

2. DOUTRINA NACIONAL

2.2

SOBRE O ÔNUS DA PROVA NA AÇÃO PENAL CONDENATÓRIA

MARIA LÚCIA KARAM

SUMÁRIO: 1. Ônus da prova e processo penal – 2. O princípio *in dubio pro reo* e o estado de inocência – 3. O conteúdo da certeza que se faz indispensável a um pronunciamento condenatório – 4. O ônus atribuído ao autor da ação penal condenatória: a prova indubitosa da existência da infração penal e de sua autoria – 5. A demonstração da existência da infração penal e de ter sido o réu seu autor: a natureza dos fatos a serem alegados e provados.

Resumo: Trabalhando com as regras concernentes à distribuição do ônus da prova, no processo civil e no processo penal, e fazendo atuar, nesta matéria, a garantia *consubstanciada* na chamada presunção de inocência ou de não-culpabilidade e o princípio *in dubio pro reo* dela derivado, discute-se, neste trabalho, a inafastável atribuição ao autor da ação penal condenatória de *produzir* prova indubitosa *sobre* a prática pelo réu da infração penal, em todos os elementos que a integram, para que seja afirmada a existência do direito do Estado de fazer valer o poder de punir, alegado na inicial.

Palavras-chave: Processo civil – Processo penal – Ônus da prova – Particularidades da ação penal condenatória – Presunção de inocência – *In dubio pro reo*.

1. Ônus da prova e processo penal

Pode-se conceituar a prova como um instrumento de demonstração da veracidade de afirmações feitas a propósito da ocorrência ou da inoccorrência de fatos, em que alegadamente fundamentada uma pretensão exposta no processo, de modo que o juiz, formando seu convencimento, esteja apto a resolver as questões àqueles relativas (isto é, as questões de fato), sobre as quais controvertem as partes. Assim entendida a prova, é fácil perceber que a distribuição do ônus a ela relativo, tanto no processo penal como no processo civil, deverá partir da premissa de que é sobre a parte que alega um direito que irá recair a incumbência de demonstrar a existência dos fatos dos quais o pretende fazer derivar. É o que dispõe a regra contida no art. 156 do CPP, ao estatuir que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, regra que, como já advertia Frederico Marques, a

rigor, não apresenta diferença substancial com as que norteiam a matéria no processo civil.¹

Na análise desta questão da distribuição do ônus da prova, não se pode perder de vista a concepção instrumental do processo, que, prevalecente nos tempos atuais, percebe-o como um meio de acesso à ordem jurídica justa. A conseqüente identificação da natureza pública do processo, qualquer que seja a relação jurídica substancial ali discutida,² a crescente jurisdicionalização de novos conflitos relacionados a direitos e interesses coletivos e difusos, a tornar distante a concepção do processo civil como lugar de litígio entre duas partes particulares e individualizadas, a maior gama de poderes atribuídos ao juiz, tanto na direção do processo quanto em sua instrução, a deixar, como assinalado pelo Prof. José Carlos Barbosa Moreira, “campo restrito para o jogo do poder de disposição dos particulares”,³ todos estes fatores repercutem sobre as clássicas regras de distribuição, entre as partes, do encargo probatório, acabando por cada vez mais aproximar o processo civil e o processo penal.

Esta moderna concepção do processo começa por jogar por terra a desgastada afirmação de que o processo civil satisfar-se-ia com uma dita verdade formal, enquanto no processo penal haveria que se buscar uma dita verdade real. A repetição, “qual papagaio”, de “tolices” como estas, “mil vezes desmentidas” – e aqui, como é recomendável fazer quando se reflete sobre matéria processual, mais uma vez se está recorrendo às palavras do Prof. José Carlos Barbosa Moreira⁴ –, sempre encobriu, dentre outras coisas, que verdade é algo que, por definição, não se coaduna com adjetivações.

Mas, nem é aí que reside o ponto principal. Quando se pensa em verdade no processo, antes de tudo é preciso lembrar que os fatos que lá vêm aportar dizem respeito a uma realidade que, vivida em outro momento e lugar, é apenas objeto de uma reprodução histórica, feita nas alegações das partes e nas provas que,

(1) Veja-se tal observação de Frederico Marques à p. 262 do vol. II da edição atualizada de seu *Elementos de direito processual penal* (Campinas : Bookseller, 1997).

(2) Neste ponto, vale lembrar a pioneira monografia do Prof. Afrânio Silva Jardim, publicada em 1982 (Rio de Janeiro : Liber Juris), sob o título *A publicização do processo civil*.

(3) Tal afirmação consta de texto de conferência, publicado sob o título “Miradas sobre o processo civil contemporâneo”, à p. 45 a 62 da sexta série dos *Temas de direito processual* (São Paulo : Saraiva, 1997).

(4) Diz o Prof. José Carlos Barbosa Moreira, em artigo intitulado “A Constituição e as provas ilícitamente obtidas” e publicado à p. 107 a 123 da mesma sexta série dos *Temas de direito processual*: “Dizer que o processo penal persegue a chamada ‘verdade real’, ao passo que o processo civil se satisfaz com a denominada ‘verdade formal’, é repetir qual papagaio tolices mil vezes desmentidas. A verdade é *uma* e interessa a qualquer processo, se bem que a justiça possa (e às vezes *deva*) renunciar – na área civil e na penal – à sua reconstituição completa, em atenção a outros valores de igual dignidade” [grifos no original].

ensaando sua reconstituição, visam sustentar estas alegações. Também é preciso lembrar que a reprodução da realidade, mesmo em outros campos, de maior cientificidade, dificilmente é abrangente de todos os elementos, de todas as circunstâncias, de todos os matizes que colore o real. Falar, assim, de busca ou determinação da verdade no processo é deixar entrever, no mínimo, uma certa prepotência. O que se busca em um processo há de ser sim e tão-somente a maior exatidão possível naquela reconstituição dos fatos, de modo a obter não exatamente a verdade, mas uma aproximação da realidade, que idealmente tenda a refletir a verdade.

Por outro lado, nesta reconstituição dos fatos que se faz no processo, nem todos os meios podem ou devem ser utilizados. Frequentemente, os objetivos de maior exatidão, de aproximação da realidade idealmente refletora da verdade, haverão de ceder diante de outros valores ou interesses, consideráveis na formação social em que estruturada a atividade jurisdicional desenvolvida no processo. Exemplo claro disto encontra-se, em nosso ordenamento jurídico, na saudável proibição probatória consistente na inadmissibilidade, constitucionalmente estabelecida, das provas obtidas por meios ilícitos.⁵

Na reconstituição dos fatos, na busca de aproximação da realidade, não será incomum, assim, que subsistam dúvidas de maior ou menor intensidade sobre o real, muitas vezes defeituosa, limitada ou insuficientemente reproduzido. Na prevalência do princípio de que, mesmo no caso de dúvidas invencíveis, não é lícito ao juiz eximir-se do dever de decidir a causa, faz-se, então, necessário que a lei estabeleça regras que indiquem qual das partes deverá sofrer as consequências da insuficiência probatória, motivadora da subsistência da dúvida, de modo que, a partir destas regras, esteja o juiz, assim mesmo, apto a decidir.

