

PRINCÍPIO DO ÔNUS DA PROVA QUANTO ÀS EXCLUDENTES DE ILICITUDES¹

Marcela Macedo SILVEIRA²

1 INTRODUÇÃO

A prova pode ser definida como a alma do processo, entendida como a demonstração da realidade que visa chegar a um fato relevante para o julgamento da causa. Para Guilherme de Souza Nucci: “[...] o termo prova origina-se do latim – probatio –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumentação ou confirmação. Dela deriva o verbo provar –probare –, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar³.” Os fatos que precisam ser comprovados são aqueles que andam em detrimento da convicção da decisão do juiz dentro da lide. Assim, torna-se necessário saber qual das partes deve obter a convicção do órgão julgador aludidas na causa.

Depois da promulgação da lei 11.690/08 - esta que, por sua vez, traz importantes modificações as regulamentações referentes às provas - a problemática que envolve princípio do ônus da prova ganhou relevância. Os doutrinadores dizem que o ônus deve ser entendido como o encargo e não como obrigação. Entende-se que ônus não é um dever, pois não pode

¹ Resumo apresentado no I Simpósio de Ciências Criminais (2019) da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP.

² Graduanda na Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP. marcelamacedo@gmail.com.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no Processo Penal – o valor da confissão como meio de prova no processo penal, 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

exigir seu cumprimento. Portanto, cabe apenas a quem alega provar a ocorrência de tais fatos.

No campo jurídico, são crescentes as discussões doutrinárias a respeito de quem deve alegar o ônus da prova. De um lado, dispõe-se que incumbe à acusação provar tudo o que alegar, em nome do princípio da presunção de inocência. De outro lado, é previsto que é dever da acusação provar somente a existência do delito. No entanto, o pensamento majoritário diz que incumbe à acusação provar apenas os fatos constitutivos da pretensão punitiva.

Não obstante, há uma problemática quanto a aplicação dos princípios gerais e garantias constitucionais perante isto, uma vez que, no processo penal em razão da vigência do princípio da presunção de inocência há quem negue a existência do ônus da prova por parte do acusado, apesar de estar previsto no Código de Processo Penal, no artigo 156, que a prova da alegação incumbirá a quem fizer. No entanto, esta é duramente criticada pela doutrina contemporânea, por haver incompatibilidade com o princípio da presunção de inocência.

Com base no exposto, o referido artigo objetiva responder: A quem cabe provar as excludentes de ilicitude? Como a Constituição Federal se fixa nessa situação? E como se aplica às garantias e princípios gerais perante o exposto?

2 METODOLOGIA

No intuito de discutir-se sobre o princípio do ônus da prova quanto às excludentes de ilicitude e a relação do Código de Processo Penal com as garantias fundamentais e como isso impacta no cotidiano do processo penal, o presente trabalho realizou uma pesquisa bibliográfica, analisando artigos jurídicos, monografias nacionais para embasar a tese e ainda, variadas doutrinas penais e processuais penais.

Todavia, para a realização da pesquisa foi fundamental a interpretação e análise da legislação em si, uma vez que as grandes discussões doutrinárias trazidas sobre este assunto muitas vezes perpetuam dúvidas para quem as ouve.

Dessa forma, podem ser citadas as seguintes referências: o livro “Ônus da Prova no Processo Penal” de Gustavo Henrique Righi Ivahi Badaró, o livro “Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional” de Aury Jr. Lopes e a pesquisa “O Ônus da Prova e a

Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro” dirigida por Felipe Soares Tavares Moraes.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Incomensuráveis decisões judiciais afirmam que o réu está sendo condenado porque não se desobrigou do seu ônus de provar uma excludente de ilicitude, deixando vigorar motivo relevante para sua condenação, isto é, os elementos do crime: o fato típico, a ilicitude e a culpabilidade.

No entanto, no Brasil, vigora o princípio da presunção de inocência, o que concerne na distribuição do ônus probatório, uma vez que, torna-se necessário ser analisada de acordo com o princípio constitucional. Infelizmente, a Constituição Federal não declara especificamente a relação com o ônus probatório, limitando, assim, a prever somente o devido processo legal, o direito ao contraditório e a ampla defesa e a inadmissibilidade de provas lícitas. Como consequência, surgem problemas quanto à compreensão, principalmente quando é abordado o Código de Processo Penal sem antes analisar a Constituição Federal.

O artigo 156 do Código de Processo Penal dispõe:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

A passagem da juíza Maria Lúcia merece destaque ao dizer: “Quem alega qualquer coisa contra alguém é que deve provar que o que está dizendo corresponde ao real. Quem é acusado, nada tem de provar. A quem é acusado cabe apenas se defender, se quiser. Assim, obviamente, não é o réu quem tem de provar que não cometeu o crime que lhe é atribuído, não é o réu quem tem de provar que a acusação não é verdadeira, não é o réu quem tem de provar que é inocente. Sua inocência, como visto,

é presumida, como o é a inocência de qualquer indivíduo.⁴” (KARAM, Maria Lúcia. *Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p.13)

Também, o advogado e político Paulo Rangel comenta sobre o artigo exposto: “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. Trata-se de uma visão exclusiva e isolada do art. 156 do CPP, com redação da Lei 11.690/08, em desconformidade com a Carta Política do País, pois há que se fazer, hodiernamente, uma interpretação conforme a Constituição.”

Em outras palavras, é imprescritível que observe a norma processual (art.156 do CPP) com base na Constituição Federal em sua integralidade - haja vista que o texto constitucional está em maior posição hierárquica em relação ao ordenamento jurídico.

Os juízes e tribunais geralmente consideram que as excludentes de ilicitude devem ser provada pela defesa. Dessa forma, não caberia ao Ministério Público provar que o réu agiu por uma excludente de ilicitude, mas sim a defesa provar que estava presente uma excludente e por consequência, não se concretizou a presença de todos os elementos do crime. Todavia, sob o viés do processo penal, não cabe ao réu provar sua inocência, mas sim o Ministério Público provar a acusação. Nessa lógica, é facultativo a acusação de manifestar como forma de fortalecer a presunção, mas nunca terá o ônus ou o dever e fazê-lo.

4 CONCLUSÃO

Em suma, as partes devem provar o que afirmam. A acusação deve comprovar a materialidade e autoria do crime atribuída ao réu, que sob um pensamento lógico, ao provar que o fato é típico, ilícito e culpável, deve demonstrar que não há uma excludente. O réu, por sua vez, deve provar que tais fatos não tem veracidade ou que não os praticou. Tais fatos descritos pelas partes geram consequências jurídicas de caráter criminoso, na punibilidade do agente e aplicação da pena. E então, cabe ao juiz aplicar as consequências necessárias e adequadas ao réu. Por fim, a norma processual deve andar em detrimento da Constituição Federal, para que,

⁴ KARAM, Maria Lúcia. *Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p.13

assim, seja julgado o fato de maneira mais justa e de maneira que vigore os princípios essenciais do indivíduo.

REFERÊNCIAS

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

LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional, Volume I. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KARAM, Maria Lúcia. Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009;

NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no Processo Penal – o valor da confissão como meio de prova no processo penal, 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011;

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.