



JESSÉ ELÍSIO SILVA

**O ÔNUS DA PROVA DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE:
UMA PERSPECTIVA GARANTISTA-CONSTITUCIONAL**

LAVRAS-MG

2019

JESSÉ ELÍSIO SILVA

**O ÔNUS DA PROVA DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE: UMA PERSPECTIVA
GARANTISTA-CONSTITUCIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Federal de Lavras, como parte
das exigências do curso de Direito, para a
obtenção do título de bacharel.

Prof. Dr. Fernando Nogueira Martins Júnior
Orientador

LAVRAS-MG

2019

**Ficha catalográfica elaborada pelo Sistema de Geração de Ficha Catalográfica da Biblioteca
Universitária da UFLA, com dados informados pelo(a) próprio(a) autor(a).**

Silva, Jessé Elísio.

O ônus da prova das excludentes de ilicitude: uma perspectiva
garantista-constitucional / Jessé Elísio Silva. - 2019.

51 p.

Orientador(a): Fernando Nogueira Martins Junior.

TCC (graduação) - Universidade Federal de Lavras, 2019.

Bibliografia.

1. ônus da prova. 2. processo penal. 3. constitucional. I. Martins
Junior, Fernando Nogueira. II. Título.

JESSÉ ELÍSIO SILVA

**O ÔNUS DA PROVA DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE: UMA PERSPECTIVA
GARANTISTA-CONSTITUCIONAL**

**THE BURDEN OF EVIDENCE OF EXCLUSIONARY OF UNLAWFULNESS: A
GUARANTOR-CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Federal de Lavras, como parte
das exigências do curso de Direito, para a
obtenção do título de bacharel.

APROVADO EM _____ de _____ de 2019.

AVALIADORA: _____

AVALIADOR: _____

Prof. Dr. Fernando Nogueira Martins Júnior
Orientador

LAVRAS-MG

2019

À minha mãe Nina, meu grande exemplo de persistência e fé. Ao meu pai Elias por investir e acreditar em mim. A minha irmã Priscilla por ser minha grande inspiração. Ao meu irmão Juninho por ser sempre um amigo em que posso confiar. E, especialmente, a minha esposa Debynha, por me apoiar e compreender em toda esta jornada.

Dedico

AGRADECIMENTO

Ao Eterno Deus de paz, amor e sabedoria, toda a minha gratidão. De todas as doutrinas, teorias e ideologias que já estudei, só as suas palavras foram capazes de me dar paz e direção.

A minha mãe (Nina), meu pai (Elias), meu irmão (Juninho) e minha esposa (Debynha), para os quais já dediquei este trabalho também presto meus agradecimentos. Vocês tornam a minha vida mais fácil e cheia de sentido.

A todo Departamento de Direito da Universidade Federal de Lavras (UFLA). Um obrigado a cada técnico administrativo pelo esmero e cuidado nos pequenos detalhes. Aos professores serei sempre grato por cada ensinamento.

Remeto um especial agradecimento a meu orientador e provocador Dr. Fernando Nogueira Martins Junior, cada debate, reflexão, correção, sugestão de leitura e compartilhamento de experiência foram fundamentais neste processo.

Faço aqui uma fraternal reverência a todos os meus amigos, mas, me refiro aqueles que são de verdade. A idade me fez perceber que vocês são tesouros que encontrei no fim destes arco-íris que costumam surgir depois de tempestades. Poderia cometer a insanidade de tentar nomear um por um, e, acreditem, vocês merecem isso, mas a cada menção correria o risco de ficar páginas e páginas resenhando sobre o quanto cada um é importante para mim. Vocês estão em todos os lugares: na caserna, na universidade, na igreja, para além da igreja, na vida!

“Vejam bem o procedimento desta gente: estranhável, conquanto não pareça estranho; difícil de explicar, embora tão comum; difícil de entender, embora seja a regra. Até o mínimo gesto, simples na aparência olhem desconfiados! Perguntem se é necessário, a começar do mais comum! E, por favor, não achem natural o que acontece e torna a acontecer: não se deve dizer que nada é natural, numa época de confusão e sangue, desordem ordenada, arbítrio de propósito, humanidade desumanizada, para que imutável não se considere nada!” (Bertolt Brecht)

RESUMO

Este trabalho de conclusão de curso se propõe a analisar a forma como é interpretado e aplicado o ônus da prova das excludentes de ilicitude no processo penal brasileiro e verificar seu alinhamento como o modelo garantista e constitucional na perspectiva de um Estado Democrático de Direito. Para embasar a análise primeiramente foi apresentado o conceito analítico de crime em diversas construções teóricas a fim de verificar quais elementos o constitui e em seguida estabelecer a relação entre os dois primeiros elementos: tipicidade e ilicitude. Ainda na perspectiva conceitual é apresentada as premissas do garantismo penal enquanto posição teórica que resguarda o indivíduo do império punitivista do Estado e como coaduna com um processo penal constitucional. Alguns dos princípios do constitucionalismo processual como devido processo legal, Estado de inocência e *in dubio pro reo*. Constituíram também objetivos do trabalho analisar a teoria da prova observando seu conceito, finalidade e objeto para só, então sobre o ônus da prova e sua relação com as excludentes de ilicitude a partir de todas as proposições teóricas já estabelecidas. Procedeu-se, por fim, à elaboração de conclusões sobre o estudo da questão focalizada, entendendo-se a necessidade de romper com a matriz civilista que permeia a aplicação do ônus da prova o processo penal brasileiro afim de melhorar a funcionalidade do sistema. Avalia-se que o estudo permitiu a ampliação do conhecimento teórico sobre o tema, além da visualização da realidade do processo penal pátrio. Espera-se que a pesquisa possa prover subsídios à proposição de novos estudos, com a reflexão sobre qual a alternativa mais coerente em uma perspectiva sistêmica que considere o Estado Democrático de Direito, a Constituição da Republica como pilares para interpretação do Código de Processo Penal.

Palavras-chave: Processo Penal. Garantismo. Processo Penal Constitucional. Ônus da prova. Excludente de ilicitude

ABSTRACT

This completion of course work intends to analyze the way the burden of evidence is interpreted and applied to the exclusionary of unlawfulness in the Brazilian criminal process and to verify its alignment as the guarantor and constitutional model in the perspective of the Democratic Rule of Law. To support the analysis, the analytical concept of crime was first presented in various toric constructions in order to verify which elements constitute it and then to establish the relationship between the first two elements: typicality and illicitness. Still in the conceptual perspective, the premises of penal guarantism are presented as a theoretical position that protects the individual from the punitivist empire of the state and as in line with a constitutional criminal process. Some of the principles of procedural constitutionalism as due process of law, State of innocence and *in dubio pro reo*. It was also the objective of this work to analyze the theory of proof by observing its concept, purpose and object only, then on the burden of proof and its relation to the exclusionary illicit from all the theoretical propositions already established. Finally, we proceeded to draw conclusions on the study of the focused issue, understanding the need to break with the civilist matrix that permeates the application of the burden of proof the Brazilian criminal process in order to improve the functionality of the system. It is evaluated that the study allowed the expansion of the theoretical knowledge on the subject, besides the visualization of the reality of the criminal process patrio. It is hoped that the research can provide support to the proposition of new studies, with reflection on what is the most coherent alternative in a systemic perspective that considers the Democratic Rule of Law, the Constitution of the Republic as pillars for interpretation of the Code of Criminal Procedure.

Keywords: Criminal Process. Guarantee. Constitutional Criminal Process. Burden of evidence. Exclusionary of unlawfulness.

LISTA DE ABREVIATURAS

Ampl.	Ampliado
Art	Artigo
Atual.	Atualizado
ed.	Edição
Inc.	Inciso
n°	Numero
p.	Pagina
Resp.	Recurso especial
rev.	Revista
Trad.	Tradução
v.	Volume

LISTA DE SIGLAS

CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	13
2. DO CONCEITO DE CRIME E DA RELAÇÃO ENTRE TIPICIDADE E ILCITUDE.....	15
2.1 Conceito Analítico de Crime.....	15
2.2 Relação entre Tipicidade e Ilicitude	17
3. GARANTISMO E PROCESSO PENAL	22
4. PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL	24
4.1. Garantia do Devido Processo Legal.....	26
4.2. Princípio do Estado de Inocência	27
4.3. Princípio do <i>In Dubio Pro Reo</i>	30
5. TEORIA DAS PROVAS.....	33
5.1. Conceito da Prova	33
5.2. Finalidade da Prova	34
5.3. Objeto da Prova	34
6. ÔNUS DA PROVA E A ESPECIFICIDADE DO PROCESSO PENAL	36
6.1. O Ônus da Prova	36
6.2. Superando a matriz civilista	39
6.3. O ônus da prova no processo penal	41
6.4. O ônus da prova das causas excludentes de ilicitude	42
7. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS.....	47
REFERÊNCIAS.....	49

1. INTRODUÇÃO

O paradigma processual penal que orienta todas as reflexões que serão apresentadas No presente trabalho é de que até o pior ser humano da face da terra precisa ser protegido do poder e da violência do Estado. Eis o axioma e a escolha civilizacional que lastreará o artigo e que, de fato, embasa todo o tratamento processual penal inerente a uma visão democrática de Estado e de sociedade.

O direito penal e processual penal são, sem sombra de dúvidas, o espelho que melhor reflete o império de força do Estado contra o indivíduo. É através da pena sentenciada em um processo que se retira temporariamente de um acusado um dos direitos fundamentais fundantes da sociedade moderna: a liberdade.

Na tentativa de limitar o seu poder o próprio Estado possui estruturas e sistemas de garantias aos indivíduos que se materializam na seara do direito. Na verdade, a sociedade, como contra peso ao livre e arbitrário poder punitivo estatal legitima normas que tem a missão de frear qualquer rompante estatal em afronta ao indivíduo. Estas normas foram politicamente acordadas e incluídas no ato constitutivo da nação.

O processo penal nasce com esta incumbência: garantir direitos básicos e fundamentais ao indivíduo durante a persecução penal. No entanto, as forças que atuam nas relações sociais, não raras vezes sabotam este sistema, subvertendo procedimentos que por natureza deveriam ser garantistas, os transformando em ferramenta de autoritarismo. Essa é a perspectiva a partir da qual se analisa aqui o ônus probatório no campo processual penal, principalmente no que tange as excludentes de ilicitude.

Destartes, este trabalho procurará analisar qual a forma mais correta de interpretação e distribuição do ônus probatório no processo penal a partir da instrumentalidade constitucional através de uma reformulação dentro do próprio sistema, ajustando o dispositivo legal que trata do incumbência da prova a diversas outras normas informativas e relacionáveis dentro do próprio Código de Processo Penal.

Para isso será preciso romper com a matriz civilista que rodeia a disciplina do ônus da prova processual penal demonstrando, na sua essência, a sua incongruência com o sistema. Paralelamente é necessário criar uma cultura constitucionalista e garantista, obrigando o processo a respeitar, na máxima plenitude possível, as garantias fundamentais regentes de todo

processo probatório, quais sejam, Estado de Inocência¹ e In Dubio pro reo, as quais pendem o processo, sempre, na direção da liberdade.

Na tentativa de criar uma base de fundamentos para as argumentações, relembramos conceitos de extrema importância para a construção discursiva pretendida tais como o conceito analítico de crime, de relação entre tipicidade e ilicitude, de provas e de espécies de ônus probatório.

Os apontamentos que seguem buscam, em alguma medida, concatenar o instituto jurídico do ônus da prova com toda a estrutura constitucional penal e processual penal, tentando estabelecer coerência no sistema como um todo. Para nós muito expressiva é a afirmação de Norberto Bobbio (1995, p. 113) para quem “a coerência não é condição de validade, mas é sempre condição de justiça do ordenamento.”