São exatamente estas as regras que, consideradas como regras de julgamento, disciplinam a distribuição do ônus da prova, aqui residindo o ponto central de interesse em torno desta matéria.⁶

(5) No projeto de reformas setoriais do Código de Processo Penal, elaborado por comissão constituída pelo Ministério da Justiça, definem-se as provas obtidas por meios ilícitos, na redação proposta para as regras do art. 157 e seu § 1.º, como aquelas obtidas em violação a princípios ou normas constitucionais, bem como as delas derivadas, quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras.

(6) Neste sentido, as sempre claras lições de Ovídio Baptista da Silva, que, à p. 345 do vol. I de seu *Curso de processo civil* (4. ed., São Paulo : RT, 1998), expõe: "Como mostra Rosenberg (*La carga de la prueba*, § 1.º), a necessidade que o sistema processual tem de regular minuciosamente o ônus da prova decorre de um princípio geral vigente no Direito moderno, segundo o qual ao juiz, mesmo em caso de dúvida invencível, decorrente de contradição ou insuficiência das provas existentes nos autos, não é lícito eximir-se do dever de decidir a causa. Se ele julgar igualmente sobre a existência dos fatos a respeito dos quais não haja formado convicção segura, é ne-

Vista a questão nesta dimensão, pode-se afirmar que a distribuição do ônus da prova, no processo, qualquer que seja a relação jurídica substancial nele discutida, constitui nada mais do que um indicador para a superação do *non liquet*, isto é, para que o juiz, que não pode se eximir de decidir mesmo diante da dúvida eventualmente subsistente na reconstituição dos fatos, decida, chegando, como no dizer de Julio Maier, a uma decisão de certeza ali onde só há dúvida.⁷

É a partir desta íntima ligação entre a distribuição do ônus da prova e a dúvida, eventualmente subsistente na reconstituição dos fatos, que decorrem algumas particularidades identificáveis no processo penal quanto ao tratamento desta questão, certo que, dada a natureza essencialmente violenta e policialesca do poder de punir que o Estado pretende fazer valer, através do processo penal, a certeza e a dúvida hão de ali merecer atenção especial, vinculadas que estão a princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

2. O princípio *in dubio pro reo* e o estado de inocência

Enuncia, expressamente, a regra contida no inc. LVII do art. 5.º da CF brasileira que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, assim dando assento constitucional à chamada presunção de inocência ou de não-culpabilidade. Esta garantia essencial ao funcionamento do Estado Democrático de Direito, igualmente expressada na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992),⁸ significa que ninguém poderá sofrer os efeitos de uma condenação, sem que esta lhe tenha sido imposta, em processo regular, por sentença, que não mais se sujeite a qualquer recurso.

Daí decorre que o réu, na ação penal condenatória, há de ser tratado como inocente, até que se opere o trânsito em julgado de eventual pronunciamento condenatório; sua situação jurídica, durante o curso do processo, sendo a de in-

cessário que a lei prescreva qual das partes haverá de sofrer as consequências de tal insuficiência probatória”.

- (7) Esta afirmação de Julio Maier encontra-se à p. 581 do vol. B do t. I de seu *Derecho procesal penal argentino* (Buenos Aires : Hammurabi, 1989). Embora o autor a relacione exclusivamente ao processo civil, não parece diferir a questão no processo penal, ali a presença da dúvida quanto à existência da infração penal e sua autoria se transformando na certeza quanto à improcedência do pedido de condenação.
- (8) Declaração Universal dos Direitos Humanos – Art. XI, 1. “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a sua culpa tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”; Convenção Americana de Direitos Humanos – Art. 8.º, 2. “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

cente, situação esta que, construída pela norma constitucional e reconhecida a todos os indivíduos – e, por tal razão, identificando-se a uma presunção –, só poderá se desfazer através do pronunciamento jurisdicional irrecorrível, em que, observados os ditames da cláusula fundamental do devido processo legal, vier a ser afirmada a prática da conduta punível e imposta a pena.

É da garantia consubstanciada nesta chamada presunção de inocência ou de não-culpabilidade que deriva, em sua conformação atual, o princípio enunciado através do aforismo *in dubio pro reo*.⁹ Sendo um dos mais importantes e mais caros princípios do processo penal no Estado Democrático de Direito, a afirmação do *in dubio pro reo* impõe que a dúvida, qualquer que seja, mínima que seja, sobre a autoria ou sobre qualquer elemento integrante do conteúdo da alegada infração penal, deva, sempre e invariavelmente, conduzir a um pronunciamento de improcedência do pedido formulado pelo autor da ação penal condenatória, resolvendo-se, sempre e invariavelmente, em favor do réu.

No Estado Democrático de Direito, a tutela da liberdade do indivíduo, funcionando como limitação ao poder estatal, sobrepõe-se ao poder do Estado de punir, o que já se traduz na própria proibição da autotutela, enunciada no princípio *nulla poena sine iudicio*, contido na cláusula fundamental do devido processo legal, a fazer com que a pretensão punitiva seja sempre insatisfeita, a aplicação da pena não podendo se dar sem prévia realização do processo.¹⁰

A prevalência da tutela da liberdade do indivíduo sobre o poder do Estado de punir decerto conduz à consideração da própria legitimação substancial do exercício da função jurisdicional, que, reconhecidamente, encontra um de seus elementos na vinculação de tal exercício à lei constitucionalmente válida e à posição garantidora dos direitos fundamentais de todos os indivíduos. É dentro deste exercício legitimante que há de ser atribuída ao juiz a relevantíssima função de controle e contenção das manifestações do Estado policial, presentes no interior do Estado Democrático de Direito. O Estado de Direito, que traz em sua essência a submissão à lei, não só por parte de seus habitantes, mas, principal-

(9) Embora se possa afirmar que as origens do *in dubio pro reo* remontem ao direito romano da última época imperial, o princípio, em sua conformação atual, indissolavelmente se liga não só à superação do sistema de provas legais e à prevalência do livre convencimento na valoração da prova, como à garantia que veda a persecução penal múltipla (*ne bis in idem*), assim encontrando sua proveniência nas concepções políticas liberais em que se fundaram as raízes do Estado Democrático de Direito, podendo-se, portanto, mais propriamente, afirmar que o *in dubio pro reo* cristaliza-se com a proclamação da presunção de inocência ou de não-culpabilidade, vinda na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (art. 9.º) da França de 1789.

