

Excludente De Ilicitude Verossímil E Ônus Da Prova No Processo Penal
Explanatory Of Verossy Illicitude And Proof Of Court In Criminal
Proceedings

Plínio Antônio Britto Gentil¹
Bruno Giovannini de Paulo²

Resumo

Alinhado à preocupação com a efetividade da cidadania, o trabalho ocupa-se do problema consistente na necessidade, ou não, de provar uma causa excludente de ilicitude para conduzir o processo à absolvição. A questão se põe a partir de casos em que, por exemplo, uma legítima defesa afigura-se possível, mas não é comprovada nos autos e, muitas vezes, é de impossível comprovação. Sustenta-se que a verossimilhança da afirmação de sua existência real é bastante para, contrariando o costume forense, redirecionar o ônus da prova e exigir do órgão acusador a demonstração da sua inocorrência. Pois o pressuposto da condenação é a presença de um crime, ou seja, um fato típico e antijurídico, sendo certo que a falta deste último requisito inviabiliza o reconhecimento do delito e, portanto, da condenação. Constituem fundamentos para isso o princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, a teoria do garantismo e, desde as alterações de 2008 no Código de Processo, a previsão de *fundada dúvida sobre a existência de circunstâncias que excluam o crime* como causa da absolvição. A posição jurídica sustentada promove atualização do panorama de direitos fundamentais e de exercício da democracia, tomado o processo penal do Brasil como ponto de referência.

Palavras chave: Cidadania. Excludente de ilicitude. Ônus da prova. Garantismo. Fundada dúvida. Processo penal.

Abstract

Aligned with the concern with the effectiveness of citizenship, work deals with the problem of whether or not to prove an exclusive cause of illegality to lead the process to acquittal. The question arises from cases where, for example, self-defense seems possible but is not proven in the file and is often impossible to prove. It is argued that the verisimilitude of the assertion of its actual existence is enough, in opposition to forensic practice, to redirect the burden of proof and to require the prosecutor to demonstrate its innocence. For the presumption of condemnation is the presence of a crime, that is to say, a typical and unlawful act, being sure that the lack of this last requirement makes the recognition of the crime and therefore of condemnation impossible. The principles of the presumption of innocence, or of non-culpability, the theory of guaranty and, since the 2008 amendments to the Code of Procedure, provide grounds for a serious doubt about the existence of circumstances that exclude crime as the cause of acquittal . The sustained

¹ - Graduado em Direito (PUC-SP), mestre em direito (Unifran), doutor em direito (PUC-SP), doutor em Educação (UFSCar). Procurador de Justiça do Ministério Público de S. Paulo, professor universitário, membro de banca examinadora para promotor e bancas de qualificação e defesa de mestrado. Tem pesquisa e publicações nessas áreas. E-mail pliniogentil@gmail.com

² Bacharel em Direito, Especialista em Direito Penal, Mestre em Teoria do Estado e do Direito, Delegado de Polícia no Estado de Minas Gerais. Email: brunodepaulo@hotmail.com

legal position promotes updating the panorama of fundamental rights and the exercise of democracy, taking Brazil's criminal procedure as a point of reference.

Key words: Citizenship. Exclusion of unlawfulness. Burden of proof. Garantismo. Founded doubt. Criminal proceedings.

Introdução

Há inegavelmente questões que, no contexto jurídico mundial, representam graves indagações acerca da efetividade de direitos próprios à cidadania e necessários à prática democrática, que deve ser uma busca constante da comunidade internacional. Em parte dos casos, somente o recurso a uma real interconstitucionalidade será capaz de apontar rumos, que, após o necessário debate, poderão significar avanços de qualidade na efetivação de uma ordem jurídica verdadeiramente democrática.

Nessa esteira, a presente pesquisa dispõe-se a trabalhar a questão da necessidade de o acusado provar uma excludente de ilicitude para obter a absolvição criminal, mesmo quando a