

# A PERSECUÇÃO PENAL EM JUÍZO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E SEU CONSTANTE DESAFIO DE NÃO FRAGMENTAR O *IN DUBIO* *PRO REO* NO PROCESSO PENAL

Saulo Murilo de Oliveira Mattos<sup>1</sup>

## Introdução

Este artigo destacará, a partir de julgados dos tribunais superiores pátrios e lições doutrinárias, o desafio posto ao Ministério Público em, ao deduzir em juízo sua pretensão acusatória (artigo 129, inciso I, da Constituição federal), não esquecer que, no processo penal, é também órgão tutor de direitos e garantias processuais penais fundamentais, estando limitada sua pretensão acusatória aos reflexos práticos impostos pelo princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade descrito no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, especificamente no campo probatório.

Pois bem, Rui Barbosa (v. 32, t. 1, p. 36), à sua época, já verberava:

Em outros tempos as leis criminais assentavam na presunção de criminalidade, cujo corolário processual era a tortura engenhosamente uniforme e atroz. Todo o réu se supunha culpado. Daí um sistema de investigação judicial, empenhado todo ele em extorquir pela crueldade a confissão. O direito moderno, ao contrário, estriba na presunção de inocência. É a nossa presunção constitucional. A Constituição partiu desse pressuposto, cuja consequência era assegurar-se a defesa na sua maior amplitude.

O princípio da presunção de inocência do réu, além de repercutir no sistema infraconstitucional de prisões processuais e no campo probatório processual penal, possui forte conteúdo ideológico. Todavia, ante o objetivo do presente trabalho, a análise que se segue restringir-se-á ao aspecto probatório do princípio da presunção de inocência e o seu reflexo sobre o comportamento processual do Ministério Público. Assim, antecipe-se que,

---

<sup>1</sup> Promotor de Justiça titular da 4ª Promotoria de Irecê (entrância intermediária) - Improbidade/Patrimônio Público e Fazenda Pública, com sede na comarca de Irecê/BA.

“a partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada. Existe uma presunção que deve ser destruída pelo acusador, sem que o réu (e muito menos o juiz) tenha qualquer dever de contribuir nessa desconstrução (direito de silêncio – *nemo tenetur se detegere*) (LOPES JR, 2007, v. 1, p. 519)”.

## 1. O sistema processual penal brasileiro

No sistema acusatório, as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas, exclusivamente, a pessoas distintas, quais sejam: o acusador (Ministério Público ou querelante), o defensor e o magistrado. Já no inquisitivo,<sup>2</sup> diametralmente oposto àquele, as funções de acusar, defender e julgar estão em poder, só e tão-somente, de uma pessoa: o juiz-inquisidor. No sistema misto – espécie de junção dos dois anteriores –, há, primeiramente, uma instrução inquisitiva (investigação preliminar e instrução preparatória) e depois uma fase de julgamento, na qual é garantido o contraditório. Basicamente, estas são as características principais desses sistemas. Existem outras, denominadas de secundárias ou acessórias (publicidade, sigilo do julgamento, oralidade, processo escrito etc.), que variarão conforme o caso.

Acertadamente, Luigi Ferrajoli chama atenção para a dificuldade de diferenciar o sistema acusatório do inquisitório (2002, p. 451 e 452):

A distinção entre sistema acusatório e sistema inquisitório pode ter um caráter teórico ou simplesmente histórico. É necessário precisar que as diferenças identificáveis no plano teórico não coincidem necessariamente com aquelas verificáveis no plano histórico, não sendo sempre logicamente conexas entre si. Por exemplo, se fazem parte tanto do modelo teórico como da tradição histórica do processo acusatório a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento, o mesmo não se pode dizer de outros elementos que, pertencendo historicamente também à tradição do processo acusatório, não são logicamente essenciais ao seu modelo teórico: como a discricionariedade da ação penal, a elegibilidade do juiz, a sujeição dos órgãos da acusação ao Poder Executivo, a exclusão da motivação dos julgamentos dos jurados dentre outros. Por outro lado, se são tipicamente próprios do sistema inquisitório a iniciativa do juiz em campo probatório, a disparidade de poderes entre acusação e defesa e o caráter escrito e secreto da instrução, não o são institutos que nasceram exclusivamente no seio da tradição inquisitória, como a obrigatoriedade e a irrevogabilidade da ação penal, o caráter público dos órgãos de acusação, a pluralidade dos graus de jurisdição e a obrigação do juiz de motivar as suas decisões. Essa assimetria foi fonte de confusões

---

<sup>2</sup> Geraldo Prado (2005, p. 165) traz um ditado que bem simboliza o sistema inquisitivo: “Quem tiver um juiz por acusador precisa de Deus como defensor. Mas, às vezes, isso não é suficiente”.

múltiplas, pois freqüentemente mantiveram-se como essenciais a um ou outro modelo teórico elementos de fato pertencentes às suas respectivas tradições históricas, mas logicamente não necessários a nenhum dos dois ou com eles incompatíveis.

Pergunta-se, então: qual é o sistema processual penal adotado pelo Brasil? Não poderá haver outra fonte de respostas senão a Constituição de 1988. Embora não diga expressamente, extrai-se dos artigos 129, inciso I (ação penal pública de iniciativa privativa do Ministério Público) e 5º, incisos XXXIX, LIII, LIV, LV, LVI, LVII, LIX, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI, que a Lei Maior adotou o sistema acusatório.

Assim, as leis processuais penais, principalmente o Código de Processo Penal de 1941, para que não sejam consideradas, substancialmente, inconstitucionais ou não recepcionadas, devem ser interpretadas em conformidade com o sistema processual penal constitucional, que é acusatório. É uma questão piramidal, de hierarquia das leis, como bem soube expressar o jurista Hans Kelsen.

Veja-se, pois, o ensinamento de Ada Pellegrini Grinover (1990, p. 14):

o importante não é apenas realçar que as garantias do acusado – que são, repita-se, garantias do processo e da jurisdição – foram alçadas a nível constitucional pairando sobre a lei ordinária, à qual informam. **O importante é ler as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais. É verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição. É vivificar os textos legais à luz da ordem constitucional. É, como já se escreveu, proceder à interpretação da norma em conformidade com a Constituição. E não só em conformidade com sua letra, mas também com seu espírito. Pois a interpretação constitucional é capaz, por si só, de operar mudanças informais na Constituição, possibilitando que, mantida a letra, o espírito da lei fundamental seja colhido e aplicado de acordo com o momento histórico que se vive. (grifo nosso)**

E complementa (1990, p. 15):

A cada dia que passa, acentua-se a ligação entre Constituição e processo, pelo estudo dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o caminho, já ensinava Liebman, que transformara o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade.

Todavia, a práxis forense tem fornecido, à sociedade, exemplos que demonstram uma contumaz violação ao sistema acusatório. Realizam-se interrogatórios sem a presença de defensores públicos. O magistrado intromete-se na fase pré-processual investigativa, requisitando, *ex officio*, diligências de caráter não cautelar, portanto desnecessárias, quando deveria

atuar como tutor das liberdades públicas (relaxamento de prisão, liberdade provisória, etc). Além disso, o próprio Código de Processo Penal contém dispositivos que enfraquecem a ideia de sistema acusatório, tais como os arts. 156, 196, 209, 234 e outros.

Mas, não para por aí. O legislador pátrio, com a recente reforma processual penal, teve uma excelente oportunidade de conformar boa parte do Código de Processo Penal ao sistema acusatório. Fez o inverso. Desprezando a melhor doutrina processual penal, positivou mais uma hipótese de iniciativa probatória judicial, prevista no artigo 156, inciso I, do CPP, com o seguinte teor: é facultado ao juiz, de ofício, ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes.

Alguns doutrinadores fazem suas reflexões sobre o modelo processual penal brasileiro. Uns são mais otimistas, outros menos.

Segundo Paulo Rangel (2004, p. 52):

O Brasil adota um sistema acusatório que, no nosso modo de ver, não é puro em sua essência, pois o inquérito policial regido pelo sigilo, pela inquisitorialidade, tratando o indiciado como objeto de investigação, integra os autos do processo, e o juiz, muitas vezes, pergunta, em audiência, se os fatos que constam do inquérito policial são verdadeiros. Inclusive, ao tomar depoimento de uma testemunha, primeiro lê seu depoimento prestado, sem o crivo do contraditório, durante a fase do inquérito, para saber se confirma ou não, e, depois, passa a fazer as perguntas que entende necessárias. Neste caso, observe o leitor que o procedimento meramente informativo, inquisitivo e sigiloso dá o pontapé inicial na atividade jurisdicional à procura da verdade real. **Assim, não podemos dizer, pelo menos assim pensamos, que o sistema acusatório adotado entre nós é puro. Não é. Há resquícios do sistema inquisitivo, porém, já avançamos muito.** (*grifo nosso*)

Por outro lado, Geraldo Prado (2005, p. 195) entende que:

[...] se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a presunção de inocência, e a que, aderindo a tudo, assegura o julgamento por juiz competente e imparcial, são elementares do princípio acusatório, chegaremos à conclusão de que, embora não o diga expressamente, a Constituição da República o adotou.

[...]

**Porém, se notarmos o concreto estatuto jurídico dos sujeitos processuais e a dinâmica que entrelaça todos estes sujeitos, de acordo com as posições**

**predominantes nos tribunais (principalmente, mas não com exclusividade no Supremo Tribunal Federal), não nos restará alternativa salvo admitir, lamentavelmente, que prevalece, no Brasil, a teoria da aparência acusatória.**

**Muitos dos princípios opostos ao acusatório verdadeiramente são implementados todo dia [...]. O princípio e o sistema acusatório são, por isso, pelo menos por enquanto, meras promessas, que um novo Código de Processo Penal e um novo fundo cultural, consentâneo com os princípios democráticos, devem tomar realidade. (grifo nosso)**

Ao que parece, o destino do processo penal brasileiro é incerto. Quando se espera que o legislador assuma um maior compromisso com os princípios constitucionais, ocorre, lamentavelmente, o contrário. Não há dúvidas de que o artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal é, substancialmente, inconstitucional. A imparcialidade do juiz é uma garantia inderrogável do indivíduo, principalmente daquele sobre qual pesa o fardo de uma acusação. Assim, até que novas estruturas legislativas passem a vigor e resplandecer a esperada luz constitucional, pode-se dizer, conforme Geraldo Prado ensina, que no Brasil prevalece a teoria da aparência acusatória.

## 2. O conteúdo do Princípio da Presunção de Inocência

Entre os mandamentos constitucionais, o princípio da presunção de inocência, que decorre da garantia constitucional de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, talvez seja, devido à sua carga histórica, o que mais se popularizou. As pessoas, independentemente das camadas sociais a que pertencem, estão tão cientes do significado desse princípio, que, quando lhes recai a mais trivial das acusações, recorrem ao preceito constitucional de que ninguém será culpado até prova em contrário. Conheça-se, pois, um pouco da historicidade desse preceito constitucional.

O princípio da presunção de inocência foi a resposta dada ao sistema processual penal inquisitório, extremamente repressivo, que vigia até os dias da eclosão da Revolução Francesa de 1789.<sup>3</sup> Decorreu da necessidade de proteger o cidadão dos desmandos do Estado, que, a qualquer custo, desde que houvesse uma simples suposição de prática delitiva, condenava o acusado, já que presumia sua culpabilidade.

3 Segundo Aury Lopes Jr. (2007, V. 1, p. 517), “a presunção de inocência foi motivo de burla por parte de VICENZO MANZINI, para quem ela não passa de uma *absurda teoria ideada pelo empirismo francês*. Partindo de uma premissa absurda, MANZINI chegou a estabelecer uma equiparação entre os indícios que justificam a imputação e a prova da culpabilidade. O raciocínio era o seguinte: como a maior parte dos imputados resultavam ser culpados ao final do processo, não há o que justifique a proteção e a presunção de inocência. Com base na doutrina de Manzini, o próprio Código de Rocco, de 1930, não consagrou a presunção de inocência, pois era vista como um excesso de individualismo e garantismo.”

