

A presunção da inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova em matéria criminal: os Tribunais Estaduais contra o STF

Lenio Luiz Streck¹

1. Introdução

De La Torre Rangel denunciava as iniquidades da justiça na América Central dizendo: “La ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos”. Na mesma linha, ao analisar o direito brasileiro vemos que este (também) é pródigo nessas desproporcionalidades. Assim, poderíamos citar o tratamento dado ao crime de furto qualificado e à lavagem de dinheiro, sem contar a facilidade que é provar a qualificadora do furto e a dificuldade para comprovar o branqueamento de capitais. Qualquer laudo firmado por um marceneiro e um engenheiro possui reconhecido valor, todavia, não há algo similar nos crimes do colarinho branco.

Em tempos de defesa da coerência e integridade do Direito, assentados numa principiologia constitucional, faz-se necessária uma reflexão constante sobre a nossa prática penal e das suas leituras doutrinárias a fim de que não perpetuemos retrocessos. Neste sentido, apresenta-se a temática tratada neste texto: a presunção de inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova na seara criminal. Ora, pensar diferentemente é recair num contrassenso lógico – uma vez que se é presumida a inocência o ônus de provar o contrário recairá (necessariamente e inteiramente) em quem acusa. Ademais, e com maior relevância, tal concepção “legitimaria” um processo penal ao arrepio das garantias constitucionalmente estabelecidas ao cidadão frente à *longa manus* do Estado no âmbito penal.

Para além de uma discussão teórica este estudo voltou os olhos para a práxis jurisprudencial, no intuito de verificar como os nossos tribunais tratam a matéria e se há alguma harmonia de entendimento entre a posição expressa pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e as Cortes Estaduais.

¹ Professor titular da Unisinos-RS e Unesa-RJ; Doutor em Direito pela UFSC; Pós-Doutor pela FDUL-PT; Professor Visitante da Universidade Javeriana-Bogotá; professor Visitante da Universidade de Lisboa e Coimbra-PT. Coordenador do DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos (Unisinos-RS). Procurador de Justiça/RS aposentado. Advogado.

O artigo se subdivide em duas partes. Na primeira é feita uma abordagem acerca dos contornos doutrinários do tema. Na segunda, a discussão estará centrada na jurisprudência, perfazendo uma leitura a partir do STF até os Tribunais Estaduais, apresentando os posicionamentos e as teses sustentadas, junto com a devida apreciação crítica.

2. A presunção de inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova

O direito (penal) dentro de um estado democrático deve pressupor, minimamente, tanto um controle do poder estatal quanto uma promoção dos direitos fundamentais. Logo, o poder punitivo do Estado, que deveria ser usado como a última *ratio*, encontra expressos limites e diretrizes constitucionais que devem (*has a duty*) ser respeitadas. Em outras palavras, não são meros ornamentos ao dispor para serem usados ou não pelo Judiciário, ao contrário, como normas vinculativas deveriam ser obrigatoriamente aplicadas.

Neste contexto está a presunção de inocência, que veio sobrepor à presunção de culpabilidade de outrora. Em uma brevíssima incursão histórica podemos relembrar a importância e o sentido desta garantia. No Medievo uma extrema insegurança pairava sobre aquele(s) que sofria(m) a acusação de ter cometido um crime. Poderíamos começar com o fato de que neste período não eram incomuns práticas de tortura para que fosse feita uma suposta confissão, o que está diretamente relacionado com uma presunção de culpa.

O acusado estava entregue ao arbítrio judicial de tal modo que poderia sofrer quaisquer tipos de penas não existindo limites referentes a uma previsão legal anterior e que fosse razoável, isto é, que estabelecesse penalizações não aviltantes ou cruéis. Este processo penal do terror foi sendo minorado a partir do Iluminismo; e de outros acontecimentos históricos como as revoluções liberais², de modo a consolidar na Modernidade um controle do *ius puniendi* em exigências legais que traziam cada vez mais garantias ao cidadão.

² Para Antonio Magalhães Gomes Filho, o princípio da presunção de inocência provém do *common law*, sendo um parâmetro para reforma do sistema repressivo intentada pela revolução liberal do século XVIII. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de inocência e prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 9.

A presunção de inocência manifesta-se no seio de uma série de medidas legais que visavam proteger o cidadão ante ao poder quase que incontestável do Estado e também de seus pares, de modo que apenas indicativos não seriam mais suficientes para a imputação de pena³. Seria necessário então um julgamento feito por um juiz previamente determinado, limitado às previsões legais, possibilitando uma ampla defesa e carecendo de um conjunto probatório suficiente a ser demonstrado por quem acusa.

Na realidade brasileira nos remontamos ao Código Penal da República, de 1890, que em seu artigo 67 asseverava: “Nenhuma presunção, por mais veemente que seja dará lugar a imposição de pena”. Ou seja, não haveria de se punir alguém por meros indícios, uma vez que estes seriam insuficientes quanto à inocência presumida.