(10) Pode-se conceituar a pretensão punitiva como a exigência de subordinação do interesse do réu – sua aspiração a manter a liberdade ou o estado de inocência – ao interesse do autor – o Estado – de fazer valer o poder de punir sobre responsabilizados autores de determinadas condutas conflituosas ou socialmente negativas, legalmente qualificadas como infrações penais.

mente, por parte dos que exercem o poder, com vista a garantir os direitos e a dignidade de cada indivíduo, contrapõe-se ao Estado policial, em que seus habitantes se subordinam ao poder, demonstrando a história, como ressalta Zaffaroni, que não existem Estados de Direito reais (historicamente determinados) que sejam puros ou perfeitos, mas apenas Estados de Direito historicamente determinados que controlam e contêm, melhor ou pior, as manifestações do Estado policial sobreviventes em seu interior, o poder punitivo, por sua violência, seletividade e irracionalidade intrínsecas, situando-se neste campo do Estado policial e constituindo uma de suas manifestações que maiores riscos traz ao Estado de Direito.¹¹

A prevalência da tutela da liberdade do indivíduo, apontando para a contenção e a redução do poder do Estado de punir, há, portanto, de permanentemente dar as diretrizes e permanentemente se exercitar, no processo penal, não só para avanço e fortalecimento dos postulados do Estado Democrático de Direito, em que tal prevalência se inclui, mas, antes disso, para assegurar a própria subsistência daquele Estado, frequentemente ameaçada pela tensão estabelecida entre seus princípios e as manifestações do Estado policial, cujo crescimento, nas formações sociais do capitalismo pós-industrial, já não esconde o neautoritarismo, que, no campo do controle social, aparece como a contra-face do neoliberalismo econômico.¹²

Originando-se dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, tanto a garantia da presunção de inocência ou de não-culpabilidade quanto o princípio *in dubio pro reo* dela derivado, rigorosa e efetivamente aplicados, constituem importantíssimos instrumentos de contenção do poder de punir e, assim, de contenção do Estado policial.

A garantia da presunção de inocência ou de não-culpabilidade e o princípio *in dubio pro reo* dela derivado implicam na atribuição ao autor da ação penal condenatória – isto é, àquele que ocupa a posição da Acusação – do ônus de demonstrar, de forma indubitosa, a existência da infração penal e de sua autoria, na medida em que somente a certeza quanto a esta existência poderá conduzir a um pronunciamento de procedência do pedido de condenação.

Como assinala, aqui também, Julio Maier, a ausência da certeza representa a impossibilidade do Estado de destruir a situação de inocência, construída pela lei (presunção), que ampara o acusado, razão por que conduz à absolvição qualquer outra posição do juiz a respeito da verdade, a dúvida, ou

(11) Em seu recente *Derecho penal – Parte general*. Buenos Aires : Ediar, 2000, Zaffaroni desenvolve profundamente este tema, a permear toda a obra, na delineação de um Direito Penal orientador das decisões judiciais, em sua função de limitação e contenção das manifestações de poder próprias do Estado policial.

(12) O surgimento de um neautoritarismo, no campo do controle social, como contra-face do neoliberalismo econômico, é apontado por Alberto Toron, em seu *Crimes hediondos – O mito da repressão penal*. São Paulo : RT, 1996. p. 141.

mesmo a probabilidade, impedindo a condenação e havendo de desembocar na absolvição.¹³

Esta exigência da certeza para a condenação, materializadora do princípio *in dubio pro reo*, vem concretizada, em nosso ordenamento jurídico, nas regras que, assegurando a efetividade da garantia constitucional inscrita no inc. LVII do art. 5.º da CF, determinam que seja o réu absolvido quando insuficientes as provas para a condenação (art. 386, VI, do CPP e art. 439, *e*, do Código de Processo Penal Militar).

3. O conteúdo da certeza que se faz indispensável a um pronunciamento condenatório

Da reconstituição dos fatos alegadamente configuradores da infração penal que o autor da ação penal condenatória atribui ao réu, podem resultar diferentes conclusões sobre a existência ou a inexistência do acontecimento real, que se busca conhecer.

Podem as provas trazer elementos que conduzam a uma afirmação da ocorrência daqueles fatos e outros que levem à sua negação, aí se instalando uma situação de indefinição sobre a efetiva existência ou inexistência do acontecimento real alegado. Em tais circunstâncias, o contraste que se forma entre um e outro sentido apresenta uma oscilação, os elementos indicativos da existência dos fatos alegados equilibrando-se com os que indicam sua inexistência. É esta a situação em que se costuma falar de dúvida propriamente dita.

Mas, neste contraste entre um e outro sentido, apontados pelas provas, podem se destacar, tendo mais força, mais peso, sendo mais convincentes, os elementos conducentes à afirmação da existência dos fatos alegados, elementos estes que, preponderantes, estariam a indicar que os fatos provavelmente teriam se passado daquela forma, sem que, no entanto, se afaste de toda a possibilidade de a realidade ter tido contorno diverso. Aí se terá não mais uma situação de indefinição, mas uma situação em que se manifesta a probabilidade de existência dos fatos alegados, o mesmo podendo se dar no sentido oposto, com a preponderância dos elementos negativos a sinalizar a improbabilidade de ocorrência daqueles fatos. Embora, no caminho de aproximação à realidade, a probabilidade e a improbabilidade situem-se em um patamar superior ao da indefinição (ou da dúvida propriamente dita), o campo em que se manifestam tem as mesmas características de relatividade, a dúvida, de todo modo, ainda se fazendo presente.

Já a certeza surge em outro campo, o campo do absoluto, em que não há espaço para alternativas, em que nenhuma dúvida, ainda que menor, pode subsis-

(13) Tal observação de Julio Maier encontra-se às p. 257 e 258 da obra citada em nota anterior.

tir. Assim, somente quando ausente qualquer dúvida, isto é, quando os elementos probatórios proporcionam a firme – porque absoluta – convicção de que a realidade se passou de determinada forma, eliminando toda possibilidade, mínima que seja, de ter esta ocorrido de modo diverso, é que se estará diante da certeza quanto à ocorrência ou à inoccorrência dos fatos reconstituídos no processo.¹⁴

A probabilidade, por mais forte que seja, é algo ainda muito distante da certeza. Quando se trabalha com probabilidades, se está, implicitamente, admitindo uma possibilidade de a realidade ter tido um contorno diverso. E, sempre que exista esta possibilidade, mesmo que longínqua, não haverá certeza, pois a afirmação da certeza significa a afirmação de que algo é assim e não pode ser de outro modo, significando que dos elementos com que reconstituídos os fatos, necessariamente, há de derivar tão-somente aquela conclusão e nenhuma outra.

