas. (NOVELINO, p. 550, 2013).

Continua o autor a dizer especificamente em relação ao processo penal que: “No âmbito processual penal, a presunção de não culpabilidade impede que o Estado trate como culpado aquele que ainda não sofreu condenação penal irrecorrível”. (NOVELINO, p. 550, 2013).

Independentemente da nomenclatura utilizada, a forma de tratamento observada no âmbito processual é que estabelece a garantia na formação da culpa, uma vez que a pedra de toque é a inocência.

A inocência do acusado deve ser garantida dentro de um processo, sem qualquer tipo de estigmatização, nesse sentido, tem-se que: “[...] em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia)”. (LOPES JR., p. 92, 2015).

Ainda em relação ao conceito e extensão da presunção de inocência, Nucci (p. 239, 2010) adverte para a relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, nos seguintes termos:

No cenário penal, reputa-se inocente a pessoa não culpada, ou seja, não considerada autora de crime. Não se trata, por óbvio,

de um conceito singelo de candura ou ingenuidade. O Estado natural do ser humano, seguindo-se fielmente o princípio da dignidade da pessoa humana, base do Estado Democrático de Direito, é a inocência. Inocente nasce, permanecendo nesse estágio por toda a vida, a menos que haja o cometimento de uma infração penal e, seguindo-se os parâmetros do devido processo legal, consiga o Estado provar a ocorrência de uma definitiva condenação criminal.

O direito de não ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória deve ser considerado como regra de tratamento, dentro e fora do processo, e conforme exposto, a inocência está relacionada intimamente com a dignidade da pessoa humana.

A propósito, Lopes Jr. (p.93, 2015) enfatiza que “[...] a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele”.

Sob o aspecto de regra de tratamento, é possível extrair o significado de que uma pessoa deve gozar do *status* de inocência, pois responder a um processo penal não significa antecipação de culpa, e por isso mesmo, não pode ser considerado ou equiparado a um condenado em definitivo.

Nessa linha de entendimento, cumpre destacar Távora e Alencar (p. 55-56, 2012):

Do princípio da presunção de inocência derivam duas regras fundamentais: a regra probatória, ou de juízo, segundo a qual a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado – e não este de provar sua inocência – e a regra de tratamento, segundo a qual ninguém pode ser considerado culpado senão depois de sentença com trânsito em julgado, o que impede de qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade.

Na verdade, quanto maior amplitude se dá à garantia dos direitos do indivíduo, maior é a tendência de garantir a efetividade do processo. Conforme abordado, afere-se a qualidade deste justamente nos termos em que a observância às garantias fundamentais prevalece como proteção à atuação punitiva do Estado.

Todavia, a aplicação da presunção de inocência não esbarra, infelizmente, no sentido legal (processual) da coisa, é muito mais um modelo de pensar inquisitório. Segundo Rosa (p. 101, 2015): “Presumir a inocência, no registro do Código de Processo Penal em vigor,

é tarefa hercúlea, talvez impossível, justamente pela manutenção da mentalidade inquisitória”.

Independentemente da expressão utilizada, o objetivo é a proteção da pretensão de restrição (provisória ou definitiva) do *status libertatis* do acusado, seja em qualquer fase da persecução penal, de modo a conferir a devida amplitude da ordem constitucional, que abarca qualquer situação que visa a proteção daquele que sofre uma pretensão acusatória e punitiva, prevalecendo até a sentença penal transitada em julgado.

3. Gestão da prova: o processo como situação jurídica

O processo penal é o caminho necessário para que o Estado possa exercer sua pretensão acusatória e punitiva de forma legítima, vale dizer, é dentro do processo penal, respeitando todas as garantias legais individuais e fundamentais que se chega à possibilidade de aplicação da pena, numa concepção clara de Estado Democrático de Direito.

O processo como situação jurídica, teoria de James Goldschmidt, muito bem trabalhada por Aury Lopes Jr., conceitua que:

[...] o processo é dinâmico e pautado pelo risco e a incerteza. O processo é uma complexa situação jurídica, no qual a sucessão de atos vai gerando chances, que bem aproveitadas permitem que a parte se libere de cargas (por exemplo probatórias) e caminhe em direção a uma sentença favorável (expectativas). (LOPES JR., p. 37, 2015).