Este processo de consolidação certamente não encontrou dificuldades. Valdir Szinck⁴ salientava que nem todas as correntes doutrinárias eram favoráveis à presunção de inocência. Como exemplo cita a influência da denominada Escola Positivista (Ferri, Garófalo) que defendia, em linhas gerais, ser um obstáculo à ação processual do Estado para tornar eficazes as sanções penais; e que a presunção de culpabilidade seria a mais razoável já que o réu que na maioria dos casos já se apresenta culpado pela opinião pública⁵. Assim, seja a presunção de inocência ou o princípio do *in dubio pro reu* ambas estariam limitados apenas à fase instrutória.

Transpassados quase um século vemos no âmbito constitucional pátrio a previsão expressa da presunção de inocência no art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal que dispõe: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”⁶.

Acompanhando e lastreando este reconhecimento jurídico interno são frequentes as referências a presunção de inocência em documentos internacionais de Direitos Humanos. No artigo no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de

³ Neste sentido Valdir Szinck ao escrever sobre o desenvolvimento histórico da presunção de inocência diz que: “o juiz tem no indiciado não um culpado (como na época medieval), nem um réu que deva confessar (ainda que sob tortura), mas um *suspeito*, alguém que tem contra si indicações de ter cometido um crime; mas apenas indicações, suspeitas que deverão ser provadas. Enquanto não se provar estas indicações ele é inocente. (...) Essa a norma que prevalece em um país democrático, onde impera a liberdade do cidadão acima de tudo e, abaixo, apenas, do império da lei. SZINICK, Valdir. Liberdade, prisão cautelar e temporária: presunção de inocência, juiz natural, devido processo legal, indícios e presunções, prisão em flagrante, prisão preventiva. 2. ed. São Paulo: LEUD, 1995. p.53.

⁴ O próprio jurista em sua obra datada de 1995 informa que a presunção de inocência era um tema raro nas discussões acadêmicas. Cf. SZINICK, Valdir. Op. Cit. p.52.

⁵ Cf. SZINICK, Valdir. Op. Cit. p.57.

⁶ A redação do texto não faz referência ao termo presunção de inocência, apesar de enunciar seu conteúdo. Nesta mesma perspectiva, foi redigida esta garantia na Constituição Italiana (1948), de onde provavelmente sofremos inspiração, *in verbis*: “” l’ imputato non è considerato colpevole sinna a la condanna definitiva”.

1789 tem-se que: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”. Na declaração Universal dos Direitos do homem de 1948, em seu art.11 reza que: “ 1. Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”. Na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950, em seu art. 6º, § 2º consta que: “Toda a pessoa no curso de uma infração se presume inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente conhecida”. A mesma previsão é encontrada no Pacto de San José da Costa Rica (1969), nos seguintes termos: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Em geral, as constituições do pós-guerra trouxeram sem seu bojo a presunção de inocência (Ex.:Itália, França, Espanha, Portugal). Por todas, citamos o artigo 24 da Constituição espanhola de 1978:

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.
2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y **a la presunción de inocencia.** (g.n)

Não obstante a previsão constitucional e internacional e a sua inegável importância, por vezes, a presunção de inocência parece ser uma ilustre desconhecida⁷ em *terrae brasilis*, sobretudo, quando percebermos um crescente apoio jurisprudencial a possibilidade de inversão do ônus da prova em matéria criminal.

Uma vez que “superamos” o processo inquisitivo que se baseava na presunção de culpabilidade há que se pensar na íntima relação entre a presunção de inocência e o *onus*

⁷ Júlio Casara em texto elucidativo intitulado *Uma Ilustre desconhecida: a presunção de inocência* argumenta que: Basta pensar no número de presos provisórios (pessoas encarceradas antes de serem condenadas), na naturalização do uso abusivo/desnecessário de algemas (muitas vezes com o único objetivo de aviltar os imputados), na prisão como forma de coagir eventuais testemunhas ou obter confissões de indiciados e na “*inversão do ônus probatório em matéria penal*” (declarada por um dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da AP 470, para justificar seu voto pela condenação de um dos réus) para se perceber que a incidência do **princípio da presunção de inocência** tem se tornado problemática (sic). CASARA, Júlio. **Uma ilustre Desconhecida: a presunção de inocência.** Disponível em: <http://justificando.com/2015/01/17/uma-ilustre-desconhecida-presuncao-de-inocencia/> Acesso em: 31/03/2015.

probandis, sob pena, de sustentarmos uma concepção anacrônica diante das conquistas civilizatórias.

Sob três aspectos a presunção de inocência poder analisada⁸: 1) como uma garantia política do cidadão, parte “essencial” e estrutural do sistema acusatório que, respeitando a dignidade humana, garante um estado de inocência que somente poderá ser afastado diante de uma prova plena do ilícito e dentro do devido processo legal; 2) como regra de julgamento em caso de dúvida acerca de fato relevante para a sentença, confundindo-se com o *in dubio pro reu* ; e 3) regra de tratamento do acusado durante o processo impedindo que seja tratado como se culpado fosse.

Pensando a presunção de inocência e sua necessária relação com o *in dubio pro reu* e demais garantias penais, não há que se falar em inversão do ônus da prova, ao revés, existe barreiras constitucionais para esta possibilidade. Gustavo Henrique Righi Bardaró em obra⁹ dedicada ao ônus da prova no processo penal afirma que:

Um aspecto relevante da presunção de inocência enquanto regra de julgamento é que, no processo penal, diversamente do que ocorre no campo civil, não há verdadeira *repartição* do ônus da prova. O ônus da prova não supõe que exista, necessariamente, uma repartição de tal ônus. Mesmo que não haja repartição do ônus da prova é necessário que haja regra de julgamento, determinando que em qualquer caso, a dúvida sobre fato relevante será decidida sempre contra o autor, ou sempre contra o réu. No caso do processo penal o *in dubio pro reu* 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 punitiva¹⁰.