Tome-se um exemplo, retirado de um caso concreto. Em determinado processo, em que o Ministério Público atribuía ao réu a prática do crime de estelionato, consistente em adulteração de valor constante de primeira via de formulário de pagamento de vale-transporte, resultando no recebimento de quantia maior do que a devida, formou-se o seguinte quadro probatório: a adulteração, feita através da colocação de número datilografado à frente dos números originais também datilografados, restou inquestionável, seja através de laudo pericial, seja através da comparação com a segunda via do formulário e com o requerimento, arquivados na repartição; o recebimento da quantia superior à devida também ficou evidenciado através de provas documentais, demonstrando-se ainda, em depoimentos de testemunhas e no interrogatório, que o réu era o único servidor encarregado do preenchimento dos formulários. Muito fortes eram, assim, as indicações de que seria o réu o autor da conduta configuradora do tipo legal do estelionato. No entanto, o réu negava a autoria, não havendo qualquer testemunha que tivesse presenciado a adulteração, ou que relatasse, por qualquer outra forma, as circunstâncias em que realizada. Tudo o que se obteve, assim, com as provas produzidas no processo, foi a demonstração dos fatos de ser o réu a pessoa encarregada de elaborar o documento posteriormente adulterado e de o aumento indevido do valor do vale-transporte vir a beneficiá-lo, o que, decerto, trazia uma forte probabilidade de ter sido ele o autor da adulteração, probabilidade que, no entanto, não afastava a possibilidade de ter sido outro o autor, alguém que, mesmo não obtendo o proveito econômico resultante da adulteração, estivesse querendo prejudicar o réu, invejoso da função de confiança por ele exercida, ou pretendendo ocupar seu lugar, ou movido por qualquer outra razão. Foi, assim, o réu absolvido, porque ausente a certeza quanto à autoria, exigível para a condenação.

A probabilidade só pode operar contrariamente aos interesses do réu em juízos provisórios, como os que dão o conteúdo de decisões de natureza cautelar, ou

⁽¹⁴⁾ Na obra *La prueba en el proceso penal*, de José Cafferata Nores (Buenos Aires : Depalma, 1986), encontram-se, às p. 5 a 7, esclarecedoras conceituações da dúvida, da probabilidade e da certeza.

de juízos positivos sobre a admissibilidade da acusação, aí se trabalhando apenas com a aparência – e não com a existência – do direito alegado. Neste ponto, vale ressaltar que o estágio inicial de indefinição, de oscilação equilibrada entre a ocorrência e a inoocorrência dos fatos alegados, de dúvida propriamente dita, tampouco aqui será suficiente, pois, para se afirmar a aparência de um direito, ainda mais do direito do Estado de fazer valer seu poder de punir, é naturalmente necessário que se tenham elementos probatórios sérios, idôneos, a sinalizar que, embora ainda não se possa afirmar com certeza, tudo estaria a indicar que os fatos em que se fundamenta aquele direito, teriam se passado da forma apontada. O estágio inicial de indefinição, de oscilação equilibrada entre a ocorrência e a inoocorrência dos fatos alegados, de dúvida propriamente dita, em momento algum do processo poderá ter qualquer repercussão negativa sobre os interesses do réu.

Por ocasião do pronunciamento final sobre o mérito, a garantia da presunção de inocência ou de não-culpabilidade e o princípio *in dubio pro reo* dela derivado afastam não só a dúvida propriamente dita, mas também a probabilidade, exigindo, para a afirmação da procedência do pedido de condenação, que as provas produzidas no processo efetivamente conduzam à certeza da ocorrência dos fatos configuradores da infração penal, bem como à certeza de ter o réu a praticado.

Cabe, aqui, a observação de que a certeza não sempre se formará, exatamente, sobre a verdade, dadas as limitações já expostas quanto à possibilidade de ser esta efetivamente alcançada. Quando se fala de certeza, o que se está levando em consideração é apenas o estágio do pensamento que produz a absoluta convicção de que o acontecimento real, *como reconstruído pelas provas produzidas no processo*, se deu de determinada forma e não de qualquer outra, afastada, dentro da aproximação da realidade idealmente refletora da verdade obtida no processo, qualquer outra conclusão que daqueles fatos reconstituídos pudesse decorrer.

4. O ônus atribuído ao autor da ação penal condenatória: a prova indubitosa da existência da infração penal e de sua autoria

Assim, exigidas a certeza da ocorrência dos fatos configuradores da infração penal e a certeza de ter o réu a praticado, para que seja pronunciada a procedência do pedido, será sobre o autor da ação penal condenatória que irá recair o ônus de cuidar para que sejam produzidas provas indubitosas de tais fatos, de modo a afastar qualquer dúvida, de modo que não subsista a mais leve hipótese de poderem ter estes se passado de forma diferente.

O pedido do autor da ação penal condenatória exterioriza pretensão punitiva que se fundamenta na alegada prática de uma conduta legalmente qualificada como infração penal, recaindo, portanto, sobre este autor da ação penal condenatória o ônus de provar, isto é, de afastar qualquer dúvida sobre a ocorrência, não apenas de uma conduta típica, mas sim de uma conduta legalmente qualificada como infração penal, com todos os elementos que a integram,

reduzíveis às tradicionais categorias da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade.¹⁵

Como lembra o Prof. Afrânio Silva Jardim, a infração penal é um todo indivisível, o Estado só podendo, processualmente, ver acolhida a sua pretensão punitiva se provar que o réu praticou uma conduta típica, ilícita e culpável, vale dizer, este todo indivisível.¹⁶

Nem é nova esta afirmação. Guiseppe Bettiol, que, como assinala Zaffaroni, no prefácio de seu já citado *Derecho penal – Parte general*, deve ser especialmente lembrado, dentre os penalistas do século XX, pelo humanismo, o respeito pela pessoa e a proximidade a nós, latino-americanos, já destacava o ônus do Ministério Público de provar a prática da infração penal, em todos os seus elementos.

Assinalando que a importância maior da questão do ônus da prova, no processo penal, residia no surgimento de um estado de dúvida em relação à existência de qualquer fato com relevo penal, Bettiol apontava que “é sobre o Ministério Público que recai todo o peso do ônus da prova em processo penal. Isto no sentido de que ele é chamado a demonstrar (se pretende eliminar da mente do juiz todo o resíduo de dúvida) a realidade dos *factos constitutivos* da pretensão punitiva (o argüido de crime de furto subtraiu efectivamente uma coisa móvel de outrem) e a inexistência de *factos impeditivos* (não se verificou a favor do argüido o estado de necessidade que justificaria o delito de furto): isto é, todo o complexo dos pressupostos, elementos, condições e circunstâncias que tornam possível a aplicação da pena. Se as provas falham, ou se a dúvida persiste na mente do juiz, deve decidir-se na base do princípio *in dubio pro reo et contra civitatem* e absolver o argüido. Em processo penal, todo o ônus da prova foi assim querido e colocado a cargo do Ministério Público e a favor do argüido, salvo se em relação a este funciona qualquer presunção relativa de culpa expressamente hipotizada pelo legislador” [grifos no original].¹⁷

(15) A diversidade dos conteúdos doutrinariamente dados à tipicidade, à antijuridicidade e à culpabilidade, cuja discussão, naturalmente, fugiria aos limites deste trabalho, não impede que os elementos constitutivos da infração penal permaneçam sendo reduzidos a tais tradicionais categorias.