No plano internacional, o princípio da presunção de inocência apareceu pela primeira vez na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Posteriormente, foi reafirmado, ideologicamente, em 10 de dezembro de 1948, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo artigo 11 dispõe que “todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Com as transformações sociopolíticas mundiais, surgiram outros tratados internacionais, com destaque para a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto San Jose da Costa Rica), que incorporada, através do Decreto 697 de 06 de novembro de 1992, ao ordenamento jurídico pátrio, prevê, em seu art. 8.2, que “toda pessoa acusada de um delito tem o direito que se presuma sua inocência, enquanto não se comprove legalmente a sua culpa”.

De fato, a ideia de ruptura com a tradição inquisitorial do *ancien régime* foi assimilada por diversos países, que positivaram em suas Constituições o princípio da presunção de inocência daquele que suporta uma acusação penal. “Foi o que ocorreu, por exemplo, na Revolução dos Cravos e na posterior Constituição Portuguesa, de 1976; com a queda do fascismo, e na Constituição Italiana de 1948; com a derrubada do regime de Franco, e também na Constituição Espanhola, de 1978.” (PACELLI, 2007, p. 24)

No âmbito legislativo nacional, “embora se possa sustentar que nossas Constituições anteriores, ainda que não o obrigando, autorizavam a aplicação do princípio como decorrência do sistema de garantias processuais [...]” (PACELLI, 2007, p. 23), é a Constituição de 1988, no seu artigo 5º, inciso LVII, que determina, expressamente, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Em função disto, uns sustentam que seria melhor utilizar a expressão presunção de não-culpabilidade,<sup>4</sup> ao passo que outros preferem a locução estado ou situação jurídica de inocência do réu.<sup>5</sup>

Feito, em linhas gerais, o recorte histórico do princípio da presunção de inocência,<sup>6</sup> pode-se dizer que seu conteúdo possui três significados:

---

4 O Supremo Tribunal Federal utiliza em seus julgados a expressão princípio da não-culpabilidade. Em sentido diverso, José Afonso da Silva (2006, p. 155) explica que: “A norma constitucional do inciso LVII, agora sob nosso exame, garante a presunção de inocência por meio de um enunciado negativo universal: ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória [...]’. Usa-se de uma forma negativa para outorgar uma garantia positiva.”

5 Denominação usada pelo professor Eugênio Pacelli.

6 Com bastante perspicácia, observa Alberto Binder (2003, p. 86) que: “Não se pode dizer, por exemplo, que a situação de qualquer pessoa na sociedade seja uma situação de inocência. Os seres humanos que andam pelas

garantia política do estado de inocência do réu, regra de tratamento do acusado<sup>7</sup> e regra de julgamento (*in dubio pro reo*) do processo penal.

Quanto ao aspecto político, Luigi Ferrajoli (2002, p. 441) nota que:

[...] se é verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos, mas também pelas penas arbitrárias - que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social: da específica segurança fornecida pelo Estado de Direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica defesa destes contra o arbítrio punitivo. Por isso, o sinal inconfundível da perda de legitimidade política da jurisdição, como também de sua involução irracional e autoritária, é o temor que a justiça incute nos cidadãos. Toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de direito: o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam<sup>8</sup>.

Vista a questão por outro ângulo, sabe-se que a existência de uma ação penal condenatória contra determinado indivíduo representa, para

---

ruas não são inocentes. A inocência é um conceito de referência que somente tem sentido quando existe alguma possibilidade de que essa pessoa possa ser culpada. A situação normal dos cidadãos é de liberdade; a liberdade é seu âmbito básico, sem nenhuma referência ao Direito ou ao processo penal.”

7 Em seus recentes julgados, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que, sem qualquer juízo de cautelaridade, é descabida a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível, destacando ainda que a ausência de efeito suspensivo do recurso especial e extraordinário não autoriza, por si só, a chamada execução antecipada da pena. Veja-se, portanto, um desses julgados:

“Inconstitucionalidade da chamada execução antecipada da pena. Art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil. O artigo 637 do CPP estabelece que (o) recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu artigo 5º, inciso LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Daí a conclusão de que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepoem-se, temporal e materialmente, ao disposto no artigo 637 do CPP. **Disso resulta que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.** A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. **Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados — não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais (leia-se STJ e STF) serão inundados por recursos especiais e extraordinários, e subseqüentes agravos e embargos, além do que ‘ninguém mais será preso’. Eis o que poderia ser apontado como incitação à ‘jurisprudência defensiva’, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais.** São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade. É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Recurso ordinário em habeas corpus conhecido e provido, em parte, para assegurar ao recorrente a permanência em liberdade até o trânsito em julgado de sua condenação.” (RHC 89.550, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 27-3-07, DJ de 27-4-07). – (*grifo nosso*).

8 Neste sentido, Antônio Gomes Filho (1991, p. 37): “É justamente por isso que na leitura da expressão presunção de inocência há de ser considerado prioritariamente o seu valor ideológico; trata-se, como afirmou Pisani, de uma presunção política, na medida em que exprime uma orientação de fundo do legislador, qual seja a de garantia da posição de liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal”.

este, angustiante suplício psicológico, pois só conhecerá a decisão judicial definitiva - condenatória ou absolutória – no final do processo. Portanto, diante de uma possível condenação, o princípio da presunção de inocência passou a ser interpretado também como regra de tratamento do acusado, que, no desenrolar do processo, deverá ter todos os direitos e garantias fundamentais efetivamente respeitados.<sup>9</sup> Antônio Magalhães Filho (1991, p. 37) retrata bem esse entendimento:

Sem embargo dessas duas perspectivas (política e regra de tratamento) sobre o princípio da não-culpabilidade, advirta-se que a presunção de inocência não é, tecnicamente, uma presunção. Vale dizer: não representa uma operação mental – seja do legislador (presunção legal), seja do juiz (presunção *hominis*), que, através de um *fato* conhecido e provado, conclui a existência de outro *fato*.

Não se trata de presunção relativa, porquanto, imbuída de sentido político-criminal garantista, não revela a ideia de que o legislador constituinte, ao estabelecê-la, quis dar como pressuposta a correlação entre dois fatos – o ordinário e o presumível.

Também não é uma presunção legal absoluta, já que, além de admitir prova em contrário, não possui o condão de tornar irrelevante a existência de determinado fato para a caracterização de uma relação material de direito penal.<sup>10</sup>

---

9 “Com efeito, uma vez afirmada e reconhecida a inocência, não como presunção, mas como verdadeira realidade ou concretização jurídica, dessa realidade, entendida como posição do sujeito diante das normas da ordenação, resultarão também direitos subjetivos públicos, a serem exercidos em face do Estado, que haverá de justificar sempre, ou em lei ou/e motivadamente –quando judicial a decisão –quaisquer restrições àqueles direitos.” (PACELLI, 2004, p. 174) Neste sentido, STF: “O postulado constitucional da não-culpabilidade impede que o Estado trate, como se culpado fosse, aquele que ainda não sofreu condenação penal irreversível. **A prerrogativa jurídica da liberdade — que possui extração constitucional (CF, artigo 5º, LXI e LXV) — não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem.** Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irreversível, não se revela possível — por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, artigo 5º, LVII) — presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.” (HC 89.501, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-12-06, *DJ* de 16-3-07) – (*grifo nosso*)

10 <sup>90</sup>Veja-se a observação de Gustavo Henrique Badaró (2003, p. 298 e 299): “Se este critério de normalidade ou probabilidade fosse transportado para o processo penal deveria prevalecer o *in dubio contra reum* ao invés do *in dubio pro reo*. De modo geral, é mais provável que as pessoas sejam inocentes, pois certamente é menor o número de delinquentes na sociedade que a quantidade de pessoas honestas. Porém, pensando em casos em que já há um processo criminal instaurado, é mais provável que os acusados sejam culpados. Basta pensar na necessidade de justa causa para a instauração de ação penal, para se constatar que quando se instaura um processo contra alguém já há indícios suficientes de que aquela pessoa cometeu um delito, sendo portanto mais provável que ela seja culpada, e não que seja inocente. Aliás, embora não haja estatísticas confiáveis, pode-se afirmar, sem medo de errar, que a maioria dos processos penais condenatórios terminam com a condenação do acusado e não com a sua absolvição,

Então, qual seria a implicação probatória da presunção de inocência do imputado?

Eis a resposta: o princípio da presunção de inocência (*in dubio pro reo*) é uma regra especial de julgamento<sup>11</sup> que prevalece sobre a regra geral de distribuição do ônus da prova, pois dispensa o acusado de provar sua inocência, de modo que todo o fardo probatório deve recair sobre a acusação. E é aqui que o Ministério Público deve estar atento, para, na sua atuação persecutório em juízo, não querer transportar para a ação penal pública condenatória regras de distribuição da carga probatória previstas para o processo civil.

Com bastante propriedade, Gustavo Henrique Badaró (2003, p. 299) sustenta que:

Não há nenhuma razão lógica para se preferir o *in dubio pro reo* ao *in dubio pro societate*. Os critérios lógicos baseados na probabilidade, ou na normalidade da ocorrência dos fatos a serem provados, que se aplicam ao processo civil, cedem a um critério político no campo penal. **No processo penal, mais do que um simples expediente técnico, a regra de julgamento assume uma nítida conotação política. Não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente. Na ponderação**

---

mesmo vigorando o *in dubio pro reo*". Em sentido oposto, Malatesta (1996, p.124), para quem: "Eis a que fica reduzida a presunção indeterminada e inexacta de bondade, quando se queira determinar nos limites racionais. Não falamos, por isso, de presunções de bondades, mas de presunção de inocência, presunção negativa de ações e omissões criminosas, presunção sustentada pela grande e severa experiência da vida. O homem, no maior número dos casos, não comete ações criminosas; é, ordinariamente, inocente; portanto, a inocência se presume. A presunção de inocência não é, pois, senão uma especialização da grande presunção genérica que expusemos: o ordinário se presume. E como, para o princípio ontológico, presumindo-se o ordinário, é o extraordinário que se deve provar, segue-se que, aberto o debate judiciário penal, é à acusação que cabe a obrigação da prova".

11 Embora não seja, tecnicamente, uma presunção relativa, a esta se compara, quanto aos efeitos jurídicos, no processo penal. Veja-se, neste sentido, a explicação de José Carlos Barbosa Moreira (1977, p. 160 e 161) sobre a função processual das presunções relativas: **"Do exposto ressalta com meridiana clareza a função prática exercida pela presunção legal relativa: ela atua – e nisso se exaure o papel que desempenha - na distribuição do ônus da prova, dispensando deste o litigante a quem interessa a admissão do fato presumido como verdadeiro, e correlativamente atribuindo-lhe à outra parte, quanto ao fato contrário. O que há de importante a sublinhar aqui é que essa atribuição prescinde de qualquer referência à posição acaso ocupada no processo pela pessoa de que se trata. Em geral, como bem se sabe, o ônus da prova é distribuído precisamente em função dessa posição; quer dizer, o critério básico repousa na circunstância de ser autor ou réu, no processo, o sujeito considerado: de acordo com as regras tradicionais, se autor, caber-lhe-á provar o fato constitutivo do (suposto) direito; se réu, os fatos impeditivos, modificativos, extintivos. A presunção legal, porém, faz abstração dessa circunstância que, nas restantes hipóteses, é decisiva: a pessoa a quem a presunção desfavorece suporta o ônus de provar o contrário independentemente de sua posição processual, nada importando o fato de ser autor ou réu. Não parece inteiramente exato dizer, todavia, que a presunção legal (relativa) se resolve em inversão do *onus probandi*. Com efeito, o resultado da aplicação da regra especial (contida no dispositivo que estabelece a presunção) pode perfeitamente coincidir, em determinado caso, com o resultado que se obteria aplicando à espécie a regra geral de distribuição daquele ônus. Isto é: pode acontecer que o ônus houvesse mesmo de recair, em virtude de sua posição processual, sobre a pessoa a quem a presunção legal desaproveita. É claro que a importância da presunção legal avulta precipuamente nos casos de não-coincidência, pois nestes é que ela produz efeitos práticos apreciáveis; mas permanece válida a observação de que as presunções legais não constituem propriamente exceções à regra comum sobre distribuição do ônus da prova: as normas que as consagram são, isso sim, normas especiais, que prevalecem sobre a regra geral, sem precisamente contradizê-la *in concreto*."**(grifo nosso)

**dos interesses em conflito, o primeiro erro é menos grave que justifica, no campo penal, que a regra de julgamento seja *in dubio pro reo*.**<sup>12</sup> (*grifo nosso*)

Diante dessas reflexões, percebe-se o desafio a ser enfrentado pelo Ministério Público desde o início ao final de uma ação penal condenatória: sustentar, se este for o seu convencimento, sua pretensão acusatória em total respeito as implicações probatórias decorrentes da aplicação do princípio da não culpabilidade, sob pena de desnaturá-lo e fragmentá-lo, transformando-se em um órgão alheio às garantias processuais penais constitucionais.