Neste aspecto, enquanto regra de julgamento a presunção de inocência e as garantias correlatas geram o que doutrina denomina de ônus objetivo da prova. Ou seja, destina-se ao juiz, direcionando a quem se aproveitará, digamos assim, ao fim e ao cabo, o benefício da dúvida. Quando falamos do ônus subjetivo da prova estamos nos referindo ao incentivo para que as partes atestem os fatos relevantes do seu interesse.

A inversão do ônus da prova é uma regra de julgamento somente autorizada por lei e que se aplica quando o autor não conseguindo comprovar sua pretensão e o réu tampouco os chamados fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, ainda assim a ação será julgada procedente.

Entendemos que a inversão do ônus da prova como ocorre no Código de Defesa do Consumidor, não pode ser extensível à seara criminal. Isto, por inexistir a repartição

⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: R. dos Tribunais, 2003. p.280, e pp. 283-286.

⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op.Cit.

¹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op.Cit. pp.295-296.

do *onus probandi* no processo penal, e por transformar a garantia do *in dubio pro reu* em *in dubio pro societate*.

Se na área cível não é possível fazer numa inversão convencional do ônus da prova quando se trata de direitos indisponíveis quanto mais no âmbito criminal em que se está em “jogo” a liberdade do ser humano.

Assim, Flávio Mirza em artigo entende que¹¹:

A acusação (Ministério Público ou querelante) deverá provar, cabalmente, os fatos deduzidos na denúncia (queixa), com todas as suas circunstâncias relevantes (artigo 41 do Código de Processo Penal). Ou seja, o(s) fato(s) constitutivo(s) de seu direito. Ao réu cabe, tão somente, opor-se à pretensão do acusador, ou seja, o ônus da prova é todo da acusação. Vale mencionar que a dúvida quantos aos fatos constitutivos leva, inexoravelmente, à absolvição. A rigor, o réu não alega fato algum, apenas opõe-se à pretensão ministerial ou àquela do querelante. Isto porque é presumidamente inocente e a dúvida o socorre, sendo a absolvição medida que se impõe¹².

Deste modo, diante da presunção de inocência e do *in dubio pro reu* enquanto garantias constitucionais há uma vedação à inversão do ônus da prova na seara criminal¹³. Pensar em contrário é aventar uma hipótese que não encontra respaldo no atual sistema normativo e que também se manifesta como um retrocesso histórico.

¹¹ MIRZA, Flávio. Processo justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo* in: **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Volume V. Disponível em: http://www.arco.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-v/processo-justo-onus-da-prova-a-luz-dos-principios-da-presuncao-de-inocencia-e-do-in-dubio-pro-reo#_ftn12 Acesso em: 04/04/2015.

¹² Na mesma linha e subdividindo os aspectos, subjetivo e objetivo, do ônus da prova Gustavo Bardaró afirma que: Em suma, quanto ao ônus subjetivo, há *onus probandi* do ministério Público, para que não que não sucumba em seu interesse em ver provada a tese acusatória. Na ação penal condenatória, embora em tese fosse concebível que o acusado tivesse sua atividade probatória balizada por ônus, diante do *in dubio pro reo*, ele jamais poderá ser prejudicado pela dúvida sobre o fato relevante. O querelante tem o ônus da prova dos fatos invocados na queixa crime.

De outro lado, é incontestável a existência do chamado ônus objetivo da prova, que, identificado com a regra de julgamento do *in dubio pro reo*, como manifestação da presunção de inocência. Contudo, essa regra de julgamento não pode ser considerada como “ônus”, ante seu caráter objetivo, que é incompatível com o conceito de imperativo de interesse. Existe regra de julgamento no processo penal, mas ela não é, tecnicamente, um ônus. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op.Cit pp.240-241.

¹³ Nesta trilha, Gregório Camargo D'Ivanenko, apresentou uma importante monografia no Cesusc, sob o título A inversão do ônus da prova no processo penal Brasileiro e sua incompatibilidade com a Constituição Federal (Florianópolis, 2012). Em artigo D'Ivanenko afirma que: A inversão do ônus da prova, por diversas vezes, é a única coisa que sustenta o édito condenatório. Não é difícil encontrar nos julgados a tese de que, por exemplo, no caso de furto, se a coisa furtada for encontrada no poder dos acusados, cabe a eles a comprovação da origem lícita dos objetos, o que viola, frontalmente, a inocência inerente a todos as pessoas. A inversão do ônus da prova no processo penal é, na verdade, uma flexibilização da presunção de inocência, ou seja, flexibilização de preceito constitucional em face de política criminal. D'IVANENKO, Gregório Camargo. Um brevíssimo estudo sobre A inversão do ônus da prova no processo penal Brasileiro e sua incompatibilidade com a Constituição Federal.in: **IBCCRIM**, Setembro, 2010. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/artigos/2010/09> Acesso em: 06/04/2015

3. Um olhar sobre a jurisprudência: Os Tribunais Estaduais contra o STF. Quem está com a razão?

Após um panorama geral dos contornos teóricos da temática será feita uma análise de sua expressão na cotidianidade das práticas jurídicas, especificamente, sobre o modo como a jurisprudência brasileira tem se posicionado.