(16) Veja-se tal afirmação do Prof. Afrânio Silva Jardim no trabalho “O ônus da prova na ação penal condenatória”, encontrado às p. 205 a 221 da 6. ed. de seu *Direito processual penal*, Rio de Janeiro : Forense, 1997.

(17) Vejam-se tais afirmações às p. 299 e 300 da edição portuguesa, com tradução de Manuel da Costa Andrade, das *Instituições de direito e de processo penal*, Coimbra : Coimbra Ed., 1974. Ressalve-se que, no Direito Penal ou Processual Penal de um Estado Democrático de Direito, nenhuma presunção de culpa subsiste. Presunções não passam de ficções, naturalmente incompatibilizadas com a tutela da liberdade do indivíduo, de todo modo decorrendo da garantia da presunção de inocência ou de não-culpabilidade a prevalência desta presunção de inocência sobre qualquer outra que, porventura, insista o legislador em instituir. Ressalve-se ainda que, como se passará a

Quando se faz esta afirmação – que, aliás, deveria ser óbvia – de que sobre o autor da ação penal condenatória recai o ônus de provar a ocorrência, não apenas de uma conduta típica, mas sim de uma conduta legalmente qualificada como infração penal, com todos os elementos que a integram, sequer se está lidando com qualquer particularidade do processo penal, aqui encontrando perfeita aplicação o disposto na regra do inc. I do art. 333 do CPC, a determinar que incumbe ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito.

O fato que pode constituir o direito do autor da ação penal condenatória – o direito do Estado de fazer valer seu poder de punir – é a prática daquele “todo indivisível” configurador da infração penal, e não a mera prática de uma conduta típica. A proposta acusatória, vinda na imputação feita ao réu, na inicial de uma ação penal condenatória, há de ser sempre assim minimamente traduzida: o réu teria – supondo-se que se trate, por hipótese, de um furto – subtraído, para si, uma determinada coisa alheia móvel, de valor economicamente considerável, assim afetando o patrimônio do ofendido, em circunstâncias em que tal conduta não era permitida e podendo, dada a normalidade das circunstâncias, atuar como determinava o comando legal e, assim, ser responsabilizado pela prática daquela infração penal, a normalidade das circunstâncias indicando, ainda, a necessidade de imposição da pretendida pena.

Caso a imputação se limitasse à mera descrição daquela considerada subtração, sem que especificadas e descritas as circunstâncias indicativas da antijuridicidade e da culpabilidade, estar-se-ia diante de petição inicial, contaminada pelo vício da inépcia, por desobediente, na dedução da causa de pedir, à exigência de inteireza em relação aos fatos constitutivos do direito alegado, ou, como expressado na regra do art. 41 do CPP, por não conter a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias.¹⁸

Assim alegada, pelo autor da ação penal condenatória, a prática, por hipótese, de um crime de furto – e não apenas de uma conduta adequada ao tipo objetivo do art. 155 do CP, pois que, repita-se, para conduzir à procedência do pedido de condenação, com a imposição da pena, objeto da ação penal proposta, não basta aquela mera adequação, exigindo-se sim a prática do crime de furto –, a este autor da ação penal condenatória caberá – como caberia ao autor de qualquer outra ação – afastar qualquer dúvida não apenas sobre uma parte do que alega ter ocorrido, como a mera subtração da coisa alheia móvel (suponha-se uma quantia em dinheiro, retira-

analisar, matéria fática concernente à antijuridicidade não diz respeito a fatos impeditivos, incluindo-se sim entre os fatos constitutivos do direito alegado.

(18) A respeito da necessária descrição na inicial dos fatos configuradores da alegada infração penal, em todos os elementos que a constituem (tipicidade, ilicitude e culpabilidade), com o igualmente necessário acompanhamento de suporte probatório mínimo, concernente a todos estes elementos, vale sempre consultar as lições do Prof. Afrânio Silva Jardim, tanto em seu *Ação penal pública – O princípio da obrigatoriedade*, Rio de Janeiro : Forense, 1988, especialmente p. 37 e 39, como em outros trabalhos, como o constante de seu *Direito processual penal*, citado em nota anterior.

da da bolsa de alguém), mas também sobre todos os demais elementos integrantes do alegado crime de furto, desde o dolo e o especial fim de assenhoreamento, integrantes de seu tipo subjetivo, passando pela lesão significativa ao bem jurídico (consubstanciado, na hipótese, no patrimônio), a contrariedade daquela conduta com a ordem jurídica, ausente qualquer permissão para sua realização (demonstrando, por exemplo, através de testemunhas ou de documentos, a circunstância de que o bem subtraído se destinou ou se destinaria à compra de bens supérfluos, assim ausente o estado de necessidade), até a normalidade das circunstâncias em que realizada a conduta (demonstrando, por exemplo, através de testemunhas ou de documentos, que o réu, conhecendo a proibição, estava regularmente empregado, com renda suficiente para viver dignamente, sem estar passando por qualquer situação perturbadora de sua tranquilidade, assim podendo obedecer ao comando legal, abstendo-se da realização da conduta proibida).

Somente quando demonstrados, pelo autor da ação penal condenatória, todos os elementos integrantes do alegado crime de furto – e não apenas de uma alegada conduta adequada ao tipo objetivo previsto no art. 155 do CP – poderá ser reconhecido o direito alegado na inicial, isto é, o direito do Estado de fazer valer seu poder de punir, diante da prática daquele crime de furto.

Da mesma forma que ao autor de uma ação que objetive o divórcio caberá provar não apenas os fatos de existirem o casamento e a separação do casal, mas ainda o decurso do prazo superior a dois anos, se de fato a separação, ou a um ano, se esta for judicial, não sendo ao réu que caberia provar o decurso de tempo inferior, assim também ao autor de uma ação que objetive a imposição de uma pena diante da prática de uma infração penal, jamais poderia bastar que provasse a ocorrência de apenas um dos elementos configuradores daquela infração penal, transferindo-se para o réu a prova da inocorrência dos demais elementos, indispensáveis à sua caracterização. Da mesma forma que do simples fato de ter ocorrido uma separação não decorre o direito ao divórcio, exigindo a lei, para tanto, que esta separação se estenda por determinado prazo, do simples fato de ter ocorrido uma conduta adequada a um tipo objetivo de infração penal não decorre o direito do Estado de fazer valer seu poder de punir, exigindo a lei, para tanto, a efetiva ocorrência de uma infração penal, com todos os elementos que a integram, vale dizer, uma conduta típica (objetiva e subjetivamente), antijurídica e culpável.