### **3. Por um conceito de crime mais próximo das garantias processuais penais constitucionais**

Analisando-se alguns julgados brasileiros, constata-se que poucos tribunais, e excepcionalmente, têm aplicado corretamente, na hipótese de dúvida sobre ponto relevante para o deslinde do caso penal, a regra de julgamento *in dubio pro reo*. Muito disso se deve a uma errônea concepção do fenômeno sociopolítico, jurídico e econômico chamado de crime, o qual, inadvertidamente, é visto, no desenrolar da instrução criminal, como uma abstração.

Portanto, a dificuldade está em precisar um conceito de crime que, sem desconsiderar as particularidades do caso concreto, viabilize a integral efetivação das normas constitucionais processuais penais. Reconhece-se que há uma grande tensão entre as normas constitucionais e a realidade social brasileira, mas os direitos e garantias fundamentais devem ser sempre respeitados, pois, além de irrenunciáveis e imprescritíveis, são resultantes de um longo e contínuo processo de afirmação histórica.<sup>13</sup>

Já se disse que o “crime é um todo indivisível e o Estado somente poderá, processualmente, ver acolhida sua pretensão punitiva se provar que o réu praticou uma conduta típica, ilícita e culpável,<sup>14</sup> vale dizer, este todo

---

12 Observe-se que os três significados - político, regra de tratamento do acusado e regra de julgamento – do princípio de presunção de inocência não são, necessariamente, estanques, podendo se apresentar integrados em um só momento processual - o julgamento final.

13 Neste tópico, o objetivo será apenas mencionar o conceito de crime mais apropriado ao presente trabalho. Não há qualquer pretensão de, exaustivamente, tratar da teoria do delito bem como da teoria da pena, e tampouco explanar sobre as mais variadas justificações criminológicas e político-criminais do Direito Penal. Todavia, está-se ciente da importância da conjugação entre Criminologia, Política Criminal e Direito Penal.

14 “Embora o crime seja insuscetível de fragmentação, pois que é um todo unitário, para efeitos de estudo faz-se necessária a análise de cada uma de suas características ou elementos fundamentais, isto é, o fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade. Podemos dizer que cada um desses elementos, na ordem em que foram apresentados, é um antecedente lógico e necessário à apreciação do elemento seguinte.” (GRECO, 2003, p. 146) “Deve ficar bem claro que quando afirmamos que o conceito ou a explicação que damos do delito é estratificado, queremos dizer que se integra em vários estratos, níveis ou planos de análise, mas isto de nenhuma maneira significa que o estratificado seja o delito: o estratificado é o conceito que do delito obtemos por via da análise.”

indivisível.” (JARDIM, 2002, p. 214). Por isto, relacionar a aplicação do princípio *in dubio pro reo* (presunção de não culpabilidade) aos elementos/requisitos<sup>15</sup> do delito seria, quando menos, contraditório, já que permitiria concluir que é possível uma aplicação fragmentada do referido princípio. Na realidade, a divisão do crime em categorias jurídicas viabiliza um estudo metodológico do Direito Penal e Processual Penal.<sup>16</sup>

O estudo do fenômeno sociopolítico crime<sup>17</sup> pode levar em consideração diversos aspectos. O material, por exemplo, preconiza a dimensão da lesividade social provocada pelo delito. O formal revela a postura do Direito em relação ao evento delitivo, pois o ordenamento jurídico comina condutas proibitivas sob ameaça de pena. Já o critério operacional preconiza os elementos constitutivos do delito, indispensáveis ao processo analítico de determinação das condutas criminosas.

Os dois primeiros aspectos (formal e material) são, se exclusivamente examinados, insuficientes para a compreensão da estrutura do delito, porém o prisma operacional/analítico, sobre considerar os critérios formal e material, é “capaz de indicar os pressupostos de punibilidade das ações descritas na lei penal como crimes, de funcionar como critério de racionalidade da jurisprudência criminal e de contribuir para a segurança jurídica do cidadão no Estado Democrático de Direito.” (CIRINO, 2006, p.72)

---

(ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 386 )Retratando o conceito de delito, Luiz Regis Prado (2003, p. 74 e 75) explica: “O delito vem a ser uma construção fundamentalmente jurídico penal, em que pese poder ser objeto de exame de outras ciências (v.g., criminologia, política criminal, sociologia, medicina etc.). No plano conceitual, reveste-se de três aspectos principais: a) formal ou nominal – dá relevo à contradição entre o fato concreto e o preceito legal, sendo expressão do direito positivo vigente: delito é a infração à lei penal; b) material ou substancial – refere-se ao conteúdo do ilícito penal – sua danosidade ou lesividade social – e está adstrito aos valores constitucionais. Constitui a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico protegido; e c) analítico ou dogmático – o delito é decomposto em partes estruturadas axiologicamente em uma relação lógico-abstrata: é a ação ou a omissão típica, ilícita ou antijurídica e culpável. A ação ou omissão é típica quando se ajusta ou subsume ao modelo abstrato descrito no tipo legal. A ação ou omissão típica e ilícita se não está amparada por uma causa de justificação. E a ação ou omissão típica e ilícita é culpável quando reprovável ao autor. De conformidade com o exposto, esses elementos estão em uma seqüência lógica necessária, quer dizer, só uma ação ou omissão pode ser típica; só esta última pode ser ilícita e apenas quando ilícita tem a possibilidade de ser culpável”.

15 “O delito é um todo, não podendo ser dividido em partes, como se fosse uma fruta cindida em pedaços. O crime é um fato a que se agregam características. Pode-se falar, então, em requisitos ou características do delito, não em elementos.” (JESUS, 1999, p. 154). Entendemos infrutífera a distinção feita pela doutrina entre elementos e requisitos do crime.

16 Paulo Queiroz (2005, p.113) adverte que “o estudo e aplicação dos institutos jurídico-penais, é dizer, das várias categorias dogmáticas (tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade), hão de se fazer criticamente, com vista à justa composição da lide penal, à luz dos fundamentos, objetivos e princípios próprios do modelo constitucional de direito.”

17 Consoante as lições de Juarez Cirino dos Santos (2006, p. 49): “A criminologia tradicional produziu três modelos operacionais do conceito positivista de crime: a definição legal (positivismo jurídico), a definição naturalista (positivismo sociológico) e a definição ética (positivismo jurídico-sociológico). Essas definições, construídas nos limites internos da ideologia dominante, representam o conceito burguês de crime, que exclui o aspecto subordinado da contradição histórica, a classe trabalhadora e a ideologia que fundamenta um conceito socialista de crime. A burguesia e a classe trabalhadora são as forças históricas que definem os pólos dialéticos da controvérsia teórica sobre o conceito de crime, uma questão científica decidida nas lutas sociais pela hegemonia ideológica e política da formação sócio-econômica capitalista. A hegemonia do capital depende, especialmente, da definição legal do conceito de crime, que descreve ações contrárias à estrutura da relações sociais em que assenta seu poder de classe”.

Com efeito, percebe-se que há certo consenso doutrinário de que a teoria do delito, no estágio evolutivo em que se encontra, assenta suas bases conceituais em duas categorias básicas – o tipo de injusto e a culpabilidade-, sendo possível o desenvolvimento destas em perspectivas mais simples, porém específicas, da conduta criminosa, o que não prejudica a concepção analítica de crime. É que a definição de tipo de injusto contém as noções jurídicas de ação, tipicidade e antijuridicidade, ao passo que a culpabilidade normativa alberga os conceitos de capacidade penal, potencial consciência da ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa. Tantos uns quantos os outros são elementos/requisitos do conceito analítico de crime.

Com sua distinta percepção, Juarez Cirino dos Santos (2006, p. 72 e 73) informa que

existe evidente consenso sobre a natureza das categorias gerais do fato punível, bem como sobre as categorias mais simples resultantes de sua decomposição analítica, mas existe um ponto de discordância radical situado na área do tipo de injusto, responsável pela existência diferenciada dos sistemas bipartido e tripartido de fato punível: a relação entre os conceitos de tipo legal e antijuridicidade

Assim, é crucial, como colocou o brilhante professor acima mencionado, identificar o ponto de tensão doutrinário e principalmente jurisprudencial sobre a teoria do delito, qual seja: o conteúdo do tipo de injusto.<sup>18</sup> Portanto, o problema não está na decomposição conceitual proporcionada pelo estudo analítico do crime, mas sim nos (im)possíveis resultados decorrentes da interação entre tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Nesse contexto, surgem sistemas bipartido, tripartido, e até monista-funcional,<sup>19</sup> da teoria do delito.

No sistema bipartido, a tipicidade e a antijuridicidade fundem-se. Ou seja, o delineamento legal das condutas lesivas de bens jurídicos e os elementos que permitem um juízo de valoração destas condutas, unidos

---

18 Não se desprestigia aqui as discussões jurídicas sobre a culpabilidade, que são igualmente tormentosas.

19 Paulo Queiroz (2001, p. 112 e 113), abeberando-se nas idéias de Claus Roxin, propõe uma configuração monista-funcional da teoria do delito, para qual: “[...]o ato de tipificar uma conduta criminosa (isto é, a opção política criminalizar) já parte do pressuposto da exigibilidade da conduta conforme a norma, razão pela qual em todos os momentos de verificação do injusto penal impõe-se indagar sobre tal circunstância. **Logo, forçoso é reconhecer que as várias categorias dogmáticas carecem de autonomia, já que não passam de momentos ou níveis ou graus de aferição do caráter criminoso do fato.** E, se assim é, não será exagero dizer que a tipicidade (total), num sistema funcional, compreende: a) a realização dos elementos do tipo (positivos, negativos e normativos); b) a ausência de causas gerais de justificação; e c) a ausência de causas especiais de justificação. De modo que, se poderia, reformulando a teoria dos elementos negativos do tipo, acrescentar esse terceiro elemento (letra c), ou seja, o tipo total compreende, também, a ausência de causas especiais de justificação (= causas de exclusão de culpabilidade).” E, linhas depois (2001, p. 152), conclui: “Com recusar autonomia às várias categorias sistemáticas (tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade), chegamos, assim, a uma configuração monista-funcional da teoria do delito, sem pretender, porém, equipará-las ou confundí-las. Apesar disso, por motivos didáticos, utilizar-se-ão aqui, não raro, as expressões tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade no sentido tradicional)”(grifo nosso)

um ao outro, formam o tipo de injusto. Com efeito, a teoria dos elementos negativos,<sup>20</sup> cuja formulação inicial atribui-se a Adolf Merkel, representa bem esta ideia. Com esta teoria, o tipo penal se subdivide em uma parte positiva, que é a realização efetiva de seus elementos subjetivos, objetivos e normativos, mais uma parte negativa, correspondente à ausência de causas de justificação (legítima defesa, estado de necessidade etc), que realiza e confirma aquela primeira parte. Enfim, o tipo é a *ratio essendi* da antijuridicidade.