O autor afirma ainda que para GOLDSCHMIDT, “o processo é visto como um conjunto de situações processuais pelas quais as partes atravessam, caminham, em direção a uma sentença definitiva favorável”. (Lopes Jr., p. 196, 2017).

Nesse sentido, a dinâmica processual que melhor encaixa nessa sistemática permite a seguinte análise:

O processo é uma complexa situação jurídica, na qual a sucessão de atos vai gerando situações jurídicas, das quais brotam as *chances*, que, bem aproveitadas, permitem que a parte se libere de *cargas* (probatórias) e caminhe em direção favorável. Não aproveitando as chances, não há liberação de cargas, surgindo a perspectiva de uma sentença desfavorável. (Lopes Jr., p. 197, 2017).

Não obstante, é possível analisar, de acordo com a oportunidade processual, que a gestão da prova incumbirá às partes, mas sem obrigação para

a defesa, sob pena de ser contrário ao texto constitucional. Na medida em que a gestão das provas deve estar nas mãos das partes, a carga probatória está inteiramente nas mãos do acusador. Aqui chamo a atenção para os diferentes institutos, quais sejam, gestão e carga probatória.

Nesse ideal Lopes Jr., (p. 35, 2015) aponta que:

[...] o processo penal não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é o caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí porque somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).

A partir dessa construção, estrutura processual, devemos compreender qual o sistema adotado pelo processo penal brasileiro na atualidade para então entendermos a fenomenologia da gestão probatória.

Em que pese as críticas doutrinárias em torno de sua característica, de ser acusatório ou misto com resquícios de inquisitório, com inspiração no modelo fascista italiano inclusive, aqui pretende-se traçar uma linha de raciocínio objetiva, à luz da constituição de 1988, de forma a não extrapolar a proposta apresentada.

Como bem sublinha Lopes Jr., (p. 41, 2015), ao analisar a estrutura do processo penal, dentro da característica de um sistema misto, deixa claro quanto a sua atual essência, ao dizer que:

Ora, afirmar que o “sistema misto” é absolutamente insuficiente, é um reducionismo ilusório, até porque não existem mais sistemas puros (são tipos históricos), todos são mistos. A questão é, a partir do reconhecimento de que não existem mais sistemas puros, identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois essa classificação feita a partir do seu núcleo é de extrema relevância.

Para identificarmos o núcleo do sistema processual brasileiro, devemos olhar para a nossa Constituição, é no seu texto que encontramos a ideia do sistema adotado.

Nela se define um processo penal acusatório, isso porque é “[...] fundado no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal”. (LOPES JR., p. 49, 2015).

É demais afirmar qual seria o modelo ideal, mas de fato devemos considerar àquele que menos interfere na liberdade humana e confere todas as condições, vale dizer, paridades de armas frente ao Estado.

Até por isso, o sistema acusatório tende a situar a função de cada parte no processo pena, Lima (p. 46, 2014) destaca da seguinte forma:

[...] A separação das funções processuais de acusar, defender e julgar entre sujeitos processuais distintos, o reconhecimento dos direitos fundamentais ao acusado, que passa a ser sujeitos de direitos e a construção dialética da solução do caso pelas partes, em igualdade de condições, são, assim, as principais características desse modelo.

Dentro dessa concepção acusatória adotado pela Constituição, reforçada pela natureza jurídica do processo penal, existe a separação de funções nas regras processuais. Sendo assim, não existe distribuição de cargas probatórias, a atribuição de provar a existência de um fato típico, ilícito e culposo, com todas as suas circunstâncias está nas mãos daquele que tem a pretensão de acusar, pois ao acusado, a Constituição lhe assegura o *nemo tenetur se detegere* e a presunção da não culpabilidade, na medida em que ocorre a descaracterização da culpa quando as provas não sendo produzidas no processo.

Mais uma vez, necessária a intervenção de Lopes Jr. (p. 38, 2015), para dizer que: “Às partes não incumbem obrigações, sendo que, no processo penal, não existe distribuição de cargas probatórias, na medida em que toda a carga de provar o alegado está nas mãos do acusador”.