¹ Reconhecemos que semanticamente é possível se diferenciar os termos Estado de Inocência, Presunção de Inocência e Não culpabilidade, mas, para os fins deste trabalho os mencionados termos serão tratados como sinônimos, embora nos parece mais correta a expressão Estado de Inocência.

2. DO CONCEITO DE CRIME E DA RELAÇÃO ENTRE TIPICIDADE E ILICITUDE

Para que se possa inserir alguém no polo passivo de um processo criminal é necessário que a acusação apresente em juízo argumentos de que determinado fato é em essência um crime. Neste viés é que torna-se necessário definir qual é o conceito de crime que melhor se aplica a um processo judicial de natureza criminal.

Também é necessário decompor as suas partes e refletir sobre como elas se interligam e se há interdependência entre elas para avaliar as possibilidades de integração entre os elementos da tipicidade e ilicitude no modelo jurídico penal para posteriormente poder verificar suas implicações na estrutura processual.

2.1 Conceito Analítico de Crime

Embora o crime possa ser conceituado formal, material ou criminologicamente, a conceituação analítica parece, doutrinaria e cientificamente a que melhor atende aos interesses jurídicos processuais. Isto porque decompõe o delito em suas partes constitutivas permitindo uma análise logico-jurídica de cada um dos seus elementos estruturais.

O penalista brasileiro Juarez de Távares (1980, p. 1), por exemplo, ao tratar do conceito analítico do crime, assevera que sua concepção está para além do mundo das ideias - como pode parecer a alguns - e reafirma sua fundamental importância para as definições em questões práticas fundamentais no exercício do direito penal

Na aplicação do direito, esse conceito analítico, ao contrário do que se afirma, contribui de modo decisivo para melhor visualização dos problemas e casos penais, assim como denota interesse prático imediato, manifestamente na questão do dolo e da culpa; do erro, da omissão, da tentativa, do concurso de agentes e de crimes, das causas de justificação, das condições objetivas de punibilidade e, inclusive, na aplicação das sanções penais e medidas de segurança. Se não fosse possível a dissociação do delito em elementos singulares, não se saberia, ao certo, como tratar esses problemas e onde situá-los. Demais, deve-se ter sempre em vista que a divisão do delito em fases de valoração não exclui a necessária permeabilidade dessas fases, que se interligam de modo lógico e constituem uma unidade orgânica. (TAVARES, 1980, p.2)

Neste sentido, o crime é dividido em elementos fundamentais que, de forma simultânea e sistemática o caracteriza de forma unitária sendo que a definição destes elementos pode variar muito em relação a teorias e autores adotados.

Para alguns importantes penalistas² como Giulio Battaglini, Francisco Muñoz Conde e Bento de Faria o crime é decomposto em quatro elementos classificados como i) fato típico, ii) ilicitude, iii) culpabilidade e iv) punibilidade.

Já para a maioria dos doutrinadores a teoria mais acertada é a que analisa o crime a partir de três partes elementares, quais sejam: i) fato típico, ii) ilicitude, iii) culpabilidade, deixando de fora a punibilidade por entender que esta não afeta o injusto penal específico, tampouco a capacidade do sujeito de agir de modo diverso ao exigido pelo ordenamento jurídico (PRADO, 2014, p. 206)

Por fim, outro número menor de juristas³, porém não menos importantes, partem de uma perspectiva teórica analítica de que o crime respeita uma ordem meramente bipartida sendo formado por tão somente i) fato típico e ii) ilicitude, afirmando, em suma, que a culpabilidade é mero pressuposto da pena e não elemento constitutivo do crime.

Para os fins que objetivamos não nos interessa aprofundar sobre cada uma destas teorias⁴, senão apenas constatar que qualquer que seja a análise metodológica de crime a ser realizada do ponto de vista jurídico, dois elementos são irretocáveis. São eles o fato típico e a ilicitude que juntos formam aquilo que usa-se chamar de injusto penal.

A inter-relação entre estes dois elementos passou por várias compreensões no desenvolvimento do direito penal e a forma como eles se articulam passa a ser condição fundamental na reflexão e avaliação de diversos desdobramentos processuais, dentre eles a definição do ônus da prova penal.

² Todos estes juristas estão citados, dentre outros, por Luiz Regis Prado em sua obra Curso de Direito Penal Brasileiro (2014, p. 205) em nota de rodapé onde apresenta autores adeptos a teoria quadripartida do crime.

³ Seguindo esta linha teórica estão os renomados Rene Ariel Dotti, Damásio de Jesus e Julio Fabrini Mirabeltti, igualmente citados por Luiz Regis Prado (2014, p. 207) em outra nota de rodapé como defensores da teoria bipartida do crime.

⁴ Para nós a teoria que melhor atende aos fins garantistas é a tripartida na medida em que a culpabilidade é um elemento intrínseco ao crime, sem o qual o delito, materialmente não pode existir, refletindo diretamente no processo. Já a punibilidade, principalmente analisada sob a ótica das causas extintivas, é uma garantia genuinamente processual, enquanto condição sem a qual o Estado não pode punir o indivíduo. Assim, o crime (enquanto fato típico, ilícito e culpável) opera no direito penal material com importantes reflexos no processo. E a punibilidade age como garantia processual pura que impõe ao Estado condições em que ele poderá ou não punir um indivíduo diante de um crime. Para além desta compreensão que nos parece ser aquela que melhor atende ao sistema penal e processual penal em um modelo garantista, vemos que o ordenamento jurídico brasileiro se aproxima mais da teoria bipartida, posto que a culpabilidade é tratada como mera condição da pena, como percebemos nas previsões do art. 22 e 26 do CP que optou por não excluir o crime, apenas a imputação de pena. Pode parecer a alguns que no final pouca diferença terá entre a não aplicação de pena e a exclusão de crime, mas preferimos seguir a perspectiva de Ferrajoli (2002, p. 98) para quem “a *verificabilidade jurídica* está condicionada pela semântica da linguagem legal”.

A evolução do conceito de tipo e sua relação com os demais elementos do crime propiciou a construção de diversas teorias que culminaram no desenvolvimento de fases distintas de elaboração da forma como se integra sistematicamente a tipicidade com a antijuridicidade ou ilicitude.

Antes de continuarmos é necessário esclarecer que, embora haja autores que diferenciam doutrinariamente os termos, para este trabalho, ilicitude e antijuridicidade serão tratados como sinônimos.

2.2 Relação entre Tipicidade e Ilicitude

A ligação entre os dois primeiros elementos do crime (fato típico e ilicitude) é fundamental para a formação daquilo que chamamos injusto penal. Assim se depois de concluir pela tipicidade do fato, é preciso constatar-se a ausência de qualquer causa excludente da ilicitude da conduta típica praticada pelo agente, como condições de existência do injusto penal. E é sobre a forma como interagem tipicidade e ilicitude que pretendemos discorrer neste tópico para que isso possibilite uma melhor reflexão sobre o ônus de produção da prova entre esses elementos do crime.

Isto posto, faz-se importante ressaltar que a relação entre a tipicidade e a ilicitude passou, como já dissemos, por fases diferentes de conceituação na medida em que se evoluía o conceito de tipo.

A primeira fase é conhecida como a fase da independência, e se baseia na teoria criada por Ernest Beling, em 1906, por meio da obra *Die Lehre vom Verbrechen* (A teoria do delito). Essa teoria é chamada de teoria do tipo avalorado, que dá a tipicidade um caráter meramente descritivo, rompendo a sua ligação com a ilicitude e a culpabilidade, apresentando tão somente os aspectos objetivos externos do comportamento.

Sobre a mencionada teoria o professor e doutrinador César Roberto Bitencourt preleciona que:

A função do tipo, para Beling, era definir delitos, e por isso se caracterizava pela sua natureza objetiva e neutra, isto é, livre de valor. O caráter objetivo do tipo significava a ausência de elementos subjetivos ou anímicos que, nessa época, integravam a culpabilidade; o caráter neutro, por sua vez, significava a ausência de valorações legais ou normativas que pudessem estar relacionadas com o juízo de antijuridicidade. Nesses termos, o juízo de tipicidade limitava-se à constatação da adequação objetiva do fato à norma penal incriminadora, passando-se, num segundo momento, para a análise valorativa, característica da antijuridicidade, e, posteriormente, à análise do vínculo subjetivo e da reprovabilidade da conduta, que constitui a culpabilidade. (BITENCOURT, 2018, p.498)

E, mencionando Zaffaroni, conclui, explicando que:

Beling distinguiu, em síntese, dentro do injusto objetivo, a tipicidade da antijuridicidade. Assim, a proibição era de causar o resultado típico, e a antijuridicidade representava a contradição entre a causação desse resultado com a ordem jurídica, que se comprovava com a ausência de causa justificadora. (ZAFFARONI, 1991 apud BITENCOURT, 2018, p.498)

A evolução da racionalização da tipicidade e sua relação com a ilicitude propicia a criação de uma segunda teoria desenvolvida por Max Ernst Mayer e publicada em 1915 em seu Tratado de Direito Penal na qual ele considera a tipicidade um indício de ilicitude.

Assim, fazendo uso das palavras do jurista espanhol Luis Jiménez de Asúa, em citação traduzida pelo professor Cesar Roberto Bitencourt:

Para Mayer a tipicidade não tem simplesmente função descritiva de caráter objetivo, mas constitui indício da antijuridicidade. (...) Mayer mantém a independência entre tipicidade e antijuridicidade, mas sustenta que o fato de uma conduta ser típica já representa um indício de sua antijuridicidade. Para facilitar o cumprimento dessa função indiciária, Mayer admitiu a inclusão de elementos normativos no tipo, que não seriam meramente descritivos, mas, sim, juízos de valor que, de certa forma, prejudicavam a antijuridicidade. (JIMÉNEZ DE ASÚA, 1990 apud BITENCOURT, 2018, p. 499)

Portanto, nos estudos de Mayer, a tipicidade já não poderia mais ser analisada de forma isolada da ilicitude, como se fosse fenômenos totalmente distintos. Desta forma a conduta típica (tipicidade), por sua própria natureza de lesão a bem jurídico protegido pelo direito penal gera uma grande probabilidade de ser contrária a norma (ilícita ou antijurídica).

Nas lições de Zaffaroni, é reafirmada a metáfora de Mayer segundo a qual a tipicidade e a ilicitude estão uma para outra como a fumaça está para o fogo.

a tipicidade opera como um indício de antijuridicidade, como um desvalor provisório, que deve ser configurado ou desvirtuado mediante a comprovação de causas de justificação. Devido a isto é que Marx Ernst Mayer fazia um gráfico da relação entre a tipicidade e a antijuridicidade dizendo que ambas se comportavam como a fumaça e o fogo respectivamente, quer dizer que a fumaça (tipicidade) seria um indício do fogo (antijuridicidade). (ZAFFARONI, 1996 apud GRECO, 2015, p.218)

Sob este prisma a tipicidade passa a ser a *ratio cognoscendi* da ilicitude como resume o professor Luiz Regis Prado (2014, p.287), afirmando que na teoria indiciária “a tipicidade da ação constitui um indício (ou presunção *juris tantum*) de sua ilicitude (salvo se houver a presença de uma causa justificante). A tipicidade é o principal indício ou fator cognoscível da ilicitude”.

A terceira fase de teorização da relação entre tipicidade e ilicitude acontece já em 1931 com a publicação dos postulados de Edmund Mezger em sua obra denominada Tratado de Direito Penal. Nela, o tipo passa a ser a própria razão de ser da ilicitude, ou seja, torna-se a sua

ratio essendi. Assim Mezger promove um estreitamento maior entre a tipicidade e a ilicitude que a relação já estabelecida por Mayer.