No sistema tripartido, continua a existir as categorias jurídicas de tipo de injusto e culpabilidade, que, como já foi frisado, são gerais, contudo as categorias específicas de tipicidade e antijuridicidade não são mais vistas naquela unidade consistente em um tipo de injusto. A primeira ganha independência em relação à segunda, havendo autonomia de ambas dentro da categoria geral do tipo de injusto. É que para este sistema, conforme explica Juarez Cirino (2006, p.75),

tipicidade e antijuridicidade não se esgotam na tarefa de constituir o tipo de injusto, mas realizam funções político-criminais independentes: o tipo legal descreve ações proibidas sob ameaça de pena e, portanto, realiza o princípio da legalidade; antijuridicidade define preceitos permissivos que excluem a contradição da ação típica com o ordenamento jurídico – mas a permissão concreta de realizar proibições abstratas do tipo legal não autoriza identificar ações atípicas com ações típicas justificadas, como ocorre no sistema bipartido: matar alguém em legítima defesa não parece o mesmo que matar um inseto. A validade do conceito de tipo de injusto, como unidade superior compreensiva do tipo legal e da antijuridicidade, não permite nivelar diferenças entre comportamentos justificados, que devem ser suportados, e comportamentos atípicos, que podem variar desde ações insignificantes até ações antijurídicas.

De fato, teve grande acolhida o sistema tripartido, e, de uma forma geral, é o que predomina na dogmática penal atual. Por este sistema, “só se pode fazer o juízo de antijuridicidade se já estiver perfeito o juízo de tipicidade; só se pode fazer o juízo de culpabilidade,<sup>21</sup> se já estiverem perfeitos o juízo de tipicidade e de antijuridicidade”. (BRANDÃO, 2003, p. 13). Esta concepção analítica, em verdade, é produto do desenvolvimento de três etapas sequenciais de estruturação da teoria do delito – a visão clássica, neoclássica e finalista de delito -, que, por conseguinte, demonstram a evolução dos conceitos de ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

20 Ainda em relação à teoria dos elementos negativos, Paulo Queiroz (2005, p. 141) sublinha que: “é só uma questão de redação estilística casual da lei o fato de uma circunstância ser prevista já no tipo como fundamentadora do injusto ou só na antijuridicidade como excludente do injusto. E assim é porque os conceitos de tipicidade e antijuridicidade estão, de fato, funcionalmente vinculados.” Exemplificando: só seria furto (artigo 155 do CP) subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel desde que não amparado por uma causa de justificação como o estado de necessidade etc.

21 Para Damásio de Jesus (1999, p. 454), “a culpabilidade não é requisito do crime, que apresenta duas facetas: fato típico e ilicitude. Ela funciona como condição da resposta penal”.

O conceito clássico de delito foi desenvolvido por Von Litz e Beling no início do século XIX, momento histórico influenciado pelo positivismo científico. Numa concepção puramente naturalística, entendia-se a ação desvinculada da vontade consciente do autor, sendo apenas um movimento corpóreo apto a modificar o mundo exterior. Assim, a tipicidade era considerada como a realização concreta dos aspectos objetivos do tipo penal. Excluía-se do tipo quaisquer elementos subjetivos (*culpa lato sensu*), que, aliás, pertenciam à culpabilidade, vista como a relação psicológica entre o autor e fato. A antijuridicidade, por sua vez, era um juízo valorativo extremamente formal. Logo, o delito dividia-se em uma parte objetiva (tipicidade e antijuridicidade) e outra subjetiva (culpabilidade).

Sem modificar a definição de crime enquanto ação típica, antijurídica e culpável, o conceito neoclássico de crime, ao absorver o modo de pensar neokantiano, direciona suas premissas para os fins (valores) almejados pelo Direito Penal. Com efeito, a ação passa a ser vista como um comportamento humano voluntário; a tipicidade incorpora elementos normativos e subjetivos; a antijuridicidade deixa seu formalismo para acolher um significado material, referente à danosidade social; e a “culpabilidade que também foi objeto de transformações nessa fase teleológica, recebendo de Frank a reprovabilidade, pela formação de vontade contrária ao dever, facilita a solução das questões que a teoria psicológica da culpabilidade não pode resolver.” (BITENCOURT, v. 1, 2006, p. 260)

Noutro passo, em sua teoria final da ação, Hans Welzel ressignificou algumas premissas até então elaboradas para a conceituação de crime. Para ele, a ação humana, diferentemente da opinião dos adeptos da teoria causalista da ação, não pode ser desprovida de finalidade, pois o homem é capaz de prever, ainda que limitadamente, as consequências de seu comportamento e, portando, escolher os possíveis fins, dirigindo sua vontade conforme a sua estruturação mental.

De fato, a teoria do delito, com o finalismo, evoluiu bastante. Transferiu-se o dolo e a culpa (sem a consciência da ilicitude) para o núcleo do tipo, possibilitando a distinção entre tipos dolosos e culposos, erro de tipo e erro de proibição. A culpabilidade tornou-se puramente normativa, havendo, por outro lado, uma “subjetivação da antijuridicidade, constituída pelo desvalor de ação, como injusto pessoal representado pelo dolo e outros elementos subjetivos, e pelo desvalor de resultado, como lesão do objeto da ação expressivo do dano social produzido.” (CIRINO, 2006, p. 77).

Apesar destas marcantes contribuições para a teoria do delito, segundo Mir Puig (*apud* QUEIROZ, 2005, p.139), “o finalismo adotou um

conceito próximo do ideado por Beling: o tipo como mero indício – *ratio cognoscendi* - da antijuridicidade, que não só pode desvirtuar-se pelo concurso de causas de justificação (nem toda ação típica é antijurídica), senão que tem um significado independente.” Assim, surgem novas teorias,<sup>22</sup> que, entendendo tal função indiciária insuficiente à realização dos propósitos do Direito Penal, conferem maior carga material<sup>23</sup> ao tipo, propondo, pois, uma correção da tipicidade legal.

Nesse sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2004, p. 434), tratando da tipicidade conglobante, sustentam que:

A antinormatividade não é comprovada somente com a adequação da conduta ao tipo legal, posto que requer uma investigação do alcance da

22 Em 1970, com a publicação da obra *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*, de Claus Roxin, inicia-se uma nova fase na dogmática jurídico-penal, na qual a teoria do delito passa a ser vista sob a ótica funcional ou teleológica-racional, em que se preconiza uma nova concepção da relação entre direito penal e política criminal. Claus Roxin (2002, p. 22 e 23) pondera que “fruto de um ponto de partida positivista, chegou-nos um sistema classificatório, na forma de uma pirâmide conceitual, de modo bastante análogo ao sistema de plantas de Lineu: a construção ergue-se da massa dos elementos do crime através de sucessivas abstrações, feitas estrato por estrato, até chegar ao conceito superior e genérico da ação. A causa pela qual um sistema fechado surgido de tal maneira, nos afasta da solução de nosso problema, eu já a tentei explicar: ele isola a dogmática, por um lado, das decisões valorativas político-criminais, e por outro da realidade social, ao invés de abrir-lhes os caminhos até elas”. Ademais, a teoria da imputação objetiva, originária dos estudos feitos por Larenz (1927) e Honing (1930), ganha intensa desenvoltura com o funcionalismo moderado de Claus Roxin e o funcionalismo radical de Gunther Jakobs. Paulo Queiroz (2005, p. 175) destaca que a teoria da imputação objetiva trata-se “**não só de um corretivo à relação causal, mas de uma exigência geral da realização típica**, a partir da adoção de critérios essencialmente normativos, de modo que sua verificação **constitui uma questão de tipicidade, e não de antijuridicidade, prévia e prejudicial à imputação do tipo subjetivo (dolo e culpa)**. Para essa teoria, o resultado de uma ação humana só pode ser objetivamente imputado a seu autor quando sua atuação tenha criado, em relação ao bem jurídico protegido, uma situação de risco (ou perigo) juridicamente proibido, e que tal risco se tenha materializado num resultado típico [...]” (*grifo nosso*)

23 O STF sinaliza timidamente neste sentido, veja-se, pois, um de seus precedentes jurisprudenciais: **EMENTA: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - MATERIALIZAÇÃO DESEMPREGADO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - “RES FURTIVA” NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOUTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL.** – O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduziíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: “DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR”. - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. (HC 84412 / SP (SÃO PAULO) - HABEAS CORPUS; Rel. Min. CELSO DE MELLO; Julgamento: 19/10/2004; Publicação: DJ DATA-19-11-2004 PP-00037 EMENT VOL-02173-02 PP-00229)

norma que está anteposta, e que deu origem ao tipo legal, e uma investigação sobre a afetação do bem jurídico. Esta investigação é uma etapa posterior do juízo de tipicidade que, uma vez comprovada a tipicidade legal, obriga a indagar sobre a antinormatividade, e apenas quando esta se comprova é que se pode concluir pela tipicidade penal da conduta.

E complementam (2004, p.522):

Daí que a tipicidade penal não se reduz à tipicidade legal (isto é, adequação à formulação legal), e sim que deva evidenciar uma verdadeira proibição à luz da consideração conglobada da norma. Isto significa que a tipicidade penal implica a **tipicidade legal corrigida pela tipicidade conglobante**, que pode reduzir o âmbito de proibição aparente, que surge da consideração isolada da tipicidade legal. (*grifo nosso*)

Luiz Flávio Gomes, defendendo uma teoria constitucionalista do delito, adere ao pensamento dos supracitados juristas, senão veja-se:

O conceito de tipicidade penal (sob o enfoque material e constitucional) que estamos defendendo (e que compreende a tipicidade formal ou objetiva + tipicidade material ou normativa + tipicidade subjetiva) aproxima-se muito do conceito de *tipicidade conglobante* de Zaffaroni, cujo enunciado mais elementar poderia ser descrito da seguinte maneira: o que está permitido ou fomentado ou determinado por uma norma não pode estar proibido por outra. O juízo de tipicidade deve ser concretizado de acordo com o sistema normativo considerado em sua globalidade. Se uma norma permite, fomenta ou determina uma conduta, o que está permitido, fomentado ou determinado por uma norma não pode estar proibido por outra.<sup>24</sup>

O certo é que, no Brasil, a teoria final da ação não passou despercebida, tendo reflexos consideráveis, principalmente após a reforma de 1984, na legislação penal vigente.<sup>25</sup> Um exemplo emblemático é o artigo 18, inc. I, do Código Penal, que assim preceitua: “diz-se crime doloso, quando o agente **quis** o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Disto conclui-se que o tipo, dentro da sistemática legal brasileira, *indica* que a conduta atribuída ao autor do fato é ilícita, permitindo-se em seguida a verificação da culpabilidade.

Diante deste quadro, interroga-se: ainda deve prevalecer, na dogmática penal pátria, uma teoria do delito que se fundamenta no tipo como *ratio cognoscendi* da ilicitude, principalmente diante da existência de elementos

---

24 Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7932>>. Acesso em 11 ago. 2007.

25 O Código Penal brasileiro não define crime. Já sua Lei de Introdução (artigo 1º do Decreto-Lei 3.914/41) o faz, considerando “crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.”

normativos do tipo (*v.g* expressões tais como “indevidamente”- artigo 162, “sem permissão legal”- artigo 292), que possibilitam o exercício de um juízo de valor já na tipicidade? Se afirmativa a resposta, tal teoria proporcionaria a efetivação dos princípios de justiça penal insculpidos na Constituição de 1988, notadamente o princípio da presunção de inocência do réu?

Crê-se veementemente que não. O conceito de ação dado pelo finalismo é de grande valia. Atualmente, é impensável, como queriam os causalistas, a ação enquanto simples movimento corpóreo, desconectada do atuar consciente do indivíduo. Noutra passo, entende-se que, devido à tendência doutrinária moderna de aproximação da antijuridicidade com a tipicidade, o tipo já não pode ser mais indício da antijuridicidade. Aliás, dentro da categoria geral do tipo de injusto, a relação entre tipo e antijuridicidade há de ser outra, mais *íntima*.