Nesse aspecto, como podemos observar, já temos a ideia principal em que se funda a gestão das provas, o texto constitucional nos revela, mesmo que não de forma pura, mas central, um sistema processual penal acusatório e, uma vez que toda carga da pretensão acusatória deve ser suportada por aquele que acusa, à defesa incumbe não a obrigação, mas o direito e a oportunidade de produzir (gerir) a contraprova.

Conforme aponta Prado (p. 55, 2006), a função principal da estrutura do processo penal está enraizada na limitação do poder Estatal:

[...] é a de garantia contra o arbítrio estatal, conformando-se o processo penal à Constituição Federal, de sorte que o sistema

processual estaria contido dentro do sistema judiciário, que por sua vez é espécie do sistema constitucional, que deriva do sistema político.

Percebe-se, portanto, que o sistema acusatório tem íntima ligação com a gestão da prova e posição dos sujeitos processuais.

Távora e Alencar (p. 41, 2012) referindo-se ao modelo de sistema acusatório, sintetiza que: “Nota-se que o que efetivamente diferencia o sistema inquisitorial do acusatório é a posição dos sujeitos processuais e a gestão da prova, não sendo mais o juiz, por excelência, o seu gestor”.

Muito menos cabe a defesa a obrigação da gestão da prova, além disso a participação probatória do juiz deve ser totalmente afastada.

Fato relevante, portanto, compreende a alegação por parte da defesa, quanto a possibilidade de enfrentamento de uma causa de excludente de ilicitude ou de culpabilidade. Na medida em que vigora a presunção de inocência, se o réu alegar a existência de uma excludente de ilicitude, por exemplo, a quem incumbe provar? Caberia, portanto, a espécie de inversão do ônus da prova?

4. Inversão do ônus probatório: o dever constitucional como garantia ao limite punitivo e o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Como podemos perceber, a gestão da prova na vigência da Constituição Federal de 1988 não contempla o juiz como seu gestor, uma vez que fere de morte a imparcialidade, bem como a sua gestão está inteiramente nas mãos do acusador.

Assim, a ideia de buscar por meio das provas o direcionamento processual que realiza a vontade da parte, é por meio da chamada liberação da carga, que segundo Lopes Jr., (p. 39, 2015), consiste em buscar o objetivo que se pretende com a sentença, da seguinte forma: “A expectativa de uma sentença favorável ou a perspectiva de uma sentença desfavorável está sempre pendente do aproveitamento das chances e liberação da carga”.

Dessa busca por uma sentença favorável ou perspectiva de uma sentença desfavorável é onde se situa a necessidade ou oportunidade de produção das provas, que irá ocorrer, como carga, nas mãos do acusador ou como oportunidade para a defesa, sem, contudo, ter a obrigatoriedade de produzi-la.

É dessa compreensão que se extrai o conceito da carga da prova no processo penal, que para tanto, a análise mais abrangente, busca o seguinte direcionamento:

Carga é um conceito vinculado à noção de unilateralidade, logo, não passível de distribuição, mas sim de atribuição. A defesa assume riscos pela perda de uma chance probatória. Assim, quando facultado ao réu fazer prova de determinado fato por ele alegado e não há o aproveitamento dessa chance, logo, assunção do risco de uma sentença desfavorável. Exemplo típico é o exercício do direito de silêncio, calcado no *nemo tenetur se detegere*. Não gera um prejuízo processual, pois não existe uma carga. Contudo, potencializa o risco de uma sentença condenatória. Isso é inegável. (LOPES JR., p. 38, 2015).

Dessa forma, o que se percebe é que ao acusado não pode ser atribuída uma sentença penal condenatória em razão de ausência de provas incumbidas à defesa, pois a não culpabilidade já nasce com o indivíduo.

De todo pertinente, por isso mesmo, a lição de Alexandre Morais da Rosa (p. 103, 2015), “A derrubada da muralha da inocência é função do acusador. Aqui descabem presunções de culpabilidade).

Ao Estado, que deve intervir de forma mínima na conduta humana, deve, a cada fase processual, desconstituir a presunção constitucional de inocência, pois a dúvida gera a favor daquele que responde criminalmente o *indubio pro reu*.