Iniciando pelo Supremo Tribunal Federal, podemos afirmar que o posicionamento da corte está em consonância com a doutrina no sentido da impossibilidade de inversão do ônus da prova na seara criminal¹⁴, conforme se consegue depreender dos julgados doravante expostos.

No Habeas Corpus (HC) 107448 o STF definiu que incumbe ao Ministério Público o ônus de comprovar a imputação penal para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, pois do contrário haveria afronta ao princípio da não-culpabilidade em razão de o acusado não ter feito prova da versão que narra que a substância apreendida se destinava ao consumo pessoal.

EMENTA: SENTENÇA – ENVERGADURA. Ante o fato de o Juízo ter contato direto com as partes envolvidas no processo-crime, o pronunciamento decisório há de merecer atenção maior. PROCESSO-CRIME – PROVA. Cabe ao Ministério Público comprovar a imputação, contrariando o princípio da não culpabilidade a inversão a ponto de concluir-se pelo tráfico de entorpecentes em razão de o acusado não haver feito prova da versão segundo a qual a substância se destinava ao uso próprio e de grupo de amigos que se cotizaram para a aquisição. HC 107448, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 18/06/2013, Dje 03/10/2013

No HC 97701, o Pretório Excelso entendeu que não é cabível recusar o pedido defensivo de incidência da minorante do art. 33, § 4º da Lei de Tóxicos sob o fundamento de inexistir prova da primariedade do acusado, incorrendo em indisfarçável inversão do ônus da prova.

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. REQUISITOS. ÔNUS DA PROVA. ORDEM DEFERIDA EM PARTE. 1. Inserido na matriz constitucional dos direitos humanos, o processo penal é o espaço de atuação apropriada para o órgão de acusação demonstrar por modo robusto a autoria e a materialidade do delito. Órgão que não pode se esquivar da incumbência de fazer da instrução criminal a sua estratégica oportunidade de produzir material probatório substancialmente sólido em termos de comprovação da existência de fato típico e ilícito, além da culpabilidade do acusado. 2. Atento a esse marco

¹⁴ Esta conclusão é extraída do posicionamento geral da Corte, mesmo podendo algum ministro, isoladamente, possuir entendimento diverso.

interpretativo, ponto que, no caso dos autos, as instâncias precedentes recusaram o pedido defensivo de incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 sob o fundamento de inexistir prova da primariedade do acusado. Incurrendo, assim, numa indisfarçável inversão do ônus da prova e, no extremo, na nulificação da máxima que operacionaliza o direito à presunção de não-culpabilidade: in dubio pro reu. Preterição, portanto, de um direito constitucionalmente inscrito no âmbito de tutela da liberdade do indivíduo. 3. Ordem parcialmente deferida para, de logo, reconhecer a incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 e determinar ao Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal de Campo Grande/MS que refaça, no ponto, a dosimetria da pena. HC 97701, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgado em 03/04/2012, Dje 20/09/2012

No HC 88344 o Supremo asseverou que não cabe ao Poder Judiciário pressupor a atuação em dolo específico do acusado quando do seu inadimplemento de duplicatas emitidas já quando de abertura de sociedade empresária, a fim de se configurar o crime de estelionato. O relator coloca no voto que “a abertura de sociedade empresária, por si só, não configura crime, constituindo direito de todo e qualquer cidadão, desde que cumpra os requisitos exigidos pelas normas civis, comerciais e administrativas”, sob pena de se inverter o ônus da prova.

Ementa: PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE E ILEGITIMIDADE DE PARTE. MEDIDA EXCEPCIONAL. INÉPCIA DA PEÇA ACUSATÓRIA. SOCIEDADE EMPRESÁRIA. ESTELIONATO. CONCURSO DE PESSOAS. DOLO ESPECÍFICO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ORDEM CONCEDIDA. I - Reputa-se inepta a denúncia quando os fatos imputados aos pacientes não configuram, prima facie, crime. II - Não cabe ao Poder Judiciário pressupor ou tecer conjecturas sobre a prática de eventual crime, mas sobre a ausência de provas cabais. III - A abertura de sociedade empresária, por si só, representa o exercício lícito de um direito, assegurado a todos os cidadãos. IV - Ordem concedida. HC 88344/PE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 12/12/2006, Dje 23/02/2007.

No HC 70274, tratando-se de apropriação indébita, o STF entendeu que o simples depósito bancário de valor administrado por parte do mandatário não torna possível inverter o ônus probatório de modo ao agente ter de produzir prova de fato negativo (de não haver praticado o crime).