Portanto, em que pese as auspiciosas ideias de tipicidade conglobante, teoria constitucionalista do delito, imputação objetiva do resultado, teoria do fato punível,<sup>26</sup> aplicação do princípio da insignificância, filiamonos à reformulação do injusto penal proposta pelo eminente professor Juarez Tavares, porquanto permite a configuração de uma teoria do delito fundamentada radicalmente no direitos e garantias fundamentais do indivíduo. O referido mestre (2002, p. 165), após lançar as bases para reformulação do injusto, propõe que:

**[...] O injusto, entretanto, tem de ser analisado dialeticamente para que os direitos individuais não se vejam tolhidos por intervenções inoportunas.** A análise dialética significa que os compartimentos do injusto – o tipo e a antijuridicidade – não devem se situar como numa relação de causalidade, de antecedente para consequente, mas dependendo do caso concreto e da necessidade de proteção individual, possam ser apreciados separada ou conjuntamente.

**Essa análise dialética do injusto é imperativa por dois fundamentos.**

Primeiro porque a delimitação dos poderes de intervenção do Estado não pode ser feita apenas com base nos enunciados, ainda que precisos, das normas proibitivas, senão igualmente pelas normas permissivas. É que a função de delimitação que se atribui à norma não pode ser enfocada apenas no seu sentido

26 Segundo Juarez Cirino (2006, p. 79), retratando o modelo de fato punível: “o tipo de injusto compreende os seguintes elementos: a) ação como realidade psicossomática do conceito de crime; b) a tipicidade como ação humana adequada ao tipo legal, nas dimensões de (1) tipo objetivo, constituído de causação do resultado e de imputação do resultado, e de (2) tipo subjetivo, formado pelas categorias do dolo – e outros elementos subjetivos especiais – e da imprudência; c) a antijuridicidade, afirmada nas proibições e excluída nas permissões, como categoria dogmática compreensiva das justificações, estudadas nas dimensões correspondentes de situação justificantes e de ação justificada (subjetiva e objetiva). A culpabilidade como juízo de reprovação pela realização não justificada do tipo de injusto, compreende (1) a imputabilidade (excluída ou reduzida em hipóteses de erro de proibição) e (3) a exigibilidade de comportamento diverso (excluída ou reduzida em situações de exculpação legais e supralegais).”

formal, mas principalmente no sentido material, que dirá acerca da necessidade ou não da intervenção estatal.

**Só haverá ilicitude quando esgotados todos os recursos em favor da prevalência da liberdade. A operação que se deve fazer, assim, é exatamente no sentido inverso de que, normalmente, realiza a doutrina. Em vez de perquirir se existe uma causa que exclua a antijuridicidade, porque o tipo de injusto já a indicia, o que constituiria uma presunção *juris tantum* de ilicitude, deve-se partir de que só se autoriza a intervenção se não existir em favor do sujeito uma causa que autorize sua conduta. Neste caso, o tipo não constitui indício de antijuridicidade, mas apenas uma etapa metodológica de perquirição acerca de todos os requisitos para que a intervenção do Estado possa efetivar-se.**

O segundo fundamento decorre do princípio da presunção de inocência, hoje positivado no artigo 5º, LVII, da Constituição. Caso se presuma que toda ação, embora criminosa, não possa ser atribuída com esta qualificação a alguém, antes que se verifiquem todas as possibilidades de sua exclusão, isto implica uma alteração na estrutura e na interpretação tanto das normas processuais penais quanto das normas penais. Em virtude disso, não se pode considerar indiciado o injusto pelo simples fato da realização do tipo, antes que se esgote a favor do sujeito a análise das normas que possam autorizar sua conduta. Está claro que deve haver um método para se proceder a essa análise, o qual pode perfeitamente identificar-se com aquele proposto tradicionalmente pela doutrina, ou seja, examinando-se, numa primeira etapa, os elementos do tipo e depois os elementos da antijuridicidade. O juízo, neste caso, se faz em duas etapas, mas ele é único. Faz-se em duas etapas por uma questão metodológica e não política, como ocorria e sempre ocorreu, mas a dogmática o justificava como consequência lógica inevitável do sistema. Como o juízo é único, a interpretação da própria ação típica deve estar de acordo com a autorização da conduta, podendo-se, assim, antecipar a decisão acerca do injusto mediante a verificação, por exemplo, de que a conduta fora cometida em cumprimento a um dever legal. Não há razão lógica, inclusive ainda no caso de o tipo ser tomado como indício da antijuridicidade, para que não se antecipe o juízo de antijuridicidade nesse caso. **Parece que aqui se reproduz aquela mesma hipótese de atipicidade conglobante de que falava ZAFFARONI [...].**

[...] Esta antecipação do juízo de antijuridicidade não está, porém, circunscrita somente àquelas hipóteses de normas autorizadoras expressas, senão em todos os casos em que possa ser observada uma imediata contradição entre antinormatividade, representada pela prática da ação típica, e a incidência de uma situação compreendida dentro de um contexto, ou de um processo de permissão, o que excluiria da incidência penal inúmeros casos da vida diária. (*grifo nosso*)

Por fim, as categorias jurídicas - tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade - devem continuar sendo respeitadas, mas numa conceituação de delito que reflita a perspectiva acima desenhada. O propósito aqui não é iconoclasta: destruir, sem motivos plausíveis, séculos de construção da dogmática penal. Mas também não é saudosista, repugnando-se toda desnecessária valorização do passado.

#### **4. Dúvida sobre a tipicidade, excludentes de antijuridicidade<sup>27</sup> e de culpabilidade: qual é a carga probatória do Ministério Público?**

Tradicionalmente, o juízo de tipicidade é o processo intelectual no qual se constata que um fato ocorrido no campo da vida corresponde, ou não, à realização de todos os elementos – objetivos, subjetivos, descritivos e normativos – do tipo legal. Todavia, o fato típico adquire nova coloração ante a aproximação entre tipo e antijuridicidade, de modo que o tipo penal deve ser inevitavelmente compreendido a partir do princípio da presunção de inocência, para que assim desempenhe sua função de garantia.

Em outras palavras, já não se pode mais presumir da simples realização do tipo objetivo a existência de elementos subjetivos, sob pena de, numa interpretação às avessas do supracitado princípio constitucional, atribuir ao acusado o ônus de provar que não agiu dolosa ou culposamente. O dolo e a culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência e imperícia), embora situados no terreno das intenções humanas, podem ser provados, só que indiretamente, mediante a demonstração de circunstâncias que envolveram a prática delitiva. Neste particular, o magistrado deverá realizar uma operação mental lógico-indutiva, através da qual poderá concluir, com base nos fatos provados, se o imputado atuou com dolo ou culpa. Portanto, tais elementos subjetivos não decorrem de presunções legais, devendo ser demonstrados pela acusação.<sup>28</sup>

Noutro passo, a ideia prevalecente na doutrina<sup>29</sup> de que as excludentes de ilicitude e culpabilidade são fatos impeditivos do *jus puniendi* estatal, cabendo ao réu prová-las, é o efeito mais pernicioso que a compreensão do tipo enquanto indício da antijuridicidade produziu no processo penal.

---

27 Não é dada aqui relevância a distinção feita pela doutrina entre ilicitude e antijuridicidade.

28 Diferentemente não pensa Mittermaier (1996, p. 122), para quem: “Foi-se, porém, demasiado longe, quando através de muitos equívocos, chegou-se a estabelecer como princípio que a intenção criminosa (*dolus*) sempre se pressupõe, ou que, ao menos, há contra o acusado presunção de discernimento, e que, portanto, corre-lhe o dever de destruir. Confundiram-se geralmente duas idéias, que o não deviam ser, porque é, na maior parte dos casos, com auxílio de presunções e por via de induções que se verifica a intenção; acreditou-se na existência de uma presunção legal, o que é de nenhum modo exato”.

29 Por todos, Júlio Fabbrini Mirabete (2006, p. 258), para quem: “[...] ao acusado cabe a prova das causas excludentes da antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade [...]”

Este equívoco processual precisa ser reparado. O juízo de tipicidade e antijuridicidade não são necessariamente estanques. Aliás, diante da concepção de injusto aqui perfilhada, só haverá antijuridicidade quando verificado, em concreto, que não existem expedientes autorizadores da conduta do indivíduo, sejam estas causas legais ou supralegais de exclusão da antijuridicidade.

Neste sentido, a dúvida sobre a conduta típica conduz à absolvição do acusado. Realmente, o Estado, uma vez responsável pela persecução penal, não está isento de provar, cabalmente, que o réu realizou uma conduta descrita na lei penal. Isto, logicamente, para um juízo de tipicidade formal. Mas, o artigo 5, inc. LVII, da CF/88 reclama do Estado-acusação uma postura mais legítima do ponto de vista de intervenção do Direito Penal. Portanto, o órgão acusatório, ao formular sua inicial, deve imputar ao réu uma conduta que só permitirá a interferência estatal em sua esfera jurídica porque, não sendo localizadas causas que justifiquem seu comportamento, concluiu que há um lastro probatório mínimo de que ele (o imputado) praticou um ato lesivo a um bem jurídico protegido pela norma penal.

Como se vê, ao analisar o injusto penal a partir do princípio da presunção de inocência, tem-se que as dúvidas porventura existentes sobre as excludentes de antijuridicidade demandam dúvidas sobre a própria configuração do injusto penal, devido à aproximação entre juízo de tipicidade e de antijuridicidade, que, na verdade, é único, feito em duas etapas apenas por questões metodológicas, o que não compromete a estrutura sistemática do delito.<sup>30</sup> “Como o juízo é único, a interpretação da própria ação típica deve estar de acordo com a autorização da conduta, podendo-se, assim, antecipar a decisão acerca do injusto [...]” (TAVARES, 2002, p.166 e 167). Assim, pairando dúvida sobre as excludentes de antijuridicidade, o réu dever ser absolvido, nada se perquirindo acerca de sua culpabilidade, porque sequer a conformação do injusto penal restou demonstrada.

As excludentes de ilicitude estão previstas no artigo 25, incisos I, II, III, do Código Penal brasileiro (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito). Já as excludentes de culpabilidade<sup>31</sup> encontram-se dispersas no aludido Código: doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (artigo 26, caput, do CP), idade inferior a dezoito anos (artigo 27 do CP), embriaguez involuntária completa (artigo 28, § 1º, do CP), erro inescusável sobre a ilicitude do fato (artigo 21, *caput*, do CP), e coação moral irresistível

---

30 Este raciocínio é desenvolvido por Juarez Tavares, e, conforme frisado, é o adotado no presente trabalho.

31 A culpabilidade que vigora no sistema penal pátrio é a de jaez normativo, fundamentada, basicamente, na imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

ou obediência hierárquica (artigo 22 do CP).<sup>32</sup> Assim, ao listar as causas que excluem a culpabilidade e ilicitude, o legislador limitou-se a definir tanto a culpabilidade quanto a ilicitude em termos negativos, isto é, descreveu as situações em que elas não ocorrem. Logo, se for posta a questão sob outro ângulo, visualiza-se que a dúvida sobre tais excludentes é, em essência, a incerteza sobre a culpabilidade do autor e ilicitude do fato.

Conforme foi advertido, cristalizou-se o entendimento de que as causas de exclusão da culpabilidade e da ilicitude são fatos impeditivos do nascimento do direito estatal de punir e que, conseqüentemente, cabe ao réu prová-las. Pensar o contrário disto, diz essa corrente doutrinária, é compactuar com uma maliciosa inversão do ônus da prova, atribuindo ao Ministério Público ou querelante a prova de fatos negativos<sup>33</sup> (inocorrência das excludentes de ilicitude ou de culpabilidade), o que, na prática, é impossível.

Sucedede que esse posicionamento doutrinário deve ser superado. É que, além do substancial argumento de que a incerteza sobre a ocorrência de uma excludente de antijuridicidade prejudica a conformação do próprio injusto penal, existem outros dois de igual força que revelam a inconsistência dessa forma de pensar o ônus da prova, atribuindo-o por completo à acusação, quais sejam:

- a) só as negativas gerais não podem ser provadas;
- b) as excludentes de ilicitude e culpabilidade não são fatos impeditivos do direito de punir estatal.