Para Mezger, a tipicidade é muito mais que indício, muito mais que *ratio cognoscendi* da antijuridicidade, constituindo, na realidade, a base desta, isto é, a sua *ratio essendi*. Assim, tipicidade e antijuridicidade aparecem vinculadas de tal forma que a primeira é a razão de ser da segunda. (BITENCOULT, 2018, p. 501)

Na concepção do professor Damásio de Jesus a teoria da *Ratio Essendi*

Não define o delito como ação típica, antijurídica etc., mas como conduta tipicamente antijurídica e culpável, em face do que em seu estudo a tipicidade não ocupa um lugar próprio, independente da antijuridicidade, mas, pelo contrário, é uma parte dela. Em primeiro lugar, cuida da antijuridicidade como injusto objetivo; após, como injusto típico. A antijuridicidade da conduta é um característico do delito, mas não uma característica do tipo, pois podem existir condutas que não são ilícitas, pelo que é essencial à antijuridicidade a tipificação. A tipicidade e a ilicitude se unem de tal forma que a primeira é a razão de ser da segunda. (JESUS, 2011, 305)

Para esta teoria embora os conceitos de tipicidade e ilicitude não se confundam os elementos não podem ser separados em momentos distintos. Separa-las poderia resultar em concepções estranhas como a de fato antinormativo-normativo, como argumenta o professor Assis Toledo:

Saliente-se, por oportuno, o seguinte: os autores que, numa filiação estritamente welziana, vêem no tipo apenas o indício da antijuridicidade, caem freqüentemente no dilema de terem que aceitar a distinção, preconizada por Welzel, entre antinormatividade e antijuridicidade. O fato típico é sempre antinormativo, mas ainda não antijurídico, porque, apesar de típico, pode ser lícito. A artificialidade dessa construção se revela por inteiro quando se considera a contradição lógica nela contida: um fato antinormativo que, a um só tempo, esteja autorizado por alguma norma (Welzel, em vez de norma, fala em proposição, ou melhor, “proposições permissivas” - “Erlaubinissätzen” - o que nos parece a mesma coisa). Ora, uma conduta lícita, autorizada, e, concomitantemente, “antinormativa”, é qualquer coisa parecida com o “permitido-proibido”, algo muito difícil de se pensar. (TOLEDO, 1994, p. 123)

Esta teoria resultou em duas variantes importantes. A primeira delas, desenvolvida por Paul Bockelmann e conhecida como teoria do tipo de injusto, entende, com fundamento na *ratio essendi*, que a tipicidade implica em ilicitude, contudo este segundo elemento pode ser excluído por uma causa de justificação em uma etapa de análise posterior. (ZAFFARONI, 2011).

A segunda variante embora tenha sido inicialmente delimitada em 1889⁵ por Merkel e continuada nos estudos de Frank, Radbruch e Baumgarten em 1913 só foi efetivamente

⁵ Toda esta construção histórica da teoria dos elementos negativos do tipo é abordada por Luiz Regis Prado em sua obra Curso de Direito Penal Brasileiro (2014, p. 287). Já Paulo Queiroz em seu livro Direito Penal Parte Geral (2008, p. 152-154) faz distinção extensiva entre a teoria dos elementos

concluída em 1935 quando Helmuth von Webber, baseado nos postulados da *ratio essendi*, elaborou a teoria dos elementos negativos do tipo na qual as causas de justificação atuam na tipicidade como elementos que integram o tipo de injusto, atuando assim tanto como excludentes da tipicidade, quanto excludente da ilicitude, em razão de se identificarem tipicidade e ilicitude..

Neste sentido aduz o penalista Luiz Regis Prado:

A tipicidade e a ilicitude encontram-se superpostas, de modo que, verificada a primeira, verifica-se a segunda. Para essa doutrina, o tipo dá lugar sempre à ilicitude, visto que só existe tipo penal completo (tipo total de injusto) quando não se encontrarem presentes quaisquer causas de justificação (ausência de causa de justificação), caso contrário ocorre a tipicidade. Há, dessa maneira, uma identidade total entre tipo e ilicitude. As causas excludentes da ilicitude negam de uma só vez a antijuridicidade e o tipo. (PRADO, 2014, p. 287-288)

Uma síntese desta vertente teórica foi elaborada pelo jurista argentino Eugenio Raul Zaffaroni (2011, p.396) que afirma que para esta variante doutrinária “a tipicidade encerra o juízo de antijuridicidade, o que significa que, afirmada a tipicidade, resultará também afirmada a antijuridicidade, e as causas de justificação eliminarão a tipicidade comportando se como elementos normativos do tipo”. Assim, por exemplo, o tipo penal do art. 121 do CP, segundo a teoria dos elementos normativos do injusto descreveria: “matar alguém, salvo em legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito.”

O que há de mais importante e fundamental na elaboração de todas estas teorias da tipicidade e suas variantes é que elas nos apresentam uma relação necessária e essencial entre a tipicidade e a ilicitude que – é verdade – em cada uma delas se dá de uma maneira, mas, inegavelmente, esta ligação é sempre existente (em qualquer teoria que se aplique).

Mesmo Beling, que na sua originária teoria tratava tipicidade e ilicitude de forma absolutamente separadas, mais tarde reviu sua posição e admitiu ligação entre os elementos com afirmação de Damásio de Jesus (2011, p. 304): “Beling modificou o seu conceito, reconhecendo que a tipicidade há de ser ligada à antijuridicidade (antijuridicidade tipificada), não acatando, porém, a existência de elementos normativos do tipo legal.”

negativos do tipo enquanto parte do sistema bipartido clássico e mais na atualidade no sistema bipartido funcionalista. A nós não interessa esmiuçar todas as sub vertentes desta teoria, senão, apenas apresentar o seu fundamento de relação entre a tipicidade e ilicitude.

A maioria da doutrina e a jurisprudência⁶ nacional apontam para a *ratio cognoscendi* como a teoria que vigora no Brasil. Neste sentido Damásio de Jesus argumenta que:

Quando o legislador, na Parte Especial do Código, cunha as condutas em tipos, não as supõe neutras em face do injusto, mas acredita que sejam ilícitas. Com isso não se quer dizer que o típico seja a razão de ser do injusto, mas sim que o concretiza e assinala. (JESUS, 2011, p. 306)

Vigorante no Brasil esta teoria tem grande repercussão na seara processual penal, uma vez que, embora a teoria não trate e nem tenha a pretensão de tratar de questões referentes ao ônus da prova, tradicionalmente concluiu-se, baseado nela, que a acusação cabe provar apenas o fato típico, incumbindo a defesa a obrigação de provar a existência de discriminantes enquanto elementos da ilicitude e por conseguinte a inexistência do crime.

Esta conclusão partiu da perspectiva de que a ilicitude é presumida, como diz Mirabete (2009, p. 101),” a tipicidade é a antijuridicidade do fato. Praticado um fato típico, presume-se também sua antijuridicidade, presunção que somente cessa diante da existência de uma causa que a exclua

Assim o indicio de antijuridicidade, torna-se presunção de ilicitude e pautado na matriz civilista de processo chega-se a conclusão de que fatos presumidos não precisam ser provados e, portanto, chega-se a errônea tese de que a alegação e excludente de ilicitude precisa ser provada pela defesa.

Contudo, sob a égide de um sistema processual moderno e democrático de direito toda teoria a ser aplicada deve ser analisada à luz da Constituição da República, promovendo assim um devido processo constitucional com respeito aos valores, normas e princípios estabelecidos na Carta Magna de uma Nação.

É sobre esse enfoque que pretendemos discorrer sobre alguns aspectos da teoria da prova e do ônus das provas em matéria processual penal, sempre sob o prisma do mínimo de garantia que deve ser resguardada ao indivíduo contra a violência monopólica do Estado.

⁶ A título de exemplo menciono o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: STJ – Apn: 629 RO 2010/0054273-4, Relatora: Nancy Andrighi, data do julgamento: 28/06/2018, CE – Corte Especial, data de publicação: Dje 10/08/2018

3. GARANTISMO E PROCESSO PENAL

A Teoria do Garantismo Penal foi desenvolvida pelo juspenalista Luigi Ferrajoli e tem como um de seus fundamentos a força normativa da Constituição enquanto diploma garantidor de direitos fundamentais.

Sobre a Constituição Ferrajoli (2002, p. 684) claramente afirma: “que esta pode ser muito avançada em vista dos princípios e direitos sancionados e não passar de um pedaço de papel, caso haja defeitos de técnicas coercitivas - ou seja, de garantias - que propiciem o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo.”

O que Ferrajoli está nos dizendo é que cabe à Constituição estabelecer os limites do poder Estatal frente as liberdades individuais sob o risco de não atingir o seu fundamento originário que é a limitação do poder estatal.

De forma mais sagaz Paulo Rangel resume o garantismo penal:

Destarte, o garantismo penal visa a utilização de um sistema normativo constitucional, criando barreiras limitadoras e punitivas dos abusos aos direitos fundamentais e do exercício arbitrário do poder, estabelecendo um âmbito dentro do qual as liberdades públicas do indivíduo, enquanto ser livre, possam ser tuteladas eficazmente. Assim, o fundamento e o fim do garantismo penal é a tutela da liberdade do indivíduo frente às várias formas de exercício arbitrário do poder político. (RANGEL, 2015, p. 217)

No campo processual penal o filósofo e jurista italiano aponta como elemento da epistemologia garantista, o cognitivismo processual na determinação concreta do desvio punível e argumenta que:

Este requisito afeta, naturalmente, aquela única parte dos pronunciamentos jurisdicionais que vem constituída por suas "motivações", quer dizer, pelas razões de fato e de direito acolhidas para sua justificação. Tal requisito vem assegurado pelo que chamarei de princípio de estrita jurisdicionariedade, que, por sua vez, exige duas condições: a verificabilidade ou rejeutabilidade das hipóteses acusatórias, em virtude de seu caráter assertivo, e sua comprovação empírica, em virtude de procedimentos que permitem tanto a verificação como a refutação. Para que o desvio punível não seja "constituído", mas "regulado" pelo sistema penal, não é suficiente, com efeito, que esteja pré configurado por regras de comportamento. (FERRAJOLI, 2002, p. 32)

Com isto, o que Ferrajoli pretende é promover uma efetiva separação entre moral e direito, extirpando ao máximo a possibilidade de juízos de valores partindo de significação cognitiva de fatos e direitos.

Sobre este modelo de processo penal, Ferrajoli explica melhor:

Daí deriva um modelo teórico e normativo do processo penal como processo de cognição ou de comprovação, onde a determinação do fato configurado na lei como delito tem o caráter de um procedimento probatório do tipo indutivo, que, tanto quanto possível, exclui as valorações e admite só, ou

predominantemente, afirmações ou negações - de fato ou de direito - das quais sejam predicáveis a verdade ou a falsidade processual. (FERRAJOLI, 2002, p. 32)

Como salientado por Ferrajoli este processo penal cognitivo e garantista produz reflexos consideráveis no procedimento probatório pois a verdade que é perseguida (a partir de um modelo acusatório) será sempre de natureza formal ou relativa e é alcançada através da produção de prova em procedimento com contraditório e ampla defesa. No entanto a rígida separação dos papéis dos atores processuais baseado nas garantias constitucionais impede que ônus da prova possa ser assumido por sujeitos que não a acusação.

Novamente Ferrajoli traz uma sistemática lição a respeito da teoria:

No conflito, ademais, o primeiro movimento compete à acusação. Sendo a inocência assistida pelo postulado de sua presunção até prova em contrário, é essa prova contrária que deve ser fornecida por quem a nega formulando a acusação. Daí o corolário do ônus acusatório da prova expresso pelo nosso axioma A9 *nulla accusatio sine probatione*. (FERRAJOLI, 2002, p. 488)

Em suma, o garantismo propõe uma forma de se dar ao cidadão mecanismos para pleno exercício de direitos e garantias fundamentais frente ao poder de império do Estado. Para isso se fundamenta em instrumentos, como o processo penal, cujo emprego e estrutura tenham, na lei constitucional justa, sua fonte formal de legitimidade.

4. PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

Como afirma o processualista Geraldo Prado (2003, p. 84) “a análise do Processo Penal responde pela ótica constitucional a uma exigência não só metodológica e jurídica, mas também político-institucional”. Sob este condão o processo penal passa a ter como fundamento inaugural a carta constitucional que rege uma nação.

Assim a Constituição passa a ser a baliza de interpretação de qualquer norma impondo um análise de compatibilidade entre a legislação infraconstitucional e a Lei Maior da nação propiciando que o sentido normativo esteja sempre consonante com o padrão constitucional.

Nesta perspectiva, as normas do direito processual penal moderno e democrático são constituídas a partir de um ideário instrumental do processo como um instrumento de efetivação das garantias fundamentais, as quais só podem ser alcançadas mediante a interpretação e aplicação das normas processuais penais em conformidade com a Constituição.

Pautada nesta premissa também é a lição de Aury Lopes Jr ao afirmar que:

Somente a partir da consciência de que a Constituição deve efetivamente constituir (logo, consciência de que ela constitui a ação), é que se pode compreender que o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático se dá por meio da sua instrumentalidade constitucional. Significa dizer que o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente constituído a partir da Constituição. (LOPES JR, 2018, p.31)

Isto posto, percebe-se que o processo tem uma natureza instrumental, ou seja, não pode ser compreendido como um fim em si mesmo. O processo, enquanto instrumento está sempre a serviço de alguma instância ontológica e neste sentido é preciso se definir a quem este instrumento está a servir.

Comungando com as considerações críticas do já mencionado criminalista Aury Lopes Jr entendemos que:

É fundamental compreender que a instrumentalidade do processo não significa que ele seja um instrumento a serviço de uma única finalidade, qual seja, a satisfação de uma pretensão (acusatória). Ao lado dela está a função constitucional do processo, como instrumento a serviço da realização do projeto democrático (...) Nesse viés, insere-se a finalidade constitucional-garantidora da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, em especial da liberdade individual. (LOPES JR, 2018, p.55)

Esta finalidade constitucional é preciso estar bem esculpida no sistema processual sob o risco de a qualquer vento político ser ultrajada por conveniências e interesses de outra natureza (como segurança pública, por exemplo) e ver as garantias e direitos fundamentais perderem seu papel de centralidade.

Sob este risco já nos alertava o jurista italiano Giuseppe Bettiol que:

[Um] Código Processual que não encontre seu fundamento racional, político e jurídico, no articulado de uma Constituição que reconheça e garanta os direitos invioláveis do homem se encontra exposto a todas as possibilidades de reformas vinculadas a maiorias político parlamentares ocasionais, com grave prejuízo das liberdades públicas e privadas (BETTIOL, 1977 apud PRADO, 2003, p.83)

É importante ressaltar que o sentido jurídico dos direitos e garantias constitucionais extrapolam a Constituição para banhar todas as normas do ordenamento jurídico pátrio que tenham a pretensão de prosperar, afinal, “a constituição é, pois, o fundamento de validade de todas as leis.” (PRADO, 2003, p.85)

Assim todas as normas processuais penais, anteriores ou posteriores à Constituição de 1988 devem se adaptar à sua estrutura democrática. Feito isso, é imprescindível marcar esse referencial de leitura: o processo penal deve ser lido à luz da Constituição e da CADH⁷ e não ao contrário.

Em feliz observação Lopes Jr complementa dizendo que:

Os dispositivos do Código de Processo Penal é que devem ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas na nossa atual Carta, sem que os direitos fundamentais nela insculpidos sejam interpretados de forma restritiva para se encaixar nos limites autoritários do Código de Processo Penal de 1941. (LOPES JR, 2018, p. 33-34)

Parece oportuna a conclusão trazida por Geraldo de Prado para sacramentar a necessária relação entre Constituição e processo em um sistema democrático de garantias fundamentais.

Assim, pode-se assinalar que compete à Constituição da República tutelar o processo para que não se enuncie cláusula vazia e não se faça ouvidos de mercador à Declaração Universal de Direitos do Homem, que prescreve, em seu artigo 8º, que toda pessoa tem direito a um recurso efetivo ante os tribunais nacionais competentes, que a ampare contra atos que violem seus direitos fundamentais, reconhecidos pela Constituição ou pela lei, assegurando-se a um só tempo a garantia constitucional do processo e o processo como garantia constitucional dos direitos. (PRADO, 2003, p.88)

Na esteira deste que chamamos de processo penal constitucional está o respeito a princípios basilares dispostos na Constituição vigente na República brasileira e que alicerçam um modelo jurisdicional democrático.

⁷ Convenção Americana dos Direitos Humanos é também conhecida por Pacto de San José da Costa Rica tendo sido estabelecido em 22 de novembro de 1969 e entrou em vigor no Brasil através do Decreto 678 de 06 de novembro de 1992.

4.1. Garantia do Devido Processo Legal

A jurisdição em um Estado Democrático de Direito não é possível se não atuar em um esforço contínuo em direção ao devido processo legal. Este corolário das relações jurídicas modernas tem conteúdo aberto, mas nem por isso vazio na medida em que se caracteriza pelo esforço doutrinário, jurisprudencial e legislativo de abrangência e efetivação dos direitos fundamentais.

No devido processo legal a voracidade do poder do Estado contra o cidadão é freada. A sua concretização induz ao respeito a todas as formalidades em uma ação que vise atingir a liberdade ou o patrimônio de um sujeito. Assim tanto no seu aspecto substancial (relacionado a concretização de direitos materiais) quanto no seu aspecto formal (atinentes ao resguardo dos direitos processuais) o devido processo legal deve manifestar-se enquanto garantia constitucional.

Este devido processo se estende para todos os ramos do direito, inclusive, e principalmente, no ramo criminal, e funciona como instrumento de garantia dos direitos como bem leciona Geraldo Prado:

Não é, porém, qualquer processo que reúne as condições de instrumento de garantia dos direitos — o que no âmbito penal, como tantas vezes salientamos ao longo do trabalho, é indispensável, na medida da gravidade e repercussão sociais do caso penal — mas somente aquele que preencha a cláusula constitucional do devido processo legal, formal e também substancial. (PRADO, 2003, p.88)

É portanto, o devido processo legal, questão de fundo tanto material quanto processual, mas também preceito relacionado a própria estrutura do sistema de política criminal como bem assevera Prado.

É importante também destacar que a estrutura processual conforme o devido processo legal formal e substancial, ela própria, estrutura, configura verdadeira garantia de implementação dos direitos fundamentais, e, portanto, dela se alimenta de nutrientes normativos que viabilizam a sua existência e validade. (PRADO, 2003, p.97)

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe de forma normatizada esta garantia da qual tratamos. O art. 5º, inciso LIV da Carta Magna prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Esta previsão está arrolada no Título II do Máximo Ordenamento Pátrio que versa sobre os direitos e garantias fundamentais e é cláusula pétrea, não podendo, o devido processo legal, ser suprimido no sistema jurídico brasileiro. Muito pelo contrário, deve ser maximizado o quanto possível.

O professor Paulo Rangel ensina que:

O princípio significa dizer que se devem respeitar todas as formalidades previstas em lei para que haja cerceamento da liberdade (seja ela qual for) ou para que alguém seja privado de seus bens. (...) A tramitação regular e legal de um processo é a garantia dada ao cidadão de que seus direitos serão respeitados, não sendo admissível nenhuma restrição aos mesmos que não prevista em lei. (RANGEL, 2015, p.4)

Assim o processo penal que lida diretamente com a liberdade do indivíduo em todas as suas dimensões deve se pautar por este preceito constitucional o qual é o alicerce de todos os demais princípios processuais positivados na Constituição se posicionando como elemento estruturante de todo sistema jurídico no Estado Democrático de Direito.

A observância do devido processo legal irá gerar um procedimento tal que terá, por exemplo, a obrigação de garantir a efetivação de princípios como o da presunção da inocência e do *in dubio pro reo* que guardam relação direta com um dos elementos de proteção da garantia do devido processo, qual seja, a liberdade entendida da sua forma mais ampla e irrestrita.

Cumpra a nós compreendermos que sem a máxima realização jurídica destes dois princípios no processo penal jamais conseguiremos efetivar a garantia constitucional do devido processo.

4.2. Princípio do Estado de Inocência

O Estado de Inocência é uma garantia fundamental do devido processo legal. Este princípio - também chamado de presunção/estado de não culpabilidade ou presunção de inocência⁸ - surge, já no período iluminista (séculos XVII e XVIII) como uma alternativa à regra vigente no processo inquisitorial em que o poder punitivo do Estado - contra as liberdades

⁸ Estudiosos do direito penal e processual penal apresentam divergências quanto ao termo correto a ser usado. Juristas como o professor italiano Ferrajoli (2002, p.441) aplicam em suas obras a nomenclatura presunção de inocência para estabelecer que é “a culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada, e é a prova da culpa - ao invés da de inocência, presumida desde o início - que forma o objeto do juízo.” E concluem que “o princípio da submissão a jurisdição postula a presunção de inocência do imputado até prova contrária decretada pela sentença definitiva de condenação.” Outros, com Paulo Rangel (2015, p.25), seguem a corrente de que a Constituição Federal não estabeleceu a presunção da inocência, apenas expressou que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado, neste sentido o melhor termo seria “não culpabilidade”. A terceira teoria afirma que a inocência é um estado, uma situação, ou uma condição do réu em todo o processo. O processualista Eugenio Pacelli (2017, p.234) expressa que “a nossa Constituição, com efeito, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas da afirmação dela, como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal.” Para este trabalho, como já ressaltado, os três termos são usados como sinônimos, embora estejamos mais de acordo como a expressão Estado de Inocência.

individuais - fazia crer que o réu era presumidamente culpado devendo provar sua inocência durante o processo criminal.

A primeira normatização representativa que estabeleceu em seu conteúdo o Estado de Inocência foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que estabeleceu no artigo 9º que “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, caso seja considerado indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Giacomolli ao tratar do Estado de Inocência ressalta a sua evolução a partir da era moderna levando em conta principalmente o modelo processual continental.

No âmbito da Europa continental, o estado de inocência passou a ganhar corpo a partir das críticas dos pensadores iluministas acerca dos sistemas penais e, principalmente, em razão da discussão da relação do poder punitivo do Estado e da liberdade individual com o direito natural e inviolável da inocência dos cidadãos, culminando com sua inserção na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Com o CPP francês de 1808, o qual instituiu o denominado “sistema misto”, confiado como modelo a toda a Europa continental, tido como um avanço em relação à legislação anterior, principalmente ao CPP francês de 1670, o estado de inocência, na concretização garantística, restou comprometido, mormente no que tange à prova (imparcialidade do juiz e busca da verdade), em razão do novo paradigma processual. As estruturas e modificações processuais seguintes, de matriz acusatória ou inquisitorial, em dois pontos fundamentais, ou seja, na preservação da liberdade e nas regras acerca da prova, revelam o grau de densificação do estado da inocência em determinado ordenamento jurídico. (GIACOMOLLI, 2016, p.110)

Além da mencionada Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 diversos diplomas internacionais versando sobre os direitos humanos influenciaram na elaboração das Constituições modernas e incorporação do Estado de Inocência no seu corpo de normas. No contexto latino-americano teve grande relevância a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica de 22 de novembro de 1969 que em seu art. 8º, item 2 previu que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

Ferrajoli trata o princípio da inocência como um corolário lógico do fim racional consignado ao processo e o sentencia como:

a primeira e fundamental garantia que o procedimento assegura ao cidadão: presunção *juris*, como sói dizer-se, isto é, até prova contrária. A culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada, e é a prova da culpa - ao invés da de inocência, presumida desde o início - que forma o objeto do juízo. (FERRAJOLI, 2002, p.441)

No Brasil, o Estado de Inocência somente foi introduzido expressamente no ordenamento jurídico a partir da Constituição Federal de 1988 que o consagrou em seu art. 5º,

inciso LVII com a seguinte normativa: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, sendo este, como explica Aury Lopes Jr (2019, p. 99), o princípio reitor do processo penal pelo qual podemos verificar a qualidade de um sistema processual realizando a análise do seu nível de observância (eficácia).