Ementa: APROPRIAÇÃO INDEBITA - CONFIGURAÇÃO. A FIGURA DA APROPRIAÇÃO INDEBITA PRESSUOE O DOLO ESPECIFICO, OU SEJA, A TOMADA DE COISA ALHEIA EM PROVEITO PRÓPRIO. A EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA MANDANTE-MANDATARIO E CONDUCENTE A PRESUNÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DOLO. O SIMPLES FATO DE O MANDATARIO HAVER DEPOSITADO EM CONTA BANCARIA VALOR POR ELE ADMINISTRADO NÃO IMPLICA A INVERSAO DO "ONUS PROBANDI," NO QUE COLOCARIA EM COMODA POSIÇÃO O ESTADO-ACUSADOR. DESCABE COGITAR DA

PROVA DA AUSÊNCIA DA INTENÇÃO DE APROPRIAR-SE, PORQUANTO INERENTE A RAZOABILIDADE QUE NORTEIA O PROCEDIMENTO PADRAO. NO CAMPO PROCESSUAL PENAL E IMPROPRIO TRANSFERIR-SE AOS OMBROS DO AGENTE PROVA DE FATO NEGATIVO - O DE NÃO HAVER PRATICADO O CRIME - MORMENTE COM A CONSEQUENCIA DE, NÃO A IMPLEMENTANDO, VIR A SER CONDENADO. HC 70274, Rel. Min. Marco Auréio, julgado em 26/10/1993, Dje 18/04/1994

Não obstante o notório respaldo do Supremo Tribunal Federal no ordenamento jurídico pátrio e na doutrina, nossa investigação verificou que os Tribunais Estaduais não estão tendo este mesmo posicionamento, ao contrário, têm-se aberto à possibilidade de inversão do ônus da prova no âmbito penal.

Podemos partir do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que em diversas ocasiões tem utilizado da seguinte fundamentação:

Presume-se a responsabilidade do acusado encontrado na posse da coisa subtraída, *invertendo-se o ônus da prova*, transferindo-se ao agente o encargo de comprovar a legitimidade da detenção da "res furtiva", mormente se não há prova da escusa apresentada.(Processo 1.0525.12.008540-8/001)

No crime de furto, *presume-se a autoria* se a coisa furtada é encontrada na posse injustificada do acusado, incumbindo ao possuidor demonstrar, de forma inequívoca, que a adquiriu legitimamente, a fim de elidir eventual delicto. (10016130006501001 MG).

Em sentido similar poderíamos citar inúmeros julgados de praticamente todos os Tribunais Estaduais dos quais citamos apenas alguns¹⁵:

¹⁵ Da pesquisa realizada no Dasein – Núcleo de Estudos Hermenêuticos, foram encontrados diversos julgados em sentido favorável a inversão do ônus da prova em todos os Tribunais Estaduais com exceção do Estado de Amazonas. Dentre as principais teses defendidas encontram-se: a) é dever do interrogado apresentar justificativa plausível para não ser condenado; b) no caso de furto qualificado, quando a res furtiva for encontrada em poder do demandado, resta presumida a sua responsabilidade penal; c) No crime de receptação, é dever do acusado apresentar justificativa convincente sobre a origem lítica do bem apreendido; d) no delito de porte ilegal de arma de fogo, a posse injustificada das armas já presume o crime de receptação; e) ao indivíduo que é preso com o bem oriundo de crime de furto cabe justificar a origem ilícita do objeto; f) caso o réu resuma em sua defesa a firmar que comprou arma de fogo de desconhecido sem a devida documentação e à época do fato já respondia por outro crime envolvendo armas, evidencia-se que não se trata de pessoa ingênua, cabendo a inversão do ônus da prova; g) a apreensão da res em poder do delinquente, logo após a subtração, gera a presunção de autoria, justificando a inversão do ônus da prova; h) no crime de de furto qualificado, quando o réu é encontrado na posse da res furtivae e com alicate utilizado para cortar cabos, inverte-se o ônus da prova; i) em sede revisional, posto que o requerente tem contra si uma decisão condenatória transitada em julgado, inverte-se o ônus da prova, resolvendo-se a questão segundo a máxima "*in dubio pro societate*".j)No crime de embriaguez ao volante, a confissão perante a autoridade policial induz a inversão do ônus da prova; k)No roubo circunstanciado as alterações que o réu fizer para alterar a lógica materialidade e a autoria do crime inverte o ônus da prova; l)No atraso de prestação de contas (Decreto lei 201/67) cabe ao réu provar a fiel prestação de contas, sendo inviável a inversão do ônus da prova, ou seja, atribuir ao órgão ministerial o dever de provar o contrário; m)Por fim, nos crimes contra a ordem tributária ocorre a inversão do ônus da prova quando é alegada uma circunstância elisiva da punibilidade, devendo o réu comprovar a prescrição do crédito tributário; n) em caso de roubo majorado com emprego de arma de fogo, cabe ao réu que alegar a ausência do potencial lesivo da arma,

TJ/ACRE, APELAÇÃO 0012801-58.2011.8.01.0001, Relator Des. Pedro Ranzi, julgado em 22/11/2012, DJe 24/11/2012, Comarca Rio Branco. Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. RECEPÇÃO DOLOSA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A MODALIDADE CULPOSA. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. **INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. IMPROVIMENTO DO APELO.** 1. Estando devidamente comprovada a origem ilícita dos bens apreendidos na posse do agente, tendo este alegado que adquiriu os mesmos com valor muito abaixo do praticado no mercado, bem como não apresentando justificativa hábil a demonstrar sua boa-fé, descabida é a desclassificação para a receptação na modalidade culposa. **2. Ocorre a inversão do ônus da prova quando o produto proveniente de crime for apreendido no poder do agente, ficando caracterizada a receptação dolosa quando os indícios e circunstâncias a indicarem.** (g.n)