A equivocada, mas corriqueira, afirmação de que ao Ministério Público (ou ao ofendido, quando legitimado extraordinariamente, nas hipóteses de ação penal condenatória de sua iniciativa) caberia apenas provar a tipicidade e a autoria da conduta imputada, exigindo-se do réu a prova de eventual causa excludente da antijuridicidade ou da culpabilidade – sequer se considerando a dúvida, nestes campos, como razão de imperativa absolvição, como se dúvidas sobre a antijuridicidade ou sobre a culpabilidade não fossem dúvidas sobre a existência da infração penal – o que esta equivocada, mas corriqueira, afirmação contém é sim, pura e simplesmente, uma proposta, certamente contrária aos textos legais, de inversão do ônus da prova.

Quando se pretende aludir a um suposto ônus do réu de provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, na forma da regra contida no inc. II do art. 333 do CPC, com isto se pretendendo dizer que causas excludentes da antijuridicidade ou da culpabilidade deveriam ser alegadas e provadas pelo réu, ignora-se, antes de mais nada, que a chamada presunção de inocência ou de não-culpabilidade, constitucionalmente consagrada, implica em que, como assinala, ainda uma vez, Julio Maier, o réu não tenha necessidade de construir sua inocência, já construída de antemão pela presunção que o ampara,¹⁹ o que, naturalmente, conduz ao ônus da Acusação de destruir completamente esta posição de inocência, afastando, através das provas que lhe cabe cuidar que sejam produzidas, toda dúvida sobre a prática do fato punível.

Mas, não é só isto. Quando se alude a tal suposto ônus do réu, ignora-se também não só o que sejam, em tese, fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, como ainda se ignora aquela elementar questão de que o direito do autor da ação penal condenatória de fazer valer o poder do Estado de punir não se funda apenas na prática de uma conduta objetivamente típica, ignorando-se aquela elementar questão de que da mera realização de uma conduta objetivamente típica muito longe ainda está a derivação do poder do Estado de punir, porque muito longe ainda está a caracterização do fato punível, a configuração da infração penal.

Os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, a que alude a referida regra do inc. II do art. 333 do CPC, dizem respeito a circunstâncias exteriores ao direito alegado, que, sem negar ou afetar sua existência, apenas inviabilizam seu exercício, fazendo com que sua eficácia se ache suspensa, modificada ou extinta. Fatos desta natureza – a prescrição podendo servir de exemplo, comum ao processo civil e ao processo penal –, objeto das chamadas exceções de direito material, exceções substanciais, ou preliminares de mérito e constituindo a chamada defesa indireta, em contraposição à defesa direta, em que atacados os próprios elementos ou fundamentos do direito alegado pelo autor,²⁰ é que, diz a lei processual civil, deverão ser provados pelo réu que os alegar.

Como expõe o Prof. Ovídio Baptista da Silva, tratando, naturalmente, do processo civil, “sob o ponto de vista probatório, também se destaca a diferença entre a contestação simples e a oposição, por parte do réu, de alguma *exceção substancial*; se ele argüir exceção, cabe, naturalmente, o ônus de prová-la, ao passo que simplesmente contestando a ação pela simples negativa dos fatos ou do fundamento jurídico da ação nenhum ônus probatório lhe cabe” (grifo no original).²¹

(19) Veja-se tal afirmação à p. 271 da obra já citada.

(20) Sobre estas classificações, sempre se pode recorrer às lições de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco, *Teoria geral do processo*. 8. ed. São Paulo : RT, 1991. p. 243 e 244.

(21) Tal afirmação encontra-se à p. 320 da obra já citada em nota anterior.

Verifica-se, assim, que nem é preciso fugir do processo civil para concluir que é sobre o autor da ação penal condenatória – o Ministério Público ou o ofendido, quando legitimado extraordinariamente, nas hipóteses de ação penal condenatória de sua iniciativa – que recai todo o ônus de provar a existência de cada um dos elementos que configuram a infração penal atribuída ao réu, a particularidade do processo penal residindo apenas no ponto em que, diante da prevalência da tutela da liberdade do indivíduo sobre o poder do Estado de punir, inafastável no Estado Democrático de Direito, o princípio *in dubio pro reo* estende-se também aos fatos que, mesmo apenas inviabilizadores do exercício do poder de punir, como a prescrição da pretensão punitiva, extinguem o direito do autor, sem negar sua existência.²²

Mas, para clarear ainda mais a afirmação de que é sobre o autor da ação penal condenatória que recai todo o ônus de provar a existência de cada um dos elementos que configuram a infração penal atribuída ao réu, permanecendo-se no mesmo campo em que ditas as regras de julgamento disciplinadoras da distribuição do ônus da prova no processo civil, comparem-se pretensões e defesas expostas em processo penal e em processo civil, o exemplo relativo a este último retirado das lições do Professor Ovídio, em explicações que antecedem a assertiva acima reproduzida.

Sugere ele que se suponha um caso de usucapião ordinária, sabendo-se que para ser procedente o pedido formulado em uma ação em que esta seja alegada, é necessário que existam: 1) uma posse por um determinado lapso de tempo; 2) que essa posse seja exercida com ânimo de dono; 3) que seja de boa-fé; 4) que também seja contínua, o que quer dizer que não haja sofrido interrupção; 5) que, além disso, seja pública, no sentido de ser aparente e, como tal, aceita e respeitada pelos demais; 6) que, além disso, seja exclusiva, pois o estado de composse torna equívoca e imprecisa a posse; 7) finalmente, que a coisa usucapienda seja hábil para gerar a usucapião.

Todos estes elementos se fazem necessários para a configuração da usucapião, a ausência de qualquer deles constituindo negação da existência do direito alegado pelo autor, por faltar condição intrínseca para sua formação, negação esta que, como aponta o professor gaúcho, será objeto de contestação simples e não de contestação que envolva arguição de exceção de direito material, assim, conforme a assertiva vinda logo adiante, nenhum ônus probatório recaindo sobre o réu,

(22) Remarque-se que, para a efetiva prevalência da tutela da liberdade do indivíduo sobre o poder do Estado de punir, o princípio *in dubio pro reo* não pode sofrer qualquer limitação. Além de alcançar toda matéria de natureza fática, deve, inobstante tradicionais posições em contrário, constituir princípio reitor da própria interpretação da lei penal ou processual penal, de modo que, diante de diferentes possibilidades interpretativas, se escolha a menos gravosa para o réu. Sobre as discussões a respeito deste tema, pode-se consultar Julio Maier, na obra já citada em notas anteriores, especialmente p. 256 a 269.

com relação à existência ou à inexistência de qualquer das circunstâncias que a tais elementos digam respeito.

Voltando-se, agora, ao processo penal, tome-se a hipótese, já aqui tratada, de um crime de furto.