O imputado ao alegar uma excludente de ilicitude ou culpabilidade não acrescenta ao *thema decidendum* fato novo, não exerce uma pretensão, apenas se opõe, através de **negativas indiretas qualificadas**, que são proposições incompatíveis com a *causa petendi* da exordial acusatória, à pretensão do Ministério Público. Dito de outro modo, a evocação duma excludente de ilicitude ou culpabilidade não se equipara, de maneira a gerar um ônus processual para o réu, às exceções substanciais<sup>34</sup> do processo civil.

Foi Chiovenda (1998, v. 1, p. 446) quem desmistificou esse debate sobre a prova das negativas no Direito Processual:

32 A inexigibilidade de conduta diversa pode fundamentar situações supralegais de exculpação. Segundo Juarez Cirino (2006, p. 334), “as situações de exculpação supralegais compreendem o fato de consciência, a provocação de legítima defesa, a desobediência civil e o conflito de deveres.”

33 Louvava-se a máxima romana *negativa non sunt probanda*.

34 Segundo o grande processualista Fredie Didier (2006, p. 417 e 418), “em sentido material, exceção relaciona-se com a pretensão (esta relação entre os institutos é fundamental para sua compreensão), sendo um direito de que o demandado se vale para opor-se à pretensão, para neutralizar-lhe a eficácia – é uma situação jurídica que a lei material considera como apta a impedir ou retardar a eficácia de determinada pretensão (situação jurídica ativa), espécie de contradireito em face do autor: é uma pretensão que se exerce como contraposição à outra pretensão.”

[...] Via de regra, toda afirmação é, ao mesmo tempo, uma negação, quando se atribui a uma coisa um predicado, negam-se todos os predicados contrários ou diversos dessa coisa. Em caso de predicados contrários, isso é evidentiíssimo: quem diz móvel, diz não móvel, quem diz escravo, diz não livre, quem diz maior, diz não menor. Em nenhum desses casos haveria como saber quem afirma e quem nega quem deve provar e quem não. Mas, ainda mesmo em caso de predicados somente diversos, incerto é o predicado que o negador implicitamente afirma, mas este estaria em condições de determiná-lo; portanto, não seria mais possível considerá-lo como negador de modo absoluto e, por isso, isento de prova. Assim, quem diz este tecido não é vermelho, não é de se considerar, só por isso, negador porque, na realidade ele afirma que o tecido é de outra cor, que ele poderia determinar; assim, quem diz: uma casa não está voltada para o Norte, diz, conjuntamente, que a casa tem outra posição.

Nessa disposição de ideias, infere-se que o réu, ao afirmar, no caso de legítima defesa, que usou moderadamente dos meios necessários para repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, causando, por exemplo, a morte de uma pessoa, está negando, de forma qualificada (detalhada), a narração contida na preambular acusatória que lhe imputou a prática de homicídio (artigo 121, *caput*, do CP). Se fosse alegada uma excludente de culpabilidade consistente na coação moral irresistível, o réu, de igual modo, estaria negando indiretamente a exigibilidade de conduta diversa: elemento da culpabilidade.

Note-se, também, que o Ministério Público, ao provar a inexistência de uma excludente de ilicitude ou culpabilidade, não está provando uma negativa geral, o que seria impossível,<sup>35</sup> mas apenas *ratifica*, através de seus meios de prova, os pressupostos fáticos e jurídicos do *jus puniendi* estatal, os quais, articulados na denúncia ou queixa-crime, são incompatíveis com a afirmação da ocorrência de causas de justificação ou exculpação, afastando, pois, a incidência destas.

Assim, do ponto de vista processual, a denúncia deve conter a narrativa de todas as circunstâncias do fato criminoso, das quais se inferem a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, que são os elementos/requisitos do crime. Não havendo uma exposição devidamente circunstanciada do fato criminoso, a denúncia deve ser rejeitada (artigo 41 c/c artigo 395, inc. I ambos do CPP).<sup>36</sup> Esta é a melhor exegese do artigo 41 do CPP, pois ressalta que o crime é um todo indivisível que não permite a aplicação fragmentária do *princípio da presunção de inocência*, ressaltando uma postura coerente

---

35 Ocorre negativa geral quando o réu diz, simplesmente, que não cometeu o crime. Esta seria um hipótese de prova diabólica.

36 Na prática, porém, muitas denúncias apenas descrevem o tipo legal, sem correlacioná-lo aos detalhes do fato concreto.

do Ministério Público, enquanto instituição titular da iniciativa da ação penal pública e garantidora de direitos e garantias fundamentais. Afinal, **“a ação processual penal é um direito potestativo de acusar, público, autônomo, abstrato, mas conexo instrumentalmente ao caso penal.”** (LOPES JR, 2007, v. 1, p. 346)

Nada obstante, salvo algumas exceções<sup>37</sup>, o que, com bons olhos, pode ser considerado um início de mudança de entendimento jurisprudencial, os tribunais pátrios ainda consideram as excludentes de tipicidade, ilicitude e culpabilidade como fatos cuja carga probatória é atribuída inflexivelmente ao réu. Aí estão alguns julgados:

**LEGÍTIMA DEFESA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PROVA INSUFICIENTE. JÚRI<sup>38</sup>. NOVO JULGAMENTO. INVERTIDO O ONUS PROBANDI, AO ARGUINTE CUMPRE MOSTRAR, À EVIDÊNCIA, A INEVITABILIDADE DE SUA REAÇÃO, MODERAÇÃO E JUSTEZA DE SUA CONDUTA. NÃO SE RECONHECE A EXCLUDENTE DE ILICITUDE, SENÃO QUANDO A PROVA**

37 Neste sentido, veja-se o seguinte julgado do STJ: “HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SISTEMA ACUSATÓRIO. INTELIGÊNCIA DO ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DECISÃO CONDENATÓRIA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE. DOCUMENTO APRESENTADO PELA DEFESA IGNORADO PELO ÓRGÃO JULGADOR. VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO PENAL E INFRINGÊNCIA AOS ARTIGOS 231 E 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.1. O órgão acusador tem a obrigação jurídica de provar o alegado e não o réu demonstrar sua inocência.2. **É característica inafastável do sistema processual penal acusatório o ônus da prova da acusação, sendo vedado, nessa linha de raciocínio, a inversão do ônus da prova, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.** 3. Carece de fundamentação idônea a decisão condenatória que impõe ao acusado a prova de sua inocência, bem como ignora documento apresentado pela Defesa a teor dos artigos 231 e 400 do Código de Processo Penal. 4. ORDEM CONCEDIDA para anular a decisão condenatória, para que outro julgamento seja proferido, apreciando-se, inclusive, a prova documental ignorada.” (*grifo nosso*)-(HC 27684/AM;Hábeas Corpus2003/0048823-0; Rel. Paulo Medina; T6 - Sexta Turma; 15/03/2007; DJ 09.04.2007 p. 267)

38 Na doutrina, prevalece o entendimento de que na decisão de pronúncia, no procedimento do júri, se aplica o *in dubio pro societate*. Este posicionamento precisa ser revisto, já que no fim do *judicio accusationis* ainda não houve o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A decisão de pronúncia é interlocutória mista, isto é, julga admissível a acusação para submeter a apreciação do caso ao Tribunal do Júri. Assim, na decisão de pronúncia deve ser aplicado também o *in dubio pro reo*, de maneira que, havendo dúvida sobre os indícios da autoria delitiva e a existência do crime, o acusado jamais poderá ser pronunciado. Ademais, o *in dubio pro societate* tem tido, na prática, interpretações distorcidas. Neste sentido, veja-se um dos julgados do STF: “EMENTA: I. Habeas-corpus: cabimento: direito probatório.1. Não é questão de prova, mas de direito probatório - que comporta deslinde em habeas-corpus -, a de saber se é admissível a pronúncia fundada em dúvida declarada com relação à existência material do crime. II. Pronúncia: inadmissibilidade: invocação descabida do *in dubio pro societate* na dúvida quanto à existência do crime. **O aforismo in dubio pro societate que - malgrado as críticas precedentes à sua consistência lógica, tem sido reputada adequada a exprimir a inexigibilidade de certeza da autoria do crime, para fundar a pronúncia -, jamais vigorou no tocante à existência do próprio crime, em relação a qual se reclama esteja o juiz convencido.**3. O convencimento do juiz, exigido na lei, não é obviamente a convicção íntima do jurado, que os princípios repeliriam, mas convencimento fundado na prova: donde, a exigência - que aí cobre tanto a da existência do crime, quanto da ocorrência de indícios de autoria, de que o juiz decline, na decisão, “os motivos do seu convencimento”.4. **Caso em que, à frustração da prova pericial - que concluiu pela impossibilidade de determinar a causa da morte investigada -, somou-se a contradição invencível entre a versão do acusado e a da irmã da vítima: conseqüente e confessada dúvida do juiz acerca da existência de homicídio, que, não obstante, pronunciou o réu sob o pálio da invocação do *in dubio pro societate*, descabido no ponto. Habeas-corpus deferido por falta de justa causa para a pronúncia.** (*grifo nosso*) - (HC 646; Min. Sepúlveda Pertence; J:04/06/2002; T01; DJ 09-08-2002).

PRODUZIDA REFLETE ENCADEAMENTO LÓGICO, CONSTRUÍDA SOBRE *PILOTIS* DE COERÊNCIA E CONTUNDÊNCIA, QUE INDUZAM À NECESSIDADE DA CONDUTA PERMISSIVA. RECURSO PROVIDO (Bahia, 10/10/2005).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. DESCAMINHO. ÔNUS DA PROVA DA INOCÊNCIA DOS AGENTES. I- COMPROVADO O CRIME E SUA AUTORIA, COM A CONCORRÊNCIA DE TODOS OS SEUS ELEMENTOS INTEGRANTES, **CABE AOS ACUSADOS DEMONSTRAR SUA INOCÊNCIA, CONFORME DISPÕE O ART. 156 DO CPP II- APELAÇÕES IMPROVIDAS** (BRASIL, 10/10/2005).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. DOSIMETRIA E FIXAÇÃO DA PENA BASE.<sup>39</sup> ÔNUS DA PROVA DE DEFESA.

I - A pena base para réu primário deve ser fixada apenas na quantidade suficiente para reprovação e prevenção do crime. II - **Estando comprovada a realização do fato, compete ao réu provar a causa excludente da tipicidade, da antijuridicidade ou da culpabilidade, conforme inteligência do art. 156 do CPP.** III - Apelação provida, parcialmente, para fixar a pena em 2 anos de reclusão, com o reconhecimento, de ofício, da prescrição, pela pena concretizada (BRASIL, 10/10/2005).

CRIMINAL. RESP. OMISSÃO NO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DOLO GENÉRICO. ANIMUS REM SIBI HABENDI. COMPROVAÇÃO DESNECESSÁRIA. ONUS PROBANDI. FACULDADE DA PARTE PROVAR. DIFICULDADES FINANCEIRAS DA EMPRESA. EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE POR INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. ÔNUS DA DEFESA. PROVA NÃO PRODUZIDA. ABSOLVIÇÃO DOS ACUSADOS. CRISE FINANCEIRA DA EMPRESA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I. A conduta descrita no tipo penal do art. 95, d, da Lei 8.212/95 é centrada no verbo deixar de recolher, sendo desnecessária, para a configuração do delito, a comprovação do fim específico de apropriar-se dos valores destinados à Previdência Social. Precedentes. II. **Cabe à defesa e não à acusação a prova dessa circunstância, na medida em que o onus probandi é a faculdade da parte demonstrar a ocorrência de fato alegado em seu favor.**

III. **Não tendo sido comprovada a insolvência da empresa, não pode o Tribunal a quo absolver os acusados com base em meros indícios de que a mesma foi atingida por dificuldades financeiras, como ocorrido in casu.**

IV. Infere-se que os acusados foram absolvidos tão-somente em

---

<sup>39</sup> Compartilhamos do entendimento de Gustavo Henrique Badaró (2003, p. 334), para quem: “*O in dubio pro reo* deve ser aplicado na dosimetria da pena, não só com relação aos dados que possam levar à majoração da reprimenda, como também em relação àqueles que impliquem redução da sanção penal.” Afinal, na aplicação da pena ainda não houve o trânsito em julgado, salvo na hipótese elencada no artigo 621, inc. III, do CPP, que por se tratar de uma ação penal não condenatória (revisão criminal), o ônus da prova será do imputado caso queira diminuir sua pena devido à descoberta de novas provas que, após a sentença, autorizam a aplicação de uma causa especial de diminuição.

virtude do entendimento adotado pelo Tribunal a quo de que haveria a necessidade de comprovação do dolo específico de fraudar a Previdência Social, em desacordo com a jurisprudência dominante nesta Corte.