A óbvia constatação que se tira do dispositivo constitucional é aquela no sentido de a norma ali prevista como a garantia política do cidadão frente ao Estado o deixando resguardado de que antes do trânsito em julgado não será possível atribuir culpa a um réu e portanto não será possível apena-lo, seja com privação da liberdade ou com a perda dos bens. Como muito bem explica Nestor Távora:

(...) o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. Neste contexto, a regra é a liberdade e o encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção. (TAVORA, 2016, p. 44-45)

Contudo, o Estado Inocência abrange outras duas dimensões bastante relevantes para a concretização deste princípio constitucional. A primeira delas preconiza esta garantia como uma regra de tratamento. Assim, o réu em momento nenhum do processo pode ser tratado como se culpado fosse. Neste sentido é a doutrina de Renato Brasileiro:

Portanto, por força da regra de tratamento oriunda do princípio constitucional da não culpabilidade, o Poder Público está impedido de agir e de se comportar em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao acusado, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, enquanto não houver sentença condenatória com trânsito em julgado. (BRASILEIRO, 2016, p. 82)

Desta forma a privação da liberdade quando não amparada pelo sentença condenatória transitada em julgado, só pode ocorrer excepcionalmente, enquanto medida cautelar, com a necessidade de sua imposição devidamente fundamentada em condições legalmente tipificadas, pois a inocência é conceito basilar de tratamento no decorrer do processo.

Juristas como o professor e advogado Aury Lopes Jr argumentam que esta garantia de tratamento do Estado de Inocência tem reflexos externamente ao processo, respaldando a imagem, dignidade e privacidade do réu.

Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência. (LOPES JR, 2019, p. 99)

Entretanto, ainda existe uma última dimensão do Estado de Inocência que para nós é a mais significativa para as pretensões deste trabalho. Nela o princípio da não culpabilidade é tido como regra probatória.

Nesta perspectiva os encargos probatórios passam a ser todos da acusação, uma vez que, considerado inocente de todo e qualquer elemento em que estiver acusado, cabe ao seu adversário (acusação) demonstrar a sua culpabilidade para além de qualquer dúvida razoável. “Em outras palavras, 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” (BRASILEIRO, 2016, p. 81).

José Nereu Giacomolli (2016, p.117) enfatiza que “o encargo probatório da acusação não se reduz à demonstração da autoria e da existência do fato, mas de toda a dimensão jurídica”. De sorte que todo e qualquer elemento que esteja em desfavor do réu precisa ser provado pela acusação.

Nesse viés, se a acusação não for capaz de provar todas as circunstâncias e condições do delito e restar dúvidas sobre fatos relevantes para a decisão no processo, o réu, protegido pelo Estado de Inocência, deverá ser absolvido em respeito ao preceito constitucional.

Esta conclusão leva-nos a um desdobramento lógico da presunção de inocência que é a compreensão de que a dúvida opera em favor do réu, como bem afirma Lopes Jr (2019, p. 98-99) “a dúvida conduz inexoravelmente à absolvição (*in dubio pro reo*).”

É sobre isto que tratava Gustavo Badaró (2003, p. 284-285) ao afirmar que “presunção de inocência também pode ser vista sob uma ótica técnico-jurídica, como regra de julgamento a ser utilizada sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo”

4.3. Princípio do *In Dubio Pro Reo*

Um desdobramento natural da garantia constitucional do Estado de Inocência enquanto regra probatória é o princípio do *In dubio pro reo* (também denominado de *favor rei*, *favor réu*, *favor innocentiae* e *favor libertatis*). Nele o julgador deparando com possibilidades interpretativas antagônicas, seja de fato ou de direito, deve sempre optar por aquela que atenda ao *jus libertatis* do acusado.

Nestor Távora (2016, p.66) sintetiza o tema afirmando que “a dúvida sempre milita em favor do acusado (*in dubio pro reo*). Em verdade, na ponderação entre o direito de punir do Estado e o *status libertatis* do imputado, este último deve prevalecer.”

Neste sentido o *in dubio pro reo* se constitui como uma técnica de julgamento dentro de um estado constitucionalmente democrático. Parece ser esta a posição de Renato Brasileiro ao discorrer sobre o princípio:

O *in dubio pro reo* não é, portanto, uma simples regra de apreciação das provas. Na verdade, deve ser utilizado no momento da valoração das provas: na dúvida, a decisão tem de favorecer o imputado, pois não tem ele a obrigação de provar que não praticou o delito. Antes, cabe à parte acusadora (Ministério Público ou querelante) afastar a presunção de não culpabilidade que recai sobre o imputado, provando além de uma dúvida razoável que o acusado praticou a conduta delituosa cuja prática lhe é atribuída. (BRASILEIRO, 2016, p. 81-82)

Badaró trata o princípio do *favor rei* sob mesma perspectiva e ressalta a sua interferência direta na definição do ônus da prova.

No caso do processo penal o *in dubio pro reo* é uma regra de julgamento unidirecional. O ônus da prova incumbe inteiramente ao Ministério Público, que deverá provar a presença de todos os elementos necessários para o acolhimento da pretensão punitiva. (BADARÓ, 2003, p. 296).

Na mesma linha ainda está o professor Paulo Rangel que a respeito do princípio preleciona que:

Trata-se de regra do processo penal que impõe ao juiz seguir tese mais favorável ao acusado sempre que a acusação não tenha carreado prova suficiente para obter condenação. Nesse aspecto, o princípio do *favor rei* se enlaça com a presunção de inocência que, como vimos, inverte o ônus da prova. O órgão que acusa é quem tem de apresentar a prova da culpa e demonstrar a culpabilidade do cidadão presumido inocente. (RANGEL, 2015, p. 35)

Como bem enfatiza Rangel (2015, p.35), o *favor rei* deve ser um elemento impulsionador da interpretação do julgador devendo ser adotado para alcançar a norma mais favorável a ao acusado sempre que houver dois caminhos que se possa seguir.

Entre os vários dispositivos legais dos quais podem se inferir este princípio⁹, o Código de Processo Penal brasileiro traz um de especial relevância exemplificativa. Trata-se do art. 386, inciso VII que diz:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:
VII – não existir prova suficiente para a condenação.

Pela definição legal, mesmo que haja prova inclinada à condenação, mas se esta não for suficiente fazendo prevalecer dúvida relevante o juiz deve se direcionar para decisão que melhor atende os interesses do réu.

⁹ O professor Paulo Rangel (2015, p. 35-36) lista, apenas do Código de Processo Penal, quatro normas em que estão presente o princípio do *favor rei*. São elas art. 386, VII; art. 609; 615, §1º; e art. 621

Neste sentido a dúvida passa a atuar no processo decisório do juiz e o esclarecimento dela se apresenta como obrigação exclusiva da acusação, já que permanecendo a dúvida a decisão deve favorecer a liberdade do réu. Desta forma até a produção de provas por iniciativa do juiz se mostra como um atentado a este princípio, posto que, estando ele em dúvida o caminho processual que melhor atende a lógica principiológica é a decisão a favor do réu.

Sobre o tema é certo o raciocínio de José Nereu Giacomolli:

O encargo de provar a culpa do imputado é da acusação, mas é de interesse da defesa criar, no espírito do julgador, a dúvida razoável. Contudo, a circunstância de a defesa não ter criado a dúvida razoável não induz à condenação do imputado. A dúvida do julgador induz a absolvição pelo princípio do *in dubio pro reo*, implicando, a determinação *ex officio* da prova, em resultado necessariamente contra o acusado, em favor da acusação, na medida em que o imputado já estaria absolvido pela dúvida... (GIACOMOLLI, 2016, p.118) (grifo nosso)

Em suma, o princípio do *in dubio pro reo* atua sob a premissa garantista de proteção do indivíduo contra o poder punitivo do Estado muito bem construída pelo penalista italiano Luigi Ferrajolli (2002) da qual se apreende a ideia de que diante da dúvida melhor é que tenhamos um culpado absolvido que um inocente condenado.

5. TEORIA DAS PROVAS

5.1. Conceito da Prova

A doutrina pátria define provas sobre diversas perspectivas. É esta também a constatação do professor Paulo Rangel (2015, p. 461) que afirma que “o conceito de prova é por demais diverso no direito processual, face à sua múltipla utilização”.

Renato Brasileiro ao tratar sobre a terminologia da prova nos ensina que:

Em sentido amplo, provar significa demonstrar a veracidade de um enunciado sobre um fato tido por ocorrido no mundo real. Em sentido estrito, a palavra prova tem vários significados. Por isso, inicialmente, é importante firmarmos algumas premissas terminológicas. (BRASILEIRO, 2016, p. 792)

Neste sentido, Guilherme de Souza Nucci apresenta três significados para a expressão prova:

Há, basicamente, três sentidos para o termo prova: (a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); (b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); (c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. Neste último senso, pode dizer o juiz, ao chegar à sentença: “Fez-se prova de que o réu é autor do crime”. Portanto, é o clímax do processo. (NUCCI, 2019, p. 81)

Nestor Távora (2016, p.827), de outra forma define prova sob as seguintes perspectivas: “Temos, a nosso ver, uma concepção estática, que é a prova em si mesma; uma expressão dinâmica, através da produção probatória, e uma feição dialética, com a submissão da prova à discussão processual e posterior valoração na sentença.”

Mas é do processualista Renato Brasileiro que ao nosso entendimento vem a definição mais didática e acadêmica a respeito dos vários sentidos jurídicos para o termo *prova*, apontando três variantes de significado:

1) Prova como atividade probatória: consiste no conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para o julgamento. Nesse sentido, identifica-se o conceito de prova com a produção dos meios e atos praticados no processo visando ao convencimento do juiz sobre a veracidade (ou não) de uma alegação sobre um fato que interesse à solução da causa. (...)

2) Prova como resultado: caracteriza-se pela formação da convicção do órgão julgador no curso do processo quanto à existência (ou não) de determinada situação fática. É a convicção sobre os fatos alegados em juízo pelas partes. (...)

3) Prova como meio: são os instrumentos idôneos à formação da convicção do órgão julgador acerca da existência (ou não) de determinada situação fática,

cujo conceito será trabalhado com mais detalhes logo abaixo. (BRASILEIRO, 2016, p.792-793)

Para a reflexão que pretendemos interessa-nos a primeira acepção que interpreta a prova como atividade probatória. Nesta perspectiva, no processo penal, a prova busca alcançar fatos relevantes que convençam o juiz da existência do crime com todas as suas nuances e ainda demonstre claramente o seu autor.

5.2. Finalidade da Prova

A doutrina clássica vai apontar como finalidade da prova a busca da verdade processual como se apreende nas palavras de Renato Brasileiro:

Daí se dizer que a busca é da verdade processual, ou seja, daquela verdade que pode ser atingida através da atividade probatória desenvolvida durante o processo. Essa verdade processual pode (ou não) corresponder à realidade histórica, sendo certo que é com base nela que o juiz deve proferir sua decisão. (BRASILEIRO, 2016, p. 797)

Noutro viés, doutrinadores como Aury Lopes Jr tem evitado termos como busca da verdade e assinalado como função da prova a persuasão do julgador através de uma atividade cognitiva.

Em suma, o processo penal tem uma finalidade retrospectiva, em que, através das provas, pretende-se criar condições para a atividade cognitiva do juiz acerca de um fato passado, sendo que o saber decorrente do conhecimento desse fato legitimará o poder contido na sentença. (LOPES JR, 2019, p. 344)

Mais claro ainda se faz o processualista espanhol Taruffo (2002 apud LOPES JR, 2019, p. 343) ao aduzir que “as provas são os materiais que permitem a reconstrução histórica e sobre os quais recai a tarefa de verificação das hipóteses, com a finalidade de convencer o juiz (função persuasiva)”

Certo é que em uma ou em outra concepção a prova sempre se prestará a formar juízo de certeza ou convencimento para a decisão do juiz. E se não suficiente para produzir certeza, a dúvida que persistir terá efeitos relevantes no processo penal.