TJ/AMAPÁ, Apelação 0031739-86.2007.8.03.0001, Rel. Des. EDINARDO SOUZA, julgado em 24/01/2012, DJe 30/01/2012. Ementa: PROCESSUAL PENAL - PENAL MILITAR - Res furtiva - Apreensão na posse do agente - **Inversão do ônus da prova** - Tese defensiva indemonstrada - Acerto da condenação - Objeto em alojamento militar de uso restrito - Coisa perdida não configurada - Desclassificação de furto (CPM, art. 240) para o de apropriação de coisa achada (CP M, art. 249, parágrafo Único) - Impossibilidade - Apelação - Improvimento - **1) A apreensão da res furtiva com o acusado de furto, aliado ao seu proceder desde o instante em que entrou na posse da coisa, inverte o ônus da prova, razão pela qual impõe-se a confirmação da condenação, se o agente não demonstra a veracidade de suas alegações.** 2) Se a coisa estava em alojamento militar de uso restrito, não há como reconhecê-la perdida, para o fim de desclassificar o crime de furto para o de apropriação de coisa achada. 3) Apelo improvido. (g.n)

TJ/DISTRITO FEDERAL, APELAÇÃO 2013 09 1 030694-2 APR (0030013-32.2013.8.07.0009 - Res.65 - CNJ), Relator Des. SOUZA E AVILA, julgado em 11/12/2014, DJe 15/12/2014. Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. RECEPÇÃO. ABSOLVIÇÃO. DESCONHECIMENTO DA ORIGEM ILÍCITA DO BEM. NÃO DEMONSTRADO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONJUNTO PROBATÓRIO COESO. **INVERSÃO DO ÔNUS.** DOLO CONFIGURADO. Suficientemente comprovadas a materialidade e a autoria do crime de receptação, por meio de conjunto probatório coeso, impossível se mostra a absolvição por insuficiência de provas. Mantém-se a sentença condenatória pelo crime de receptação, quando as circunstâncias em que o delito foi praticado demonstram que o réu conhecia a origem ilícita do bem. **No crime de receptação, a apreensão do produto de origem ilícita em poder do agente gera a presunção de sua responsabilidade e inverte o ônus da prova.** Recurso conhecido e não provido. (g.n)

TJ/ESPÍRITO SANTO, APELAÇÃO 0013928-71.2009.8.08.0012 (012090139283), Relator Des. MANOEL ALVES RABELO, julgado em 12/06/2013. Ementa: RECEPÇÃO - ART. 180,CAPUT, DO CÓDIGO PENAL - ABSOLVIÇÃO - RES FURTIVAAPREENDIDA NA POSSE DO ACUSADO - NÃO APRESENTAÇÃO DE JUSTIFICATIVA RAZOÁVEL SOBRE A ILICITUDE DO BEM APREENDIDO - **INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA** - RECURSO DESPROVIDO.1- **Restando comprovada a**

provar que esta era inapta para deflagrar projéteis (Precedente do STF); o) no tráfico de drogas é dever do acusado provar que os objetos apreendidos não tinha como finalidade a preparação e/ou transformação de substâncias entorpecentes.

origem criminosa da res apreendida em poder do agente, inverte-se o ônus da prova, cabendo ao possuidor demonstrar, de forma inequívoca, a licitude do bem. 2- In casu, restou caracterizado o dolo direto da conduta típica prevista no caput, do art. 180 do Código, uma vez que foi flagrantemente preso conduzindo uma motocicleta que sabia ser produto de roubo. Essa é a conclusão que se pode extrair diante das provas produzidas e da própria conduta do apelante, que além de não conseguir destituir as presunções geradas no fato da res furtiva ter sido apreendida em seu poder, sem qualquer justificativa plausível, não fez qualquer prova acerca da origem do bem. 3- Recurso desprovido. (g.n)

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

TJ / SP, Ap. 0017904-77.2009.8.26.0047, Rel. Des. Ruy Alberto Leme Cavaleiro, julgado em 16/12/2014, Dje 18/12/2014. Ementa: FURTO QUALIFICADO Insuficiência de provas. Não configurada. Autoria e materialidade comprovadas. Res furtiva encontrada em poder dos agentes. **Inversão do ônus da prova.** Não havendo justificativa plausível é de se reconhecer a responsabilidade do acusado. RECURSO NÃO PROVIDO. (g.n)

TJ / SC, Ap. 2010.027136-3, Rel. Des. Jorge Schaefer Martins, julgado em 11/04/2011. Ementa: FURTO QUALIFICADO. RÉUS PRESOS EM FLAGRANTE. RECURSO DA DEFESA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DEPOIMENTO CONSISTENTE DAS TESTEMUNHAS POLICIAIS QUE EFETUARAM O FLAGRANTE. RES FURTIVA EM PODER DO RÉU LOGO APÓS A OCORRÊNCIA DO DELITO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. JUSTIFICAÇÃO DUVIDOSA E CONTRADITÓRIA SOBRE A ORIGEM IDÔNEA DA POSSE. AUTORIA COMPROVADA. Em tema de furto, a apreensão da coisa subtraída em poder do acusado gera a presunção de sua responsabilidade e, **invertendo-se o ônus da prova**, impõe-se-lhe justificativa inequívoca. A justificativa dúbia e inverossímil, reforçada pelos maus antecedentes do agente e pela inexistência de prova em desfavor do lesado, autoriza o decreto condenatório (TACRIM-SP - AC - Rel. Haroldo Luz - RT 688/334). RECURSO NÃO PROVIDO. (g.n)

Diante deste quadro, percebemos a ausência de coerência entre a posição do STF e dos Tribunais Estaduais, e também de integridade uma vez que estamos diante de um flagrante desrespeito a garantias constitucionais. A pergunta que fazemos é: A Constituição somente vale para o STF?