V. Recurso conhecido e provido, nos termos do voto do relator.

(STJ. Min. Gilson Dipp; T5; Resp 612367 / RJ; recurso especial 2003/0188549-9; DJ. 14.06.2004 p. 276).

APELAÇÃO-CRIME. RECEPÇÃO. APREENSÃO DOS OBJETOS NA POSSE DO RÉU. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. PALAVRA DAS VÍTIMAS E DOS POLICIAIS UNÍSSONAS. SENTENÇA MANTIDA. Materialidade e autoria devidamente comprovadas. Conjunto probatório firme para manutenção de um decreto condenatório. **Por ser encontrados muitos objetos produtos de crimes (anteriores) em poder do apelante se inverte o ônus da prova, cabendo a ele comprovar algo que o inocente da acusação imposta.** O réu não confesso quanto à prática do delito, apenas admite possuir objetos, mas, até refere não saber da origem ilícita deles, impossibilitando o reconhecimento da atenuante. Todas as vítimas foram uníssonas e coerentes em seus depoimentos, igualmente os dos policiais. Apelo defensivo improvido. (Apelação Crime Nº 70017251778, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alfredo Foerster, Julgado em 17/05/2007)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PONTOS NÃO ATACADOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 182 DO STJ. JULGAMENTO MONOCRÁTICO.

POSSIBILIDADE. ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CUMPRE AO RÉU O ÔNUS DE COMPROVAR O ÁLIBI LEVANTADO PELA DEFESA. ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXAME QUANTO À RECEPÇÃO DE DISPOSITIVOS LEGAIS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DO STF. CRIME DE MOEDA FALSA.

ART. 289 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada (Súmula 182/STJ).

2. Não ofende o princípio da colegialidade a decisão singular do relator proferida de acordo com o art. 557 do CPC.

**3. Não desrespeita a regra da distribuição do ônus da prova a sentença que afasta tese defensiva de negativa de autoria por não ter a defesa comprovado o álibi levantado.**

4. A verificação acerca da recepção de dispositivos legais pelo texto constitucional é matéria que foge à competência atribuída pela Carta Magna ao Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial.

5. A redação do art. 289 do Código Penal respeita o princípio da proporcionalidade ao apenar mais severamente aquele que promove a circulação de moeda falsa para obter vantagem financeira indevida, e aplicar pena mais branda ao agente que, após receber uma cédula falsa de boa-fé, repassa-a para não sofrer prejuízo (HC 207373/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 1/2/2013).

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1367491/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 02/05/2013)

Todavia, mesmo com a orientação fixada nos sobreditos precedentes jurisprudenciais, o autor filia-se ao posicionamento doutrinário de que cabe à acusação provar a existência do crime enquanto um todo indivisível<sup>40</sup> (típico, antijurídico, culpável e punível). E, se por acaso, devido à insuficiência probatória constante dos autos, houver dúvida irremovível sobre a ocorrência de qualquer causa de justificação ou exculpação, a leitura que deve ser feita é a de que o Estado-acusação não se desincumbiu do seu *onus probandi*, aplicando-se imediatamente o *in dubio pro reo* (artigo 5º, inc. LVII, CF/88), com o qual o imputado fará jus a um pronunciamento absolutório (artigo 386, incisos VI e VII, do CPP). Têm sido nesse sentido as últimas decisões do Supremo Tribunal Federal, tornando positivas as expectativas jurisprudenciais sobre o tema, já que esse Tribunal é, por excelência, o guardião da Constituição Federal<sup>41</sup>.

---

40 Por todos, Antônio Gomes Filho (1991, p. 39), para quem: “[...] Não existindo no processo penal uma repartição formal do ônus da prova, é ao Ministério Público que cabe o ônus substancial da prova, no sentido de que deve provar a presença de todos os elementos de fato sobre os quais se funda a pretensão punitiva e também a inexistência de qualquer elemento que obsta o surgimento dessa mesma pretensão. Resulta que no processo penal a dúvida acerca da existência de qualquer fato deve sempre favorecer o acusado, até porque, como ressaltou Saraceno, as circunstâncias impeditivas não são senão o inverso das constitutivas, e uma dúvida sobre aquelas constitui também uma dúvida a respeito destas últimas”. Em sentido diverso, Adalberto Camargo Aranha (1983, p. 12): “à acusação cabe o ônus de provar a existência de um fato penalmente ilícito, a sua realização pelo denunciado e a culpa (*stricto sensu*); à defesa compete demonstrar a inexistência de dolo, causas extintivas da punibilidade, causas excludentes da antijuridicidade e eventuais excludoras da culpabilidade”.

41 O STF, recentemente, julgou no seguinte sentido: “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 interpretativo, pontuo que, no caso dos autos, as instâncias precedentes recusaram o pedido defensivo de incidência da minorante do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 sob o fundamento de inexistir prova da primariedade do acusado. Incurrendo, assim, numa indistigável 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,

## Por fim, veja-se a incongruência de uma das recentes reformas processuais penais. O legislador, com a edição da Lei n. 11.690/2008, passou

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 artigo 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, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 03/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-186 DIVULG 20-09-2012 PUBLIC 21-09-2012); EMENTA: HABEAS CORPUS - PROVA CRIMINAL - MENORIDADE - RECONHECIMENTO - CORRUPÇÃO DE MENORES (LEI Nº 2.252/54) - INEXISTÊNCIA DE PROVA ESPECÍFICA - IMPOSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO TÍPICA DA CONDUTA IMPUTADA AO RÉU- CONDENAÇÃO POR OUTROS ILÍCITOS PENAIIS - EXACERBAÇÃO DA PENA - DECISÃO PLENAMENTE MOTIVADA - LEGITIMIDADE DO TRATAMENTO PENAL MAIS RIGOROSO - PEDIDO DEFERIDO EM PARTE. MENORIDADE - COMPROVAÇÃO - CERTIDÃO DE NASCIMENTO - AUSÊNCIA - DESCARACTERIZAÇÃO TÍPICA DO CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES. O reconhecimento da minoridade, para efeitos penais, supõe demonstração mediante prova documental específica e idônea (certidão de nascimento). A idade - qualificando-se como situação inerente ao estado civil das pessoas - expõe-se, para efeito de sua comprovação, em juízo penal, às restrições probatórias estabelecidas na lei civil (CPP, artigo 155). - Se o Ministério Público oferece denúncia contra qualquer réu por crime de corrupção de menores, cumpre-lhe demonstrar, de modo consistente - e além de qualquer dúvida razoável -, a ocorrência do fato constitutivo do pedido, comprovando documentalmente, mediante certidão de nascimento, a condição etária (menor de dezoito (18) anos) da vítima do delito tipificado no artigo 1º da Lei nº 2.252/54. O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS. - A submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade conflitante que se estabelece entre a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do jus libertatis titularizado pelo réu. A perseguição penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos, que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido - e assim deve ser visto - como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu. O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da perseguição penal. Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu - que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória -, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público (grifo nosso). A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula nulla poena sine iudicio exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual. O PODER DE ACUSAR SUPÕE O DEVER ESTATAL DE PROVAR LICITAMENTE A IMPUTAÇÃO PENAL. - A exigência de comprovação plena dos elementos que dão suporte à acusação penal recai por inteiro, e com exclusividade, sobre o Ministério Público. (grifo nosso). Essa imposição do ônus processual concernente à demonstração da ocorrência do ilícito penal reflete, na realidade, e dentro de nosso sistema positivo, uma expressiva garantia jurídica que tutela e protege o próprio estado de liberdade que se reconhece às pessoas em geral. Somente a prova penal produzida em juízo pelo órgão da acusação penal, sob a égide da garantia constitucional do contraditório, pode revestir-se de eficácia jurídica bastante para legitimar a prolação de um decreto condenatório. Os subsídios ministrados pelas investigações policiais, que são sempre unilaterais e inquisitivas - embora suficientes ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público -, não bastam, enquanto isoladamente considerados, para justificar a prolação, pelo Poder Judiciário, de um ato de condenação penal. É nula a condenação penal decretada com apoio em prova não produzida em juízo e com inobservância da garantia constitucional do contraditório. Precedentes. - Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-Lei nº 88, de 20/12/37, artigo 20, n. 5). Não se justifica, sem base probatória idônea, a formulação possível de qualquer juízo condenatório, que deve sempre assentar-se - para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica - em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambiguidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que poderiam conduzir qualquer magistrado ou Tribunal a pronunciar o non liquet (grifo nosso). VALIDADE DA EXACERBAÇÃO PENAL, QUANDO ADEQUADAMENTE MOTIVADA PELO PODER JUDICIÁRIO. - Não se revela possível a redução da pena imposta, quando a exacerbação penal, além de adequadamente motivada, apoia-se em fundamentação provida de conteúdo lógico-jurídico e em dados concretos justificadores da majoração efetivada. Refoge ao âmbito estreito do habeas corpus o exame dos critérios de índole pessoal, que, subjacentes à formulação do juízo de valor atribuído pelo ordenamento legal ao magistrado sentenciante, permitiram-lhe, sem qualquer ilegalidade ou abuso de poder, exacerbar o quantum penal imposto ao réu condenado (BRASIL, 10/10/2005 - HC7338).

a determinar que o juiz, havendo **fundada dúvida** sobre a existência de causa excludente da ilicitude ou da culpabilidade, deve absolver o réu (artigo 386, inciso VI, segunda parte, do CPP), porém, em contrapartida, manteve no Código de Processo Penal o obsoleto artigo 156, segundo o qual o magistrado poderá determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir **dúvida sobre ponto relevante**. Note-se que as excludentes de ilicitude e culpabilidade são pontos relevantes para o deslinde da demanda. Eis, então, o absurdo: havendo fundada dúvida sobre elas, as excludentes, cabe ao juiz absolver o réu (artigo 386, inciso VI, do CPP) ou se valer de sua iniciativa probatória? A resposta está no inciso LVII do artigo 5º da CF/88: diante do princípio da presunção de inocência, absolve-se o réu.

Quanto ao *álibi*, assim como as excludentes de ilicitude e culpabilidade, enquadra-se no grupo das negativas indiretas, que, no caso da ação penal condenatória, são proposições incompatíveis, na proporção do que foi alegado pelo réu, com a narrativa fática da peça acusatória. Esclareça-se com um exemplo: se alguém está sendo acusado de ter roubado um carro no dia 22 de setembro de 2003, às 14:00h, na rua X, no bairro Y, na cidade L, e, em sua defesa, alega que naquele horário, dia e ano, estava na cidade Z, isto significa que negou a autoria do delito que lhe foi imputado, só que mediante uma assertiva particularizada.