5.3. Objeto da Prova

Mas esta atividade probatória com finalidade de persuasão do julgador precisa ter no processo penal um objeto a alcançar. Nicolas Malatesta (1927, p. 151) aponta de forma direta que “o objeto da prova é a coisa que é atestada.”

Já os ensinamentos de Gustavo Badaró é de que o objeto da prova não é o fato em si, mas sim as alegações do fato, por ser o que na realidade repercute no âmbito processual.

Os fatos, em si mesmos, são acontecimentos que têm existência no mundo real. O fato ocorreu ou não, existiu ou não, não comportando adjetivações ou valorações. Aquilo que existe na realidade não pode ser verdadeiro ou falso; simplesmente existe. Verdadeiros ou falsos só podem ser nossos conhecimentos, nossas percepções, nossas opiniões, nossos conceitos ou nossos juízos a respeito de um objeto. Os "fatos" debatidos no processo são enunciados sobre os fatos do mundo real. Isto é, aquilo que se diz em torno de um fato: é a enunciação de um fato e não o próprio fato. Em consequência, o objeto da prova não é o próprio fato. O que se prova são as alegações dos fatos feitas pelas partes como fundamentos da acusação e da defesa. (BADARÓ, 2003, p.159)

No entanto, para além das discussões filosóficas sobre verdade e fatos nos parece prodigiosa a síntese estabelecida por Paulo Rangel (2015, p.462) ao afirmar que o objeto da prova “é o *thema probandum* que serve de base à imputação penal feita pelo Ministério Público. É a verdade dos fatos imputados ao réu com todas as suas circunstâncias.”

A grandeza desta afirmação está em abarcar como objeto da prova “todas as circunstâncias” dos fatos ou alegações de fatos imputados ao réu. No processo penal, já está pacificado pela doutrina¹⁰, que até os fatos incontroversos devem ser provados. Assim, mesmo que o réu confesse o crime é necessário que se produza outras provas para que este seja condenado.

No entanto, se todas as alegações de fatos devem ser provadas, se inclusive os fatos incontroversos devem passar por verificação probatória a questão que emerge é: a quem cabe o ônus de produção desta prova no processo penal brasileiro?

¹⁰ Assim se posicionam Paulo Rangel (2015, p.462), Renato Brasileiro (2016, p.805), Nestor Tavora (2016, p.831) dentre outros.

6. ÔNUS DA PROVA E A ESPECIFICIDADE DO PROCESSO PENAL

6.1. O Ônus da Prova

Muitos são os debates acerca do conteúdo do conceito de ônus da prova. Alguns de forma simplória chegam a classificá-lo como uma obrigação ou dever destinado às partes em um processo. No entanto a correta compreensão deste instituto passa pelo entendimento semântico fundamental para a sua caracterização.

Gustavo Badaró (2003, p. 176) acertadamente ressalta que ônus não pode ser tratado como obrigação, uma vez que esta, juridicamente, é um imperativo de interesse do credor que, como titular de um direito subjetivo, pode exigir o cumprimento da obrigação, sendo que aquele que não a cumpre pratica ato ilícito e está sujeito a sanções para o adimplemento. Já o dever, na perspectiva do mesmo autor, são imperativos para toda a sociedade ou ao menos uma coletividade, e seu descumprimento gera uma sanção com natureza de coação moral.

Diferente da obrigação e do dever, o ônus atua na esfera da liberdade na medida em que atende ou se propõe a atender apenas o interesse da própria parte, sendo absolutamente lícito o seu descumprimento. Ou, nas palavras de Renato Brasileiro (2016, p. 817) “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.”

A partir destes preceitos Brasileiro faz uma necessária transposição do conceito de ônus para o instituto da prova.

Transportando-se o conceito de ônus para o âmbito da prova, pode-se dizer que ônus da prova é o encargo que as partes têm de provar, pelos meios legal e moralmente admissíveis, a veracidade das afirmações por elas formuladas ao longo do processo, resultando de sua inação uma situação de desvantagem perante o direito. (BRASILEIRO, 2016, p. 817-818)

Com efeito, como afirma Nogueira (2018, p.214) “o ônus da prova equivale ao encargo de se carrear material probatório ao processo, é a incumbência que a parte possui de provar aquilo que alega.” Desta forma, quem tem o ônus probatório carrega consigo toda a responsabilidade da prova, do que decorre consequências jurídicas.

As consequências pela omissão em desincumbir-se do ônus probatório pode ser classificada basicamente de duas maneiras¹¹, que a doutrina chamará de ônus da prova perfeito ou absoluto e ônus da prova menos perfeito ou relativo.

No ônus da prova perfeito o prejuízo referente ao seu descumprimento é inevitável como bem ensina Távora:

No ônus da prova perfeito ou ônus da prova absoluto o efeito negativo, representado por um prejuízo à pretensão da parte, é corolário necessário da omissão da parte em provar. Nesse caso, a desídia da parte ou a sua incapacidade de comprovar o alegado é suficiente para desencadear situação desvantajosa para a sua pretensão deduzida em juízo. (TÁVORA, 2016, p. 867)

Noutro viés, no ônus da prova relativo ou menos perfeito os prejuízos do descumprimento são apenas prováveis e dependem de avaliação judicial. Ainda seguindo a classificação do processualista Nestor Távora temos que:

No ônus da prova menos perfeito ou ônus da prova relativo o prejuízo atinente ao fato de não ter a parte se desincumbido do ônus de provar fica dependendo de apreciação do juiz, podendo ou não ter lugar, notadamente se existirem outros meios de prova que possam substituir a prova que poderia ter sido produzida e não o foi por falta de requerimento da parte no momento oportuno. (TÁVORA, 2016, p. 868)

Badaró (2003, p. 173) faz uma importante ressalva quando a esta classificação, estabelecendo que “não existem ônus completamente imperfeitos, posto que, quando uma omissão não pode acarretar prejuízos para o omitente, não há ônus nenhum.”

Diante das consequências processuais que a inobservância do cumprimento do ônus da prova traria para as partes a práxis jurídica precisa delimitar a forma como o nus probatório atua e produz efeito em relação a cada agente da relação processual. “Descumprindo, portanto, as partes o ônus a que lhe incumbira, impunham-se regras de julgamento direcionadas ao juiz para solucionar o caso. Disso decorre o ônus da prova objetivo e o ônus da prova subjetivo.” (NOGUEIRA, 2018, p. 247).

O ônus de prova objetivo é, na verdade uma regra de julgamento e, neste sentido, comunica-se com o juiz trazendo regras práticas para a solução de um caso jurídico com ausência ou insuficiência de provas de fato relevante.

Badaró, didaticamente, explica que:

¹¹ O uso da nomenclatura “perfeito” e “menos perfeito” foi encabeçada por James Goldschimidit conforme leciona Badaró (2003, p.175) e é a mais comumente encontrada na doutrina. Já os termos “absoluto” e “relativo” é trazido por Candido Rangel Dinamarco, mas, em suma, não são apontadas relevantes diferenças entre as duas classificações.

O ônus da prova [objetiva], como regra de julgamento, deve ser utilizado somente no momento decisório,' como último recurso da juiz, ante uma insuperável dúvida. O juiz deve analisar toda a prova existente nos autos, independentemente de quem a produziu. Poderá, também, utilizar-se de seus próprios poderes instrutórios para esclarecer a verdade. Contudo, é possível que, mesmo após a produção da prova, seja por atividade das partes, seja por iniciativa própria, o juiz ainda esteja em dúvida. Neste caso, será necessário que uma das partes venha a arcar com as consequências da incerteza sobre a alegação de fato não provado. Não se pode negar que, mesmo após o juiz ter se utilizado de seus poderes instrutórios, na busca da verdade sobre as alegações de fato, poderia ainda permanecer em dúvida. (...) Neste caso, o ônus da prova funcionará como um critério de decisão estabelecido pelo legislador, determinando ao juiz como decidir quando estiver em dúvida sobre fato relevante, no momento de proferir a decisão final. (BADARÓ, 2003, p. 181)

Não obstante, o ônus da prova também pode atuar como direcionamento da atividade das partes. A este nós chamamos de ônus da prova subjetivo. Nesta perspectiva é o ônus um encargo que recai sobre as partes de perseguir as provas através dos meios legalmente permitidos e introduzi-las no processo.

Na conceituação de Brasileiro o ônus subjetivo é regra de conduta das partes, como se vê:

o ônus da prova deve ser compreendido como o encargo que recai sobre as partes de buscar as fontes de prova capazes de comprovar as afirmações por elas feitas ao longo do processo, introduzindo-as no processo através dos meios de prova legalmente admissíveis. Ao contrário do ônus da prova objetivo, cujo destinatário é o juiz, o ônus subjetivo é voltado para as partes, a fim de que se saiba qual delas deve suportar o risco da prova frustrada. Sob esse aspecto subjetivo, as disposições sobre o ônus da prova funcionam, portanto, como regras de conduta das partes. (BRASILEIRO, 2016, p. 819)

A verdade é que em um modelo adversarial de processo as partes se sentem psicologicamente impelidas a produzir provas para o processo, como conclui Badaró:

É que as regras sobre ônus da prova funcionam como uma pressão psicológica para as partes, tendo o efeito de motivá-las a participar ativamente a fornecer a prova dos fatos que pretende ver reconhecidos no processo. As partes são estimuladas a provar suas alegações, ante o risco da prova frustrada. (BADARÓ, 2003, p. 182).

Desta forma foi se consolidando no direito brasileiro a concepção majoritária (mas, ainda bem, não unanime), pautada em uma equivocada Teoria Geral do Processo (equivocada, na medida que desconsidera as especificidades de cada ramo autônomo do direito), de uma efetiva distribuição do ônus da prova entre autor e réu, sendo que àquele cabe provar fato constitutivo do direito e a este incumbe a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do seu direito. Ao nosso ver está é uma posição equivocada e inaplicável em um

processo penal que pretenda se fundar na constituição da república, enquanto norma máxima da nação.

6.2. Superando a matriz civilista

Fala-se em ônus da prova partindo de um ideal do direito privado que estatuiu para autor e réu responsabilidades probatórias que produzam resultado útil para o processo estabelecendo para o juiz um critério de decisão das suas lides a incumbência das partes de provar determinados tipos de fatos.

Sob esta premissa o legislador processual civil promove a distribuição do ônus da prova desde o primeiro Código de Processo Civil da república brasileira em 1939 (Decreto-Lei 1.608/1939), definindo em seu art. 209 o ônus do autor provar fato constitutivo do direito (§ 1º) e do réu de provar fato extintivo do direito ou de efeitos similares (§ 2º). Regra esta aprimorada no Código de 1973 (Lei 5.869/1973) ao incluir nas incumbências do réu a prova de fatos modificativos e impeditivos, além dos extintivos (art. 333, II) e renovada na Lei Processual de 2015 (Lei 13.105/2015) que trouxe as mesmas regras gerais (inciso I e II), contudo com a possibilidade de rearranjo por parte do juiz (§ 1º) ou convenção entre as partes (§ 3º).

Estes institutos civilistas se tornaram a principal fonte de interpretação do art. 156 do Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/1941) tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Assim, o dispositivo processual penal que diz que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer” passa a ser erroneamente compreendido a partir da distribuição dinâmica do ônus da prova como bem assinala Távora:

(...) se tem indicado que a divisão do ônus da prova entre acusação e defesa levaria a que a primeira demonstrasse a autoria; materialidade (existência da infração); dolo ou culpa e eventuais circunstâncias que influam na exasperação da pena. Já a defesa estaria preocupada na demonstração de eventuais excludentes de ilicitude; de culpabilidade; causas de extinção da punibilidade e circunstâncias que venham a mitigar a pena. (TÁVORA, 2016, p. 866)

Contudo, esta primazia que se dá ao processo civil soa como uma afronta aos institutos tão específicos e fundamentais do processo penal promovendo verdadeiras aberrações sistêmicas difíceis de serem explicadas pela racionalidade jurídica.