Novamente afirmamos que não há — e não pode haver — presunção de culpabilidade no direito penal. Além disso, o artigo 5º do Código de Processo Penal (CPP) ainda vale, não há responsabilidade objetiva. Não há inversão do ônus da prova. Nem mesmo é permitido usar a tese em direito penal de que *álibi não provado, réu culpado*. Quem deve provar a acusação é o Estado. O réu pode permanecer em silêncio. Esse silêncio não é imoral. Não é inconstitucional. A responsabilidade é só do Ministério Público. Mesmo que o sujeito seja pego com a “mão na massa”, isso não quer dizer que se inverta o ônus da prova. Aliás, se alguém é encontrado de posse da *res furtivae*, tal circunstância não passa de prova indiciária. Não há uma relação de causa e efeito inexorável. É como o sujeito que entra em uma sala molhado, e lá fora está chovendo. Isso quer dizer que ele veio da chuva? Provavelmente. Mas não prova que, por exemplo, não possa ter sido molhado de outro modo.

É lamentável que ainda hoje, no Brasil, queira-se aplicar no direito processual penal uma tese do direito do consumidor. Sim, no Código de Defesa do Consumidor existe a inversão do ônus da prova em razão da hipossuficiência. O problema é que inverter o ônus da prova no direito penal-processual penal é o mesmo que dizer que, no confronto entre o Estado e o réu, a parte fraca seria o Estado, o que seria um contrassenso.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais nos apresenta alguns entendimentos paradigmáticos. No processo 1.0701.13.04572300-01 o Tribunal inverteu também o *ônus da prova testemunhal*. Segundo o julgado, cabe à defesa infirmar a credibilidade dos policiais depoentes, *verbis*:

Para não se crer dos relatos extremamente coerentes dos policiais, civis ou militares, necessário seria a demonstração de seus interesses diretos na condenação do apelante, seja por inimizade ou qualquer outra forma de suspeição, pois, se de um lado o acusado tem razões óbvias de tentar se eximir da responsabilidade criminal, por outro, os policiais, assim como qualquer testemunha, não tem motivos para incriminar inocentes, **a não ser que se prove o contrário, ônus que incumbe à Defesa.** (g.n)

Ademais, qual seria o suporte desta afirmação:

É pacífico o entendimento jurisprudencial e doutrinário de que a apreensão de bens em poder do suspeito determina a inversão do ônus da prova, impondo ao acusado o dever cabal de explicar e provar os fatos que alega, com o intuito de elidir o delito ou demonstrar a aquisição daqueles.

Mesmo afirmando que haveria uma doutrina sedimentada entendemos que isto inexistente. No processo 1.0024.11.2829.84-1/001, o mesmo Pretório criou outra figura

jurídica: a *presunção do dolo*, que, aliado à inversão do ônus da prova, torna impossível a absolvição de qualquer vivente, *verbis*:

A posse da *res furtiva*, aliada às condições da prisão, mediante denúncia anônima, bem como diante da fragilidade da versão do agente e seu envolvimento com a criminalidade, *faz presumir o dolo*, conduzindo à inversão do ônus da prova, cabendo ao réu demonstrar o desconhecimento.

E a mesma tese possui várias versões, como esta:

Inverte o ônus probatório, a teor do disposto no art. 156 do CPP, o acusado que confessa o fato criminoso perante a autoridade policial, *mas muda a versão dos mesmos fatos em juízo*” (1.0456.06.04.7203-6/001).

Nos crimes de recepção e de posse de arma, o Tribunal tem seguido na mesma linha, *verbis*:

Em se tratando de crime de receptação, em que o bem é apreendido na posse do réu, *compete a este provar o desconhecimento quanto à origem ilícita*. (1.0103.13.002247-0/001).

Tendo sido a ré surpreendida na posse da arma de fogo, inverte-se o ônus da prova¹⁶. (1.0024.11.283464.-3/001).

O TJ-MG chega a dar efeito *ex tunc* à posse da *res furtivae*, quando assevera que: “A demonstração da posse pretérita da *res furtiva* pelo réu induz à inversão do ônus probatório, fazendo-se *presumir o dolo*, cabendo a ele demonstrar a ignorância da origem ilícita do bem” (Processo 1.0713.09.101347-2/001).

Os acórdãos examinados demonstram que existe um entendimento disseminado na jurisprudência pátria favorável a inversão do ônus da prova na seara penal, em contradição ao posicionamento do STF. Tal entendimento é notoriamente inconstitucional. Mas o que impressiona nesse é o silêncio eloquente seja do Ministério Público a que cabe fiscalizar a lei e o regime democrático bem como de parcela considerável da doutrina penal.