Assim, utilizando-se do raciocínio desenvolvido para as excludentes de ilicitude e culpabilidade, conclui-se que o *álibi* não é uma exceção substancial. Por outro lado, sendo uma negativa indireta, a dúvida sobre sua ocorrência é, inversamente, a hesitação sobre a autoria delitiva, o que, no campo probatório, significa que o Ministério Público não se desincumbiu do *onus probandi*. Numa palavra: neste caso, o réu deve ser absolvido, já que, garantido seu estado processual de inocência, não possui o ônus de provar o *álibi*.<sup>42</sup>

---

42 “Quando o réu apresenta um *álibi*, 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 *álibi*, o réu não assume o ônus de provar o fato positivo que negue a acusação, permanecendo o autor com o ônus de provar aquilo que originalmente afirmou” (JARDIM, 2002, p. 219). Juarez Cirino (2006, p. 659) destaca que o princípio “*in dubio pro reo* contém desdobramentos importantes no Estado Democrático de Direito, assim definidos: a) primeiro, o acusado não precisa provar o *álibi* apresentado – ou seja, que não estava no lugar do crime, ou que não participou do fato imputado; ao contrário, a acusação deve provar que o acusado realizou ou participou do fato imputado, com a dúvida determinando absolvição; [...]” Destaque-se que a jurisprudência diverge deste posicionamento: “EMENTA: RECEPÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA. PROVA TESTEMUNHAL E PERICIAL. **ÁLBI**. **Ônus da prova pelo acusado (grifo nosso)**. PRESCRIÇÃO. Comprovadas a materialidade e autoria, através de laudo pericial e depoimentos de testemunhas, a condenação se impõe. Se o réu sustenta *álibi*, cabe-lhe comprová-lo, pena de sua versão restar desacreditada. A demora no andamento do feito gerou, todavia, a prescrição, que vai declarada, extinguindo-se a punibilidade do agente. Apelo provido e declarada extinta a punibilidade do agente, pela prescrição” (Rio Grande do Sul, 10/10/2005).

Quanto à punibilidade, advirta-se que, entre as causas aptas a extingui-la, exemplificadas no artigo 107 do Código Penal<sup>43</sup>, algumas só podem ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (perdão do ofendido; perempção), outras podem ocorrer (anistia; prescrição) ou apenas ocorrem após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (graça e indulto). Logo, a estas, interpretando-se o artigo 107 do CP a partir do inciso LVII do artigo 5º da Lei Fundamental, não será aplicado o princípio *in dubio pro reo*, já que se operam após o trânsito em julgado do decreto condenatório. Contudo, havendo dúvida em relação às outras, inclusive a prescrição da pretensão punitiva,<sup>44</sup> incidirá o *in dubio pro reo*, pois são suscetíveis de ocorrerem durante a ação penal condenatória, ou seja, antes do advento da coisa julgada material.

Posta a questão nestes termos, firma-se, por fim, que a aplicação ou não do princípio *in dubio pro reo* às causas extintivas de punibilidade cinge-se à análise do momento processual em que estas ocorrerem - se antes ou após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória -, abstraindo-se aqui o embate doutrinário para considerar a punibilidade como elemento da definição analítica de crime ou apenas consequência jurídica deste<sup>45</sup>. Aliás, qualquer discussão sobre a punibilidade significa, ainda que pelo viés de sua extinção, debater sobre a necessidade de intervenção estatal no *status* liberdade do indivíduo, e, sendo assim, o princípio da presunção de inocência não pode ser desconsiderado.

## 5. Conclusões

- I. A assertiva de que cabe à acusação o ônus da prova na ação penal pública condenatória significa que o Ministério Público, levando-se em conta aqui a concepção de injusto penal culpável do professor Juarez Tavares (maior proximidade entre o juízo de tipicidade e antijuridicidade), tem que provar a autoria delitiva e todos os elementos constitutivos do crime (tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade), para que, ao final, haja um provimento jurisdicional condenatório, removendo do processo todas as dúvidas possíveis sobre essas categorias. Desta forma, a interpretação do artigo 156, inciso II, conjugada com o artigo 41 e o inc. VI do artigo 386, todos

43 Existem outras causas de extinção da punibilidade previstas na legislação extravagante.

44 “[...] 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” (KARAM, 2001, p. 68).

45 Destaque-se que o professor Aury Lopes Jr. (2007, v. 1, p. 354) considera a punibilidade concreta como uma condição da ação.

do CPP, harmoniza-se com a regra de julgamento da ação penal condenatória: o *in dubio pro reo*.

- II. Havendo dúvida sobre a (in)existência de excludentes de ilicitude e/ou de culpabilidade ou sobre o álibi alegado pelo réu, este, em face da presunção constitucional de sua inocência, deverá ser absolvido. Ademais, esse princípio se estende, desde que não tenha ocorrido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, aos casos de dúvida sobre as causa de extinção de punibilidade.
- III. O réu, ao alegar as excludentes de ilicitude e culpabilidade ou negar a autoria do delito (álibi), não o faz mediante exceções substanciais, já que, a bem da verdade, apenas se opõe, através de proposições afirmativas detalhadas (negativas indiretas), à pretensão acusatória. Por esta razão, não devem ser transportadas as regras de distribuição do ônus da prova no processo civil (artigo 333, inc. I e II, do CPC) para o processo penal, mesmo porque neste não existe, de fato, uma repartição do *onus probandi*.
- IV. É impertinente a afirmação de que não é possível à acusação, por se tratar de fato negativo, provar a inexistência das excludentes de ilicitude e de culpabilidade. Só as negativas gerais não podem ser provadas (prova diabólica). Já as negativas qualificadas ou motivadas (indiretas) podem ser refutadas com a prova de proposições que lhes sejam incompatíveis. Numa palavra: basta à acusação *ratificar*, através de seus meios de prova, a *causa petendi* da exordial acusatória (narração de uma conduta típica, antijurídica e culpável e punível).
- V. O sistema processual penal acusatório, calcado no princípio da presunção de inocência do réu, é o mais adequado ao Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*, da CF/88), em que as garantias e os direitos individuais do acusado devem ser necessariamente respeitados.
- VI. O princípio da presunção de inocência ou não-culpabilidade deve ser visto para além de seu conteúdo probatório, destacando-se também o seu significado político: proteção da liberdade do indivíduo contra os desmandos provenientes do exercício do *jus puniendi* estatal.
- VII. O Ministério Público tem, no formato de processo penal atual, o desafio de conciliar sua atividade persecutória em juízo com o

princípio da presunção de inocência, deve evitar o desnaturamento do *in dubio pro reo*, sendo que, no presente artigo, sugerimos algumas diretrizes para que esse desafio seja superado com respeito ao conteúdo normativo e principiológico da Constituição de 1988.

## Referências bibliográficas

AFONSO DA SILVA, José. *Comentário Contextual à Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; LEVENE HIJO, Ricardo. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, 1950. v. 3.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *O ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.

BAHIA. Tribunal de Justiça da Bahia. *Inversão do ônus da prova. Prova insuficiente*. Júri. Novo julgamento. CRIM. 15847-1-00.2 CCRIM., Rel. Des. Alexandre Sampaio, J. 260401, PROV./UM. –AC. 14291. Disponível em: <[www.tj.ba.gov.br](http://www.tj.ba.gov.br)> . Acesso em: 10.10.2005.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Vicente Sabino Júnior. São Paulo: HI, 2002.

BEDAQUE, José Roberto do Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: RT, 1995.

BINDER M., Alberto. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. v. 1. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Ação Penal: denúncia, queixa e aditamento*. 3.ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Distinção entre ônus de afirmar e ônus de provar*. Agravo no recurso especial a que se nega provimento. (Ag. Reg. No REsp. 235. 154, Rel. Min. Nancy Andriighi. Disponível em: <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)> . Acesso em 10.05.2005.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça - Tribunal Federal de Recursos. *Ônus da prova da inocência dos agentes*. Acórdão RIP. 05665809. Apelação criminal n. 0006484. Decisão (Julgamento): 17/05/1988, Ministro Carlos Thibau DJ 23/06/1988. Disponível em: <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 10.10.2005.

\_\_\_\_\_. Tribunal Federal de Recursos. *Penal. Processual. Penal. Dosimetria e fixação da pena base. Ônus da prova de defesa*. Acórdão RIP: 05662133. Decisão (Julgamento): Apelação criminal n. 0006469. Turma 01 – DJ 24/10/1988. Ministro Carlos Thibau. Disponível em: <<http://stj.gov.br>>. Acesso em: 10.10.2005.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Falsidade ideológica. Denúncia julgada improcedente*. Ap n. 59/TO – Ação penal n. 1993/0014803-6. Ministro Nilson Naves (361) e Ministro Eduardo Ribeiro (1015) – Órgão julgador” CE – Corte Especial – Julgamento 23/06/1994 – DJ 10/10/1994. Disponível em: <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 10/10/2005.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Reconhecimento – *Corrupção de menores (Lei n. 2.252/54). Inexistência de prova específica – Impossibilidade de configuração típica da conduta imputada ao réu – Condenação por outros ilícitos penais – Exacerbação da pena – Decisão plenamente motivada – Legitimidade do tratamento penal mais rigoroso – Pedido deferido em parte. Menoridade – Comprovação – Certidão de nascimento – Ausência – Descaracterização típica do crime de corrupção de menores*. Supremo Tribunal Federal HC 73338/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello – Julgamento 13/08/1996. Órgão julgador: Primeira turma. Publicação DJ 19/12/1996. Disponível em: <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 10/10/2005.

BREDA, Antonio Acir. Reparos à terminologia do projeto de Código de Processo Penal. Revista do Ministério Público do Paraná.

\_\_\_\_\_. Sugestões ao novo Código de Processo Penal. Revista do Ministério Público do Paraná. 2002.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Trad. Eduardo Brandão. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 8.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, v. 1.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. *A Criminologia Radical*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. 3.ed. Curitiba: Juruá, 1998.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1951.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Direito processual civil*. 4.ed. Salvador: Jus Podivm, 2004, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2006.

\_\_\_\_\_. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação: o juízo de admissibilidade do processo*.

- FENECH, Miguel. *Derecho procesal penal*. 2.ed. Barcelona: Editorial Labor, 1952, v.1.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3.ed. São Paulo: RT, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *O minidicionário da língua portuguesa*. 4.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002.
- FLORIAN, Eugenio. *Elementos de Derecho procesal penal*. Trad. L. Prieto Castro. Barcelona: Bosch - Casa Editorial, 1970.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GOMES, Luiz Flávio. Requisitos da tipicidade penal consoante a teoria constitucionalista do delito . Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 950, 8 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7932>>. Acesso em 11 ago. 2007.
- KARAM, Maria Lúcia. Sobre o ônus da prova na ação penal condenatória. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 35/55-73, São Paulo: jul.-set. 2001.
- KARAN, Munir. Ônus da Prova. *Enciclopédia saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, vol. 56.
- LEITE, Luciano Marques. O conceito de lide no processo penal – Um tema de teoria geral do processo. *Justitia*, 70/181-195, São Paulo: jul. – set. 1970.
- LESSONA, Carlos. *Prueba en derecho civil*. 3.ed. Madrid: Reus (S.A), 1928.
- LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2000.
- \_\_\_\_\_. O ônus da prova no processo penal. *Revista de Processo*. 11-12/147-153, São Paulo: RT, jun-dez. 1978.
- LOPES JR, Aury. (Re)discutindo o objeto do processo penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt. *Revista de Ciências Criminais* 6. Porto Alegre: Nota Dez, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007
- MAIER, Julio B. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2.ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1999, v. 1.
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Paolo Capitanio. São Paulo: 1996, v. 1. São Paulo, 1984.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961. vol. II.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Bookseller, 1997. v. I..

- \_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Millennium, 2000, v. III.
- MESSIAS, Irajá Pereira. *Da prova penal*. 2.ed. São Paulo: Bookseller, 2001.
- MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo penal*. 17.ed. São Paulo: Altas, 2005.
- MITTERMAIER. *Tratado da prova em matéria criminal*. Trad. por Herbert Wuntzel Heinrich. 3.ed. São Paulo: Bookseller, 1996.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. A reforma do Código de Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 36/132-190, São Paulo, outubro-dezembro. 2001.
- NOGUEIRA, Rubem. *O advogado Rui Barbosa*. 4.ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1996.
- NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Notas sobre o conceito de lide. *Revista de Processo*, n.34, ano IX. São Paulo: 1984.
- PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de processo penal*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, Poder, Justiça e Processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.
- \_\_\_\_\_. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo legal. *Separata*. *Revista Forense*. 2000, v. 351.
- POLASTRI LIMA, Marcellus. *A prova penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. IV.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao código penal*. 2.ed. São Paulo: RT, 2003.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal: Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 8.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- ROSEMBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 2.ed. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ejea, 2002.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico penal*. Trad. Luís Greco – Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferri Beltrán. Madrid: Trotta, 2002.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 4.ed. São Paulo: RT, 2004.