Veja nesse sentido o que diz Nucci (p. 241, 2010):

No processo criminal, o autor deve demonstrar ao juiz a verdade do alegado na inicial, o que servirá de lastro para alterar o status constitucional da inocência do acusado. Este, por sua vez, detendo em seu favor a presunção de não culpabilidade, precisa apenas refutar o alegado e produzir contraprova para facilitar a improcedência da ação. Não lhe cabe inserir, nos autos, elementos impeditivos, de modo a vedar o pleito inicial. Afinal inexistente disputa de igual dimensão, com perfeito equilíbrio, no processo penal. A linha de tensão entre as partes é fundada, de um lado pela acusação, com maior encargo, visto lutar contra a presunção constitucional de inocência, enquanto, do outro, ocupado pela defesa, atua o réu, buscando manter seu status, em trabalho de convencimento ao Judiciário.

Conforme se percebe, incumbir a gestão da prova ao réu é um retrocesso social, pois, claramente, arranca de forma violenta um direito do cidadão que já foi conquistado. Por isso não há que se falar em inversão do ônus da prova, esse instituto não é contemplado na Constituição da República de 1988 no âmbito do direito processual penal.

A inversão do ônus da prova é vista com aplicabilidade em matéria de direito do consumidor, razão de que o consumidor, conforme pressupõe a Lei nº 8.078/90, é a parte hipossuficiente da relação, ou seja, a parte mais fraca, com menos técnica e capacidade para a produção probatória. A transposição desse instituto para o processo penal é um equívoco.

Inverter o ônus da carga probatória para determinar que o acusado prove que não foi ele o autor de uma infração penal é flagrante violação aos preceitos constitucionais.

Mesmo que a possibilidade da produção de provas possa favorecer ao réu, isso não configura a obrigação do ônus probatório, como vimos, trata-se de um direito e, conseqüentemente, de uma assunção de riscos.

Lenio Luiz Streck, em artigo publicado no Canal Ciências Criminais - Inverter o Ônus da Prova é Flagrante Inconstitucionalidade, faz importante intervenção para afirmar que:

Uma das conquistas do Estado Democrático de Direito é a obrigatoriedade de o órgão de acusação provar o alegado. Isto é, a contrário sensu, o acusado fica dispensado de provar o alegado. Para ser mais simples: não é o réu que tem de provar que não furtou; é a acusação que tem o dever de provar que houve o fato criminoso.

Para tanto, Gregorio Camargo D'Ivanenko em - Brevíssimo estudo sobre a inversão do ônus da prova e sua (in)compatibilidade com a Constituição Federal - ao indagar sobre se a inversão do ônus da prova ou a necessidade de comprovação do que for alegado pelo acusado encontra amparo na Constituição, trabalha o seguinte:

Não. Decisões que consagram a inversão do ônus probatório em um sistema que tem como direito fundamental positivado no texto constitucional a presunção de inocência, carecem de constitucionalidade. A inversão do ônus da prova, por diversas vezes, é a única coisa que sustenta o édito condenatório. Não é difícil encontrar nos julgados a tese de que, por exemplo, no caso de furto, se a coisa furtada for encontrada no poder dos acusados, cabe a eles a comprovação da origem lícita dos objetos, o que viola, frontalmente, a inocência inerente a todas as pessoas. A inversão do ônus da prova no processo penal é, na verdade, uma flexibilização da presunção de inocência, ou seja, flexibilização de preceito constitucional em face de política criminal.

Nesse aspecto, não podemos deixar de citar algumas decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, principalmente em relação aos crimes patrimoniais, que vem adotando a técnica (ou atecnia) da inversão do ônus da prova em matéria de direito processual penal, de forma a ignorar a regra da presunção de inocência e ônus probatório.

Segundo o entendimento do Egrégio Tribunal Mineiro, deve demonstrar, de forma inequívoca, a legitimidade da *res furtiva*, presumindo a culpabilidade do acusado. Isso mesmo.

Lenio Streck, exemplifica a situação mencionada ocorrida no processo de número 1.0525.12.008540-8/001:

Presume-se a responsabilidade do acusado encontrado na posse da coisa subtraída, invertendo-se o ônus da prova, transferindo-se ao agente o encargo de comprovar a legitimidade da detenção da “res furtiva”, mormente se não há prova da escusa apresentada.