Por fim, alguns penalistas falando da possibilidade da inversão do ônus da prova, usam para tanto a clássica frase de Malatesta de que “o ordinário se presume e só o extraordinário se prova”. Seguramente aqueles que sustentam isto não leram o que o anarquista italiano escreveu. De fato, reconhecemos que “*o-que-mal-atesta*” disse foi

¹⁶ Apenas por esclarecimento da pesquisa informamos que não desconhecemos que no EREsp 961.863-RS (2010) o STJ entendeu que, para caracterizar a majorante prevista no roubo não é necessário periciar ou apreender a arma de fogo. O que foi, ao nosso entender, um equívoco. Sabemos também que que somente em revisão criminal é que o ônus é do réu-autor-da-revisão (HC 68.437-STF). Por fim, verificamos que já em 1990 o ministro Assis Toledo (RHC 782-PE) dizia que não se podia presumir maus antecedentes contra o réu, e que há decisões peremptórias contra o uso da tese da inversão do ônus da prova, como esta: Apelação APL 15021220078260201 SP 0001502-12.2007.8.26.0201 (TJ-SP).

isso mesmo. Todavia, somente duas páginas depois ele mesmo se desdiz. Assim, o próprio argumento se esvai por si mesmo, isto sem falar que jamais isto poderia ter o condão de afastar uma garantia constitucional.

4. Considerações Finais

Gabriel Garcia Marquez conta, em Macondo, que o mundo era tão recente que muitas coisas careciam de nome e para mencioná-las precisava-se apontar com o dedo. É surpreendente que mesmo após mais de ¼ de século da nossa Constituição, direitos e garantias ali asseguradas ainda são desconhecidas ou então, como no caso, são (supostamente) olvidadas. Nesta realidade a doutrina precisa se manifestar e isto é fundamental para o desvelar do sentido constitucional.

Neste texto o nosso apontar foi em direção à presunção de inocência e a sua repercussão na seara criminal, sobretudo, na impossibilidade de inversão do ônus da prova. Esta previsão constitucional está alinhada com um amplo espectro protetivo dos direitos humanos e como uma mudança paradigmática no processo penal que de inquisitivo tornou-se acusatório. Isto, num processo de contenção do *ius puniendi* estatal e em seu redirecionamento à luz dos direitos fundamentais dentro do Estado Democrático de Direito.

Se um acusado é presumido inocente até que uma sentença penal condenatória não mais passível de recurso se estabeleça, isto juntamente com as demais garantias, deveria(m) vincular a jurisprudência impedindo a inversão do ônus da prova. Todavia, não obstante um posicionamento expresso do STF neste sentido, os Tribunais Estaduais em sua maioria caminham numa vereda diametralmente oposta.

Ora, *mutatis, mutandis*, isso não difere tanto assim daquilo que se chamava de ordálias ou “prova do demônio”. Se assim for, poderíamos aprovar uma emenda ao CPP, e seguem algumas “sugestões”: 1) toda vez que a *res furtivae* é encontrada com alguém e este não provar que não é dele, estará dispensada a instrução criminal; 2) se preteritamente o acusado esteve na posse da res, é ônus dele provar que não era produto de crime; 3) se o acusado disse algo no inquérito e depois muda a versão, é ônus só dele provar que aquilo que disse na delegacia não era verdadeiro”; 4) cabe ao acusado infirmar a palavra dos policiais que efetuaram a apreensão da *res furtivae*; a presunção é de que os policiais falam a verdade”; 5) Nos crimes de furto, encontrado o acusado na posse da res,

o juiz sentenciará de plano, não havendo o acusado demonstrado tese contrária no inquérito”.

Precisamos defender a Constituição. Os direitos e garantias fundamentais não são ornamentos ao dispor do Judiciário, ao contrário são imperativos que devem ser respeitados pelo Poder Público. Do contrário talvez estejamos caminhado na contramão de conquistas historicamente estabelecidas, que somente servem porque são aplicadas para os “outros”.

5. Referências Bibliográficas

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: R. dos Tribunais, 2003. p.280, e pp. 283-286.

CASARA, Júlio. **Uma ilustre Desconhecida: a presunção de inocência**. Disponível em: <http://justificando.com/2015/01/17/uma-ilustre-desconhecida-presuncao-de-inocencia/> Acesso em: 31/03/2015.

D'IVANENKO, Gregório Camargo. Um brevíssimo estudo sobre A inversão do ônus da prova no processo penal Brasileiro e sua incompatibilidade com a Constituição Federal.*in*: **IBCCRIM**, Setembro, 2010. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/artigos/2010/09> Acesso em: 06/04/2015

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

MIRZA, Flávio. Processo justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção de inocência e do in dubio pro reo in: **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Volume V. Disponível em: http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-v/processo-justo-o-onus-da-prova-a-luz-dos-principios-da-presuncao-de-inocencia-e-do-in-dubio-pro-reo#_ftn12 Acesso em: 04/04/2015

SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária: presunção de inocência, juiz natural, devido processo legal, indícios e presunções, prisão em flagrante, prisão preventiva**. 2. ed. São Paulo: LEUD, 1995.