Fazendo uso da famosa metáfora de Canelluti¹², Aury Lopes Jr (2018, p. 61) compara a Ciência do Processo Penal e a Ciência do Processo Civil como se irmãs fossem. A segunda é a

¹² Aqui nos referimos ao artigo denominado *Cenerentola* (que traduzido é a Cinderela, da conhecida fábula infantil) publicado originalmente em 1946 na *Rivista di Diritto Processuale*, v. 1, parte 1, p. 73-78.

irmã mais prodigiosa, mais sedutora, sempre ornada com belas roupas feita sob medida. Já a primeira é desleixada e abandonada. Preterida, sempre teve que se contentar com as sobras da outra.

De forma lúdica, Lopes Jr tira uma lição desta história:

O problema maior está na relação com o processo civil. O processo penal, como a Cinderela, sempre foi preterido, tendo de se contentar em utilizar as roupas velhas de sua irmã. Mais do que vestimentas usadas, eram vestes produzidas para sua irmã (não para ela). A irmã favorita aqui, corporificada pelo processo civil, tem uma superioridade científica e dogmática inegável. (LOPES JR, 2018, p. 62)

E ainda conclui de forma brilhante:

(...) assistimos inertes a um pancivilismo. E isso nasce na academia, com as famigeradas disciplinas de “Teoria Geral do Processo”, tradicionalmente ministradas por processualistas civis que pouco sabem e pouco falam do processo penal e, quando o fazem, é com um olhar e discurso completamente viciado. (LOPES JR, 2018, p. 62)

Há na essência das duas ciências diferenças intransponíveis que brotam da suas próprias naturezas de direito público para o processo penal e direito privado para o processo civil. O processo penal possui categorias jurídicas e valores próprios. No processo civil, por exemplo, o que está em disputa é uma questão patrimonial ou com repercussões diretamente patrimoniais, o “ter”. Já no processo penal o que está em jogo é a própria liberdade do réu.

Mas o maior traço de distinção entre as duas Ciências processuais está no tipo de relação que elas possuem com seus respectivos direitos materiais. O direito civil, no cotidiano, é auto executável. Ele se constitui a todo instante sem necessidade de intervenção judicial: o pão que se compra na padaria, o ônibus que se pega para o trabalho, o contrato que se faz para o casamento. A maioria das ações do direito civil não precisam do processo para se viabilizar. Na verdade, o processo só ocorre quando houver um conflito de interesses, aliado a pretensão e resistência. Já o direito penal precisa do processo para se concretizar. A relação entre eles é regida pelo “princípio da necessidade” pelo qual *nulla poena sine iudicio*. Ou, nas palavras de Lopes Jr (2018, p. 64): “direito penal não tem eficácia imediata e precisa, necessariamente, do processo penal para se efetivar, pois o processo é um caminho necessário e inafastável para chegar na pena.”

Portanto, em prol de um processo penal mais condizente com sua estrutura é preciso radicalmente romper com as matrizes civilistas permitindo que cada categoria do processo revele a sua especificidade e seja interpretada conforme a Constituição, como no caso do ônus da prova cuja lógica, no processo penal, está muito mais alinhada ao princípio constitucional

da não culpabilidade e seu corolário natural do *in dubio pro reo*, do que com a distribuição dinâmica do processo civil.

6.3. O ônus da prova no processo penal

Cita Paulo Rangel (2015, p. 504) que “a doutrina, em maioria, ao estudar a divisão do ônus probatório, sustenta que a divisão do ônus é baseada no interesse da própria afirmação, ou seja, o ônus compete a quem alega o fato.”

Tal entendimento é feito a partir da leitura do art. 156 do Código de Processo Penal em vigor que, *in verbis*, prevê: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer...”. A interpretação deste dispositivo legal, como já mencionado, é feita sempre sob uma premissa civilista alcançando conclusões cuja a aplicabilidade promove um processo penal disforme.

Assim para a doutrina majoritária o ônus da prova da acusação recai sobre a autoria e os elementos do fato típico, incumbindo à defesa a prova acerca da presença de uma causa excludente da ilicitude, da culpabilidade ou de uma causa extintiva da punibilidade.

Paulo Rangel traz à baila vários importantes processualistas que coadunam com esta posição doutrinária, entre eles Hélio Tornaghi, Tourinho Filho, Adalberto José da Costa Aranha e, acrescento, Gustavo Badaró. A diferença entre eles está, por vezes, na substância do ônus da prova defensiva. Enquanto para alguns há necessidade de se provar taxativamente a existência de excludente da ilicitude, da culpabilidade ou de uma causa extintiva da punibilidade, para outros basta que promova dúvida razoável no juiz. Embora estas diferenças tenham relevância na práxis processual, doutrinariamente elas se estabelecem sob o mesmo fundamento: a imposição de ônus probatório à defesa.

Muito mais em sintonia com a estrutura do processo penal está a interpretação do ônus da prova pela perspectiva constitucional. Assim, a regra para o indivíduo passa a ser o direito fundamental à liberdade, e o ônus de suplantá-la deve ser inteiro da acusação, como bem entende Paulo Rangel:

Há que se interpretar a regra do ônus da prova à luz da Constituição, pois se é cediço que a regra é a liberdade (art. 5º, XV, da CRFB) e que, para que se possa perdê-la, dever-se-á observar o devido processo legal e dentro deste encontra-se o sistema acusatório, onde o juiz é afastado da persecução penal, dando-se ao Ministério Público, para a defesa da ordem jurídica, a totalidade do ônus da prova do fato descrito na denúncia. (RANGEL, 2015, p. 505)

Neste diapasão o encargo probatório em toda a sua dimensão jurídica passa a ser ônus da acusação que deve inclusive promover o afastamento do Estado de Inocência do réu. É isto que afirma José Nereu Giacomolli em sua obra *O Devido Processo Penal*:

O encargo probatório da acusação não se reduz à demonstração da autoria e da existência do fato, mas de toda a dimensão jurídica, ou seja, de todos os elementos do crime (objetivos e subjetivos) e das circunstâncias conformadoras da imputação, bem como da espécie da sanção e quantidade de pena. Para tanto, o afastamento do estado de inocência exige demonstração suficiente, mormente na perspectiva qualitativa. (GIACOMOLLI, 2016, p. 117).

Mais claro ainda é Afrânio Silva Jardim que em citação feita por Marcelo Polastri Lima fala sobre a exclusividade do ônus da prova em desfavor da acusação:

Não nos parece correto dizer que acusação penal limita-se à descrição de fato criminoso, com todas as suas circunstâncias (...) sustentamos enfaticamente que a acusação penal deve ‘alegar’ (*rectius*: atribuir ao réu) não só o fato típico, mas também a sua ilicitude e reprovabilidade (JARDIM apud LIMA, 2016, p.438)

Ora, se a acusação cabe a prova da existência do crime, incumbe a ela, então, a prova de todos os seus elementos. Parece-nos ser esta a regra constitucional pautada no Estado de Inocência, e daí decorre a necessidade que a acusação também prove que o fato cometido pelo réu não está amparado por qualquer norma autorizativa da conduta in concreto.

6.4. O ônus da prova das causas excludentes de ilicitude

A ilicitude do fato é, como já vimos neste trabalho, um dos elementos que compõem do crime. Na perspectiva analítica finalista que é a que doutrinariamente adotamos no Brasil, o delito é compreendido como i) fato típico, ii) ilícito e iii) culpável. No entanto, esta distinção entre estes elementos é meramente acadêmica, com fins didáticos, posto que é exatamente a junção destas três dimensões que formam o crime como um todo inteiramente unitário.

A precisa conceituação de crime é fundamental, inclusive para aqueles que tentam interpretar o ônus da prova penal da excludente de ilicitude conjugando a leitura do art. 156¹³, caput, do Código de Processo Penal coma disposição do art. 373, incisos I e II¹⁴ do Código de Processo Civil vigente. Isto porque, sendo o crime inteiramente unitário, cada um de seus elementos compõem aquilo que na transposição para o processo civil é chamado de fato constitutivo.

Oportuna são as lições ministradas por Nogueira sobre o tema:

¹³ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (caput, do art. 156 do Código de Processo Penal)

¹⁴ Art. 373. O ônus da prova incumbe: I- ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II- ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. (art. 373, I e II do Código de Processo Civil)

Fosse possível a utilização da regra de repartição do ônus da prova do Código de Processo Civil no processo penal, dever-se-ia incluir a ilicitude e culpabilidade, somadas à tipicidade, no bojo do inciso I do artigo 373, do CPC, caracterizando o fato constitutivo da pretensão acusatória do Estado (NOGUEIRA, 2018, p.265)

Definitivamente, o que o direito processual civil chama de fato constitutivo do direito do autor o direito penal chama de crime, a dizer, um fato típico, ilícito e culpável, ou seja, um fenômeno único. Não se pode, portanto, desmembrar o conceito analítico de crime para o fim de repartir o ônus da prova entre as partes. (NOGUEIRA, 2018, p.263)

No entanto, voltamos a destacar, o uso da analogia dos institutos do ônus da prova no processo civil visando a aplicação no processo penal é completamente equivocada, desrespeita preceitos legais e demonstra absoluta afronta a toda estrutura e sistema jurídico-penal.

Mais adequado seria, então, estabelecer a complementação da regra do art. 156, caput, do Código de Processo com as disposições previstas no art. 41¹⁵ e art. 386¹⁶, incisos VI e VII do mesmo diploma legal. Assim teríamos uma nova compreensão do ônus probatório processual penal, como menciona Nogueira:

Desse modo, ter-se-ia no artigo 156, caput, a seguinte redação de *lege ferenda*: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, cabendo à acusação a prova do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, conforme exposto na denúncia, impondo-se a absolvição caso não exista prova suficiente para a condenação ou se houver dúvida quanto à existência de causa excludente da ilicitude (NOGUEIRA, 2018, p. 264)

Desta maneira, tendo a acusação que provar o fato criminoso com todas as suas circunstâncias deverá fazê-lo tanto na dimensão fática demonstrando cada conduta relevante, quanto na dimensão jurídica estabelecendo todas as circunstâncias que tornariam a imputação idônea, dentre elas a ausência de excludentes de ilicitudes, posto se tratar de pressuposto fundamental na formação do crime.

Em que pese a interpretação sistemática do ordenamento processual penal seja muito mais coerente que aquela pautada no Código de Processo Civil e existe uma outra fonte interpretativa para o ônus da prova no processo penal que melhor coaduna como o modelo democrático garantista: a Constituição.

¹⁵ Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas. (art. 41 do Código de Processo Penal)

¹⁶ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; VII – não existir prova suficiente para a condenação. (art. 386, VI e VII do Código de Processo Penal)

É fundamental que se volte o processo penal para uma interpretação em conformidade com a Constituição brasileira, afinal a primazia constitucional na superposição das normas jurídicas influi decisivamente na demarcação do âmbito de legitimidade, validade e eficácia das leis, e no mais, Constituição e Processo Penal lidam com algumas importantes questões comuns, dentre elas a proteção aos direitos e garantias fundamentais.

Luigi Ferrajoli, considerado o grande precursor do garantismo penal, cita como essencial o princípio da presunção da inocência, alegando que “esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado” (FERRAJOLI, 2014, p. 441)

Desta forma o princípio da presunção de inocência, trazido pelo inciso LVII do artigo 5º da Carta Magna, gera efeito no tratamento que deve ser conferido ao réu, mas, sobretudo tem consequências diretas sobre ônus probatório no interior do processo.