Outro exemplo do Tribunal Mineiro, em recente julgado sobre roubo na forma majorada afirmou: “Apreendida a res na posse do acusado, inverte-se o ônus da prova, cabendo à Defesa, a prova da sua inocência”. (BRASIL, TJMG- Apelação Criminal 1.0701.14.029113-2/001, Relator (a): Des. (a) Agostinho Gomes de Azevedo, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 05/11/2015, publicação da súmula em 13/11/2015).

O referido Tribunal espanca qualquer hipótese de observância ao texto constitucional ao expor, mais uma vez que “Não havendo satisfatória explicação para o fato, à presunção de autoria transmuda-se em certeza, autorizando o desate condenatório”. (BRASIL, TJMG- Apelação Criminal 1.0317.04.040463-2/001, Relator (a): Des. (a) Walter Luiz, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 29/09/2015, publicação da súmula em 09/10/2015).

No referido acórdão, pelo qual se julgou o delito de receptação, o Tribunal fundamenta a possibilidade de inversão da prova da seguinte forma: “A autoria do delito de receptação recai sobre o agente em cuja posse a ‘res furtiva’ é encontrada, quando não apresenta versão convincente e verossímil a respeito de sua alegada inocência”.

Primeiro, por óbvio que não se alega inocência dentro de um processo penal, isso porque, conforme já abordado, o indivíduo tem com ele, desde o seu nascimento, o status de inocente, que só perde depois de robustamente comprovado a autoria e materialidade de um

fato definido como crime, assegurado o devido processo legal de uma sentença condenatória transitada em julgado.

Segundo, porque não cabe ao acusado provar a origem lícita da res furtiva, uma vez que pode ser encontrada na posse do acusado das mais variadas formas de transição da coisa, numa imputação penal sem fim.

Noutra análise, saindo da esfera de crimes patrimoniais, o Tribunal Mineiro também determina a inversão do ônus da prova na seguinte situação:

Não tendo a defesa comprovado a destinação exclusiva da droga para o consumo próprio, ônus que lhe incumbe (art. 156 do CPP), e demonstrada a contento pela acusação a finalidade mercantil da substância, incabível a desclassificação para o delito do art. 28 da Lei nº 11.343/06. (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.13.417494-5/001, Relator (a): Des.(a) Alberto Deodato Neto, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 08/09/2015, publicação da súmula em 18/09/2015).

Percebe-se que a cultura da inversão do ônus da prova está enraizada no egrégio Tribunal de Minas Gerais e, ao que parece, o total desconhecimento dos mandamentos constitucionais, numa clara relativização em face de política criminal, de um encarceramento em massa.

Há outros exemplos no judiciário brasileiro, onde se destacam a mitigação da presunção de inocência e ônus da prova. Aqui, infelizmente, devemos abrir um parêntese sobre outra decisão teratológica, agora no plenário do Supremo Tribunal Federal, pois numa legítima mutação constitucional, em duas recentes oportunidades sustentou e reafirmou que se confirmada a sentença condenatória em segunda instância, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência, autorizando, portanto, o início à execução provisória da pena. (BRASIL, STF - ARE 964246 RG, Relator (a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-251 DIVULG 24-11-2016 PUBLIC 25-11-2016).

Convém anotar, no entanto, a incidência cada vez maior de um direito penal de emergência, a ponto de ter como resultado final uma resposta para a sociedade a qualquer custo, pouco importando se a forma dessa resposta viola ou não direitos individuais e garantias fundamentais.

Como consectário lógico, fica evidente o atropelo, de forma desenfreada, desses direitos e das garantias processuais penais, uma vez que o Estado se imiscui de forma máxima em estabelecer tais

direitos conquistados, presumindo desde o início a culpabilidade em detrimento da inocência.

Não parece mais adequado estabelecer ônus da prova com fundamento no artigo 156 do Código de Processo Penal sem que seja feita uma leitura paralela nos termos da Constituição.

Claramente, o disposto no processo penal vai de encontro ao previsto no texto constitucional, fere o sistema acusatório e o princípio da presunção de não culpabilidade, o que torna parte da redação do artigo inconstitucional.