Sabe-se que para ser procedente o pedido formulado em uma ação em que este seja alegado, é necessário que existam: 1) uma subtração dolosa de coisa alheia móvel; 2) o especial fim de agir, consistente na intenção de assenhoreamento, isto é, de se apropriar, de se fazer dono, de fazer sua ou de terceiro ("para si ou para outrem") a coisa que se subtrai; 3) uma lesão significativa ao patrimônio do proprietário ou possuidor da coisa subtraída; 4) a contrariedade daquela conduta com a ordem jurídica, revelada por sua realização em circunstâncias em que ausente qualquer permissão legal; 5) a reprovabilidade daquela conduta, revelada, em síntese, pela capacidade de compreensão de seu caráter ilícito e pela normalidade das circunstâncias de sua realização.

Todos estes elementos se fazem necessários para a configuração do crime de furto, a ausência de qualquer deles constituindo negação da existência do direito de fazer valer o poder do Estado de punir, alegado pelo autor, por faltar condição intrínseca para sua formação, negação esta que não envolve qualquer arguição de exceção de direito material, assim, conforme as próprias regras dos incs. I e II do art. 333 do CPC, nenhum ônus probatório recaindo sobre o réu, com relação à existência ou à inexistência de qualquer das circunstâncias que a tais elementos digam respeito.

A equivocada e corriqueira afirmação de que ao Ministério Público (ou ao ofendido, quando legitimado extraordinariamente, nas hipóteses de ação penal condenatória de sua iniciativa) caberia apenas provar a tipicidade e a autoria da conduta imputada, exigindo-se do réu a prova de eventual causa excludente da antijuridicidade ou da culpabilidade, ainda costuma se valer de outro argumento, igualmente vazio e discrepante da garantia consubstanciada na chamada presunção de inocência ou de não-culpabilidade. Tentando se socorrer das relações entre regra e exceção, entre normalidade e anormalidade, na linha da tradicional lição de Malatesta de que o ordinário se presume e o extraordinário se prova, esgrime-se o argumento de que, provada a tipicidade de uma conduta, presumir-se-ia a antijuridicidade e a culpabilidade, porque o comum seria que a conduta típica fosse também ilícita e culpável.²³

Ora, neste ponto, poder-se-ia mesmo partir do questionamento desta imaginada regra, desta suposta frequência de se terem condutas típicas ordinariamente antijurídicas e culpáveis, frequência que só parece existir na distorcida visão daqueles que, repetindo e alimentando um ideologicamente dirigido senso comum, atuam, no processo, produzindo e admitindo acusações, como se a infração penal consistisse unicamente na tipicidade.

(23) Este argumento é utilizado, por exemplo, por Tornaghi. Veja-se o que consta às p. 468 e 469 do vol. 3 de suas *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

Mas, o que mais importa aqui é a incompatibilidade de tal suposição com a garantia da chamada presunção de inocência ou de não-culpabilidade. O Estado Democrático de Direito convive com uma única presunção, em matéria penal ou processual penal, exatamente esta chamada presunção de inocência ou de não-culpabilidade. Constitucionalmente construída a situação de inocência, reconhecida a todos os indivíduos, cujo desfazimento, como já assinalado, só pode se dar através do pronunciamento jurisdicional irrecorrível, em que, observados os ditames da cláusula fundamental do devido processo legal, vier a ser afirmada a prática da conduta punível e imposta a pena, inviabilizam-se quaisquer outras presunções que o legislador ou os aplicadores da lei insistam em instituir, pois a estas sempre estará sobreposta a presunção de inocência ou de não-culpabilidade.²⁴

Nada há, portanto, a se presumir, diante da comprovação da prática de uma conduta penalmente típica. Feita esta comprovação, tem ainda o autor da ação penal condenatória o ônus de comprovar, isto é, de afastar quaisquer dúvidas quanto aos fatos demonstrativos de que aquela conduta se realizou em circunstâncias reveladoras de sua antijuridicidade e da culpabilidade de quem a praticou, para só assim poder ver afirmada a procedência do pedido de condenação formulado. O ordinário, o comum, as supostas generalidades não encontram espaço na ação penal condenatória, até porque se cuida, em matéria penal, de condutas individualizadas, que, ao contrário, dizem respeito ao particular, ao concreto, podendo sempre acabar se revelando inusitadas, extraordinárias ou incomuns.

5. A demonstração da existência da infração penal e de ter sido o réu seu autor: a natureza dos fatos a serem alegados e provados

Na ilegítima e injurídica tentativa de inverter as regras de distribuição do ônus da prova, para fazer recair sobre o réu o encargo de provar a ocorrência de circunstâncias que, dizendo respeito à exclusão da antijuridicidade ou da culpabilidade, dizem respeito à própria configuração ou não da infração penal, cuja alegada realização fundamenta o direito que o autor da ação penal condenatória quer ver reconhecido, costuma-se argumentar que a presença de causas excludentes da antijuridicidade ou da culpabilidade se consubstanciaria em afirmações de fatos positivos, que haveriam de ser, assim, alegados e provados pelo réu, a alegação e a prova da ausência de tais causas excludentes não podendo caber ao autor da ação penal condenatória, porque dele se estaria exigindo que alegasse e provasse fatos negativos.

Com tal insustentável argumentação, começa-se por ignorar a estrutura da infração penal, repisando-se o mesmo distorcido senso comum que supõe consistir esta em mera realização de conduta adequada a um tipo penal, assim se pretendendo esgotar a alegação da prática de uma infração penal com a simples descri-

(24) Veja-se a nota 17.

ção de fatos demonstrativos da tipicidade (e, às vezes, sem nem mesmo abranger toda a matéria típica, não sendo incomum encontrar descrições restritas a fatos indicativos do mero aspecto objetivo do tipo legal), como se a antijuridicidade e a culpabilidade, ao invés de serem igualmente afirmadas, através de material fático demonstrativo da contrariedade à ordem jurídica e da normalidade das circunstâncias, que as caracterizam, devessem apenas ser negadas, mediante a alegação de circunstâncias que as excluíssem.

Além da ignorância da estrutura da infração penal, exibe-se o retorno a máximas medievais, como a que deu origem ao aforismo *negativa non sunt probanda*, esquecendo-se não só que a antijuridicidade e a culpabilidade são qualidades (e, portanto, algo em que o lado positivo aparece como predominante) da conduta identificável como infração penal, mas ainda que afirmação e negação, fatos positivos e negativos, como há muito se reconhece, são pólos que se encontram na mesma alegação.