Na perspectiva de Nicola Malatesta:

(...) a inocência presume-se; e por isso no juízo penal a obrigação da prova incumbe à acusação. A presunção da inocência, que determina a obrigação da prova em juízo penal, não é senão uma dedução daquele princípio ontológico que afirmamos ser o princípio supremo para o ônus da prova. (MALATESTA, 2001, p.144)

Nestor Távora (2016, p. 823), ciente da relevância do Estado de Inocência é taxativo ao afirmar que “em um processo penal em que vigora a presunção de inocência, o ônus probatório é atribuído, com exclusividade, ao acusador.” E ainda complementa com o raciocínio que “havendo alegação da defesa acerca da presença de uma causa excludente da ilicitude, caberá à acusação demonstrar que a conduta do agente é típica, ilícita e culpável.”

Embora Távora mencione a alegação da defesa acerca de excludente de ilicitude, numa concepção radical do estado constitucional de inocência nem mesmo a alegação é necessária por parte da defesa como precisamente argumenta Nogueira:

Caso se analise a questão do grau de convencimento de uma excludente de ilicitude pela ótica da presunção de inocência, que provoca um desequilíbrio favorável ao acusado referente à questão probatória, o ônus da prova dessa excludente deveria recair totalmente sobre o acusador, prescindindo-se de alegação pelo réu. Isso porque, ao desincumbir o réu de alegar ou demonstrar uma excludente estará o juiz mantendo o desequilíbrio constitucional instituído pela presunção de inocência em favor daquele. (NOGUEIRA, 2018, p. 267)

A partir do momento em que compreendemos o réu como presumidamente inocente a ele não pode ser incumbido a prova de absolutamente nada. Até porque, em um sentido pleno da presunção de inocência, a dúvida opera sempre em favor do réu.

Aury Lopes Jr tem interessante posicionamento sobre o tema:

Ao lado da presunção de inocência, como critério pragmático de solução da incerteza (dúvida) judicial, o princípio do *in dubio pro reo* corrobora a atribuição da carga probatória ao acusador e reforça a regra de julgamento (não condenar o réu sem que sua culpabilidade tenha sido suficientemente demonstrada). A única certeza exigida pelo processo penal refere-se à prova da autoria e da materialidade, necessárias para que se prolate uma sentença condenatória. Do contrário, em não sendo alcançado esse grau de convencimento (e liberação de cargas), a absolvição é imperativa. (LOPES JR, 2019, p. 357)

Desta forma, não cumprindo a acusação o encargo de provar a ilicitude e restando dúvida quanto à existência de excludentes, esta dúvida milita a favor do réu impondo-se a absolvição.

Embora raras, já é possível encontrar julgados que se posicionam neste sentido. Aqui faço mencionar o entendimento da 6ª Turma do STJ capitaneado pelo voto do Ministro Rogério Schietti Cruz no Recurso Especial nº 1.359.446 - SP¹⁷.

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. SENTENÇA CONFIRMADA EM GRAU DE APELAÇÃO. ESPECIAL FIM DE AGIR. PRESCINDIBILIDADE. PERDÃO JUDICIAL E EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. SÚMULA N. 282 DO STF. FATOS IMPEDITIVOS, MODIFICATIVOS OU EXTINTIVOS DA PRETENSÃO ACUSATÓRIA. REGRA DO ONUS PROBANDI. ART. 156 DO CPP. PROVA SUFICIENTE DE QUE O IMPUTADO COMETEU O FATO A ELE ATRIBUÍDO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.

(...)

4. O ônus da prova, na ação penal condenatória, é todo da acusação, decorrência natural do princípio do favor rei, bem assim da presunção de inocência, sob a vertente da regra probatória, de maneira que o juiz deverá absolver quando não tenha prova suficiente de que o acusado cometeu o fato atribuído na exordial acusatória, bem como quando faltarem provas suficientes para afastar as excludentes de ilicitude e de culpabilidade.

¹⁷ Nos argumentos que compõe o voto do ministro estão expressas compreensões já apresentadas neste trabalho, as quais caminham para um interpretação mais garantista, vejamos, *in verbis*: “a regra do art. 156 do CPP não pode ser considerada de forma isolada, pela mera leitura da primeira parte do dispositivo federal, mas deve ser interpretada de forma sistêmica, de acordo com os ditames dos arts. 41 e 386, VI, do CPP, tendo como norte os princípios reguladores do processo penal condenatório, instrumento concebido para a tutela social da liberdade do indivíduo, orientado pela presunção de inocência e pelo *in dubio pro reo*, com vistas à melhor reconstrução histórica dos fatos sob julgamento. Deveras, como o réu não manifesta pretensão, apenas nega as circunstâncias narradas na denúncia ou na queixa, o ônus da prova, na ação penal condenatória, é todo da acusação (decorrência natural do princípio do favor rei, bem assim da presunção de inocência, sob a vertente da regra probatória) e o benefício da dúvida deve, sempre, favorecer a defesa. Isso equivale a dizer que a pretensão punitiva estatal somente poderá ser acolhida se o órgão jurisdicional se convencer, com apoio na prova judicializada, de que o réu praticou fato típico, ilícito e culpável, consoante a narrativa acusatória expressa ou implícita, e eventual dúvida relacionada às excludentes conduzem, necessariamente, à absolvição, consoante o art. 386, VI, do CPP”. (STJ, Recurso Especial nº 1.359.446-SP, 6ª Turma, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 28/04/2016)

5. A regra do ônus probandi, prevista no art. 156 do CPP, serve apenas para permitir ao juiz que, mantida a dúvida, depois de esgotadas as possibilidades de descobrimento da verdade real, decida a causa de acordo com a orientação expressa na regra em apreço. (...) (STJ, Recurso Especial nº 1.359.446-SP, 6ª Turma, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 28/04/2016) (grifo nosso)

Reconhecida a exclusividade do ônus probatório recaído sobre a acusação face a garantia constitucional da não culpabilidade e o decorrente princípio do *in dubio pro reo* que garante o benefício da dúvida para o acusado, cumpre a nós rechaçar o argumento daqueles que afirmam que seria impossível à acusação provar a inocorrência das excludentes da ilicitude, da culpabilidade e da extinção da punibilidade, porque, corresponderia à prova de um fato negativo.

Neste quesito, preciosa é a doutrina de Renato Brasileiro que muito bem se posiciona:

Na verdade, o que não é possível é provar alegações de fatos indeterminados, sejam eles positivos ou negativos. Agora, se o fato negativo for determinado, é perfeitamente possível comprovar sua inocorrência através da prova de fatos positivos contrários ou com ele incompatíveis. Destarte, a fim de provar que o acusado não agiu em legítima defesa, bastará ao órgão do Ministério Público comprovar que não houve qualquer agressão por parte da vítima, que a agressão não foi injusta, que a agressão injusta não era atual ou iminente, ou, ainda, que o acusado utilizou-se dos meios de defesa de forma imoderada. (BRASILEIRO, 2016, p. 823)

Para encerrar este capítulo, nenhum raciocínio se mostrará melhor que a crítica feita pelo processualista penal Aury Lopes Jr., que é contundente ao expor que inexiste qualquer ônus probatório ao réu, inclusive o das excludentes de ilicitude.

“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, 2019, p. 357).

7. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Construída toda a argumentação apresentada até aqui o que se conclui é que a estrutura processual penal brasileira possui as suas próprias especificidades e deve ser conduzida conforme as regras constitucionais próprias para um sistema penalista. Esta é a perspectiva garantista do processo em um Estado Democrático de Direito. Ele se revela na plena aplicação das garantias constitucionais e se consolida ao resguardar direitos fundamentais do indivíduos.

No entanto, faz-se necessário romper com a matriz civilista e garantir ao processo penal uma autonomia própria da sua realidade. O empréstimo de categorias próprias do Processo Civil tem feito muito mal ao Processo Penal. A lógica em que opera os dois sistemas são absolutamente diversas. Enquanto o primeiro deriva do ramo do direito privado, parte da premissa da igualdade entre as partes e lida basicamente (salvo poucas exceções) com bens apropriáveis, o segundo é afiliado ao direito público e opera sobre o binômio: a disputa pela liberdade e desigualdade entre as partes.

Com certeza o instituto do Processo Penal que mais sofre com esta apropriação dos conceitos do Processo Civil são as regras referentes ao ônus da prova. Isto, porque a aplicação delas em conformidade com o Código de Processo Civil é verdadeira aberração. Tentando conciliar o conceito de crime com o de fato constitutivo do direito o que o sistema jurídico faz é avaliar regras que afrontam as garantias fundamentais e assim prejudicam a consolidação de um Estado Democrático de Direito.

Acertadas são as novas interpretações do art. 156 do Código de Processo Penal que depreende o seu sentido da própria legislação processual penal mesclando as previsões do art. 41 e do art. 386, incisos VI e VII que dão ao instituto do ônus da prova no processo penal a compreensão de que a acusação caberá a prova do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, conforme exposto na denúncia, impondo-se a absolvição caso não exista prova suficiente para a condenação ou se houver dúvida quanto à existência de causa excludente da ilicitude.

Neste sentido é a prova da existência de uma causa excludente de ilicitude é ônus da acusação não só por uma leitura sistêmica do código de Processo Penal, mas por dois imperativos constitucionais que funcionam como regra probatória de julgamento. São eles o Estado de Inocência e o seu corolário *in dubio pro reo*. Pautado nestas garantias o juiz deve sempre preservar a presunção de inocência do réu. É nesta condição que o processo se inicia e sobre este estado o imputado deve permanecer até que saia a sentença. Esta se contraria ao réu, deve estar fundada em certeza da cognição probatória, pois qualquer resíduo de dúvida

relevante atua em prol da liberdade do réu, em consonância com a instrumentalidade constitucional.

Para concluir, tomo emprestada a reflexão de Aury Lopes Jr (2018, p. 58) para afirmar que um processo deve ser pautado no garantismo e por decorrência na instrumentalidade constitucional que “tem por conteúdo a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, pautando-se pelo valor dignidade da pessoa humana submetida à violência do ritual judiciário.”

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. v. 1. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1977.
- BOBBIO, Noberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. trad. Maria Celeste C.J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal : parte geral**. vol 1. 24. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em Outubro de 2019.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em Outubro de 2019.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em Outubro de 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1359446 - São Paulo**. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Sexta Turma. Julgamento em 19 de abril de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202674964&dt_publicacao=28/04/2016. Acesso em Outubro de 2019.
- DE MATOS OLIVEIRA, Ilzver; DE SANTANA, Alexsandro Guimarães. **A Teoria da indiciabilidade ou Teoria da Ratio Cognoscendi: o ônus probatório da defesa nas causas excludentes de ilicitude à luz do princípio da presunção da inocência (ART. 5º LVII, CRFB/88)**. Ideias e Inovação-Lato Sensu, v. 1, n. 2, p. 113-127, 2013.
- Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. França, 1789. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 02/12/2019
- ELIVÉ, Juan Carlos Ferré et al. **Direito Penal Brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

GOLDSCHMIDT, James. **Teoria geral do processo**. Trad. Leandro Farina. Leme: Fórum, 2006.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal, volume 1: parte geral**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Brasília: Gazeta Juridica, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. São Paulo: Saraiva, 2018.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**, Campinas: Brookseller, 2001.

MITTERMAYER, Carl Joseph Anton. **Tratado da prova em matéria criminal**. Trad. Alberto Antônio Soares. Rio de Janeiro: A.A. da Cruz Coutinho, 1871.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: parte geral**. v. 1 25.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009.

NOGUEIRA, Rafael Fecury. **Ônus da prova das excludentes de ilicitude no processo penal e a necessidade de rompimento com a sua matriz civilista**. In Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 4, n. 1, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019; São Paulo: Método, 2019.

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

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal, Parte Geral**. 4. ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. rev., ampl e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2015.

TAVARES, Juarez. **Teorias do delito: variações e tendências**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. Salvador: Ed Juspodivm, 2016.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. v. 1. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.