Como bem explana nesse sentido Lopes Jr., (p. 366, 2015): “Devemos destacar que a primeira parte do art.156 do CPP deve ser lida à luz da garantia constitucional da inocência”.

A prova da alegação incumbirá a quem fizer, mas dentro da concepção constitucional, de um modelo acusatório ao qual destaca-se que o juiz não deve ir atrás da prova, a ele incumbe tão somente decidir aquilo o que foi produzido pelas partes e não por presunção de culpabilidade.

5. Conclusão

Na medida em que os direitos inerentes à dignidade humana são assegurados pela Constituição e Tratados Internacionais, no que tange ao princípio da presunção de inocência não se pode furtar em considerá-lo como ponto de partida na gestão da prova no processo penal.

Em princípio, nos parece claro que a carga probatória está inteiramente sob a responsabilidade de quem acusa. É a acusação quem deve apresentar o acervo probatório sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, capaz de desconstituir a presunção de não culpabilidade a fim de se obter uma sentença penal favorável.

O juiz, como mero expectador, deve exercer sua função de julgamento, com base no que foi ou não produzido nos autos. Não há que se inventar no processo penal, deve-se buscar a todo momento a aplicação da legislação processual numa perspectiva constitucional, democrática e também convencional.

Não cabe ao juiz o papel de protagonista no processo, e por essa razão, quando diante uma instrução probatória frágil, deve aplicar a presunção de não culpabilidade em detrimento da realização de diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante do processo, conforme pressupõe o inciso II do art. 156 do Código de Processo Penal ou aplicar a inversão do ônus da prova ao fundamento de que a defesa tem a obrigação de provar o contrário. Isso porque, a dúvida também é favorável ao réu, se há dúvida, absolve.

A não observância do processo penal constitucionalizado, numa perspectiva acusatória, que afasta a participação do juiz, estaríamos, claramente, falando de um sistema inquisitorial, uma vez que, conforme exposto, o que diferencia o sistema inquisitório do acusatório é a posição das partes, a gestão da prova e, principalmente, a função do juiz, que não atua como o gestor da prova.

Essa concepção de interpretação constitucional e convencional é devida, uma vez que o Código de Processo Penal é de 1941, portanto, anterior a Constituição vigente e bastante arcaico quanto a observância das garantias fundamentais, com resquícios de uma mentalidade inquisitória clara.

Deve-se desvincular do direito penal de emergência e dos clichês punitivista. É possível dar uma resposta para a sociedade de forma satisfatória sem atropelar de forma sistemática a legalidade e as garantias constitucionais.

Assim, ao compreender que a presunção de inocência é o ponto de partida no sistema acusatório e, que a gestão da prova está nas mãos do acusador, cumpre-se, na essência, o estabelecido na Constituição, que é o meio ideal para limitar e conter o abuso do poder estatal.

Referências

BRASIL. *Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal, Legislação Penal e Processual Penal*/ organização Luiz Flávio Gomes; 14 ed.Ver., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL, TJMG- *Apelação Criminal 1.0701.14.029113-2/001*, Relator (a): Des. (a) Agostinho Gomes de Azevedo, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 05/11/2015, publicação da súmula em 13/11/2015.

BRASIL, TJMG- *Apelação Criminal 1.0317.04.040463-2/001*, Relator (a): Des. (a) Walter Luiz, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 29/09/2015, publicação da súmula em 09/10/2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do processo penal*, São Paulo: Editora Pillares, 2009.

D'IVANENKO, Gregorio Camargo. *Brevíssimo estudo sobre a inversão do ônus da prova e sua (in) compatibilidade com a Constituição Federal*. <https://www.ibccrim.org.br/artigos/2010/09> – acesso em 21/05/2018.

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

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*, 3ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 8ª ed., ver. e atual., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

STRECK. Lênio Luiz. *Inverter o ônus da prova é flagrante inconstitucionalidade*. Canal Ciências Criminais. <https://canalcienciascriminais.com.br/inverter-o-onus-da-prova-e-flagrante-inconstitucionalidade> - acesso em 17/05/2018.

ROSA, Alexandre Moraes da. *A Teoria dos Jogos Aplicada ao Processo Penal*. 2ª ed. empóriadodireito.com.br: Santa Catarina, 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 7ª ed., Salvador: JusPodivm, 2012.