De Chiovenda vem a lição de que, via de regra, toda afirmação é, ao mesmo tempo, uma negação, pois quando se atribui a uma coisa um predicado, negam-se todos os predicados contrários ou diversos dessa coisa. Exemplificando, mostrava que quem diz *imóvel*, diz *não-móvel*, quem diz *escravo*, diz *não-livre*, da mesma forma que quem diz “este tecido não é vermelho” não é de se considerar, só por isso, negador, porque, na realidade, afirma que o tecido é de outra cor, que ele poderia determinar, como quem diz que “uma casa *não está voltada para o norte*” está, ao mesmo tempo, afirmando que a casa *tem outra posição*.²⁵

Sobre afirmações e negações, fatos positivos e negativos, remarca o Professor Afrânio Silva Jardim, dando ênfase ao tema da antijuridicidade: “Há negação, por parte da defesa, tanto quando nega o fato principal (conduta ou núcleo verbal do tipo), como quando nega as suas circunstâncias (fatos circundantes do fato principal), caracterizadoras ou não de sua ilicitude. O réu, ao dizer que matou de uma determinada forma que justificaria a sua conduta típica, não está acrescentando fato ao *thema decidendum*, mas apenas negando aquelas circunstâncias narradas na denúncia. Sob o prisma processual, somente a acusação é que alega fatos, atribuindo-os ao réu. Eventual ‘alegação’ deste, será tão-somente aparente, vez que juridicamente deve ser reputada como mera negação dos fatos alegados na denúncia ou queixa”.

Prosseguindo, traz o Professor Afrânio Silva Jardim exemplo esclarecedor, no campo da autoria: “Quando o réu apresenta um alibi, dizendo que no dia e hora do crime se encontrava em lugar distante, não está alegando fato positivo diverso, mas apenas negando o que lhe é atribuído na denúncia. Assim, a dúvida sobre se ele estava ou não naquele lugar distante nada mais é do que a dúvida sobre se ele estava no lugar afirmado na denúncia ou queixa. É intuitivo. Desta maneira, ao sustentar tal alibi, o réu não assume o ônus de provar fato positivo que negue a

(25) Na edição em português das *Instituições de direito processual civil*, Campinas : Bookseller, 1998, Trad. Paolo Capitanio, consulte-se a p. 446 do vol. 2.

acusação, permanecendo o autor com o ônus de provar aquilo que originalmente afirmou”.²⁶

Na mesma linha, o autor da ação penal condenatória há de ter descrito e, assim, alegado, em sua petição inicial, as circunstâncias do fato que estariam a indicar a antijuridicidade e a culpabilidade, componentes da infração penal que atribui ao réu. Se este, ao se defender, disser que agiu em circunstâncias configuradoras de causas excludentes da antijuridicidade ou da culpabilidade, tampouco estará alegando fatos positivos diversos, mas apenas negando o que originalmente afirmou o autor da ação penal condenatória e fez constar da imputação, vinda na petição inicial. A afirmação do réu de que agiu em circunstâncias configuradoras de causas excludentes da antijuridicidade ou da culpabilidade em nada difere de afirmações suas que descaracterizem a tipicidade, ou que afastem a autoria, equivalendo, ainda, à mera negação genérica da prática da infração penal que lhe é atribuída, bem como ao próprio silêncio, nenhum ônus lhe cabendo quanto à prova, em qualquer destas hipóteses, sempre valendo repetir que é sobre o autor da ação penal condenatória, conforme as próprias regras dos incs. I e II do art. 333 do CPC, que recai o ônus de provar a prática da infração penal, em todos seus elementos, e sua autoria.

Em tese, nenhuma dificuldade se apresenta para a produção de uma tal prova. Retome-se, neste ponto, a hipótese, já considerada, de alegação, pelo autor da ação penal condenatória, da prática de um crime de furto de determinada quantia em dinheiro. Conforme antes mencionado, o autor desta hipotética ação penal condenatória, demonstrando, por exemplo, através de testemunhas ou de documentos, as circunstâncias de que o bem subtraído, de valor significativo em relação ao patrimônio do ofendido, se destinou ou se destinaria à compra de bens supérfluos, bem como as circunstâncias de que o réu conhecia a proibição, estava regularmente empregado, com renda suficiente para viver dignamente, sem estar passando por qualquer situação perturbadora de sua tranquilidade, assim podendo se abster da realização da conduta proibida, estaria demonstrando a ocorrência do crime de furto e a daí derivada existência do direito do Estado de fazer valer seu poder de punir, como alegado na inicial.

Cabe remarcar que a demonstração das circunstâncias configuradoras da antijuridicidade e da culpabilidade – como ocorre com qualquer outra matéria fática – não se faz com generalidades e abstrações, havendo que se indicar e analisar, com a mesma minúcia concernente à autoria e à tipicidade, as provas que, afastando toda dúvida, realizam tal demonstração. Especialmente no que concerne à culpabilidade – por essência, individualizada e individualizadora, o princípio que a consagra constituindo, exatamente, expressão do princípio individualizador, constitucionalmente assentado (inc. XLVI do art. 5.º da Carta de 1988) –, faz-se imperativa a concretude, de forma a se avaliar, através das

(26) Tais afirmações constam do trabalho, já referido em nota anterior, “O ônus da prova na ação penal condenatória”.

circunstâncias do caso concreto, dadas pelas provas produzidas no processo, se aquela pessoa que realizou o injusto agiu livremente, podendo compreender a ilicitude de sua conduta e podendo se autodeterminar de acordo com tal compreensão, de modo que se fizesse exigível conduta diversa da praticada e de modo que, dada a normalidade da situação em que realizado o injusto, se manifestasse a necessidade da pena.

Sentenças condenatórias em que, como não é incomum encontrar, após avaliação restrita a provas concernentes à autoria e à tipicidade, faz o juiz, pura e simplesmente, genérica afirmação de que inexistem quaisquer causas excludentes da antijuridicidade e da culpabilidade, são sentenças nulas, por manifesta desobediência ao dever de motivação.

Recordando a assertiva de Chiovenda de que a questão do ônus da prova reduz-se, no caso concreto, a estabelecer quais os fatos que, considerados existentes pelo juiz, devem bastar para induzi-lo a acolher a demanda,²⁷ se há de, mais uma vez e sempre, repetir a afirmação de que é sobre o autor da ação penal condenatória que recai o ônus de afastar qualquer dúvida sobre a existência da infração penal, com todos os elementos que a integram, a mera existência de fatos configuradores de conduta adequada a um tipo penal não bastando para induzir o juiz a acolher a demanda, mas somente a certeza quanto a ser o réu responsável pela prática de uma infração penal – isto é, de uma conduta típica, ilícita e culpável – podendo conduzi-lo a pronunciar a procedência do pedido de condenação, o que, naturalmente, também está a implicar no dever do juiz de expor os elementos de prova de que se valeu para formar esta certeza quanto à veracidade dos fatos e circunstâncias demonstrativos de ser o réu responsável pela prática da infração penal, assim expondo os elementos de prova demonstrativos da certeza que formou quanto à veracidade dos fatos e circunstâncias caracterizadores, não só da autoria e da tipicidade, mas igualmente da antijuridicidade e da culpabilidade, indispensáveis ao reconhecimento da infração penal.

(27) Veja-se tal assertiva à p. 449 do mesmo vol. 2 da edição da obra de Chiovenda, referida em nota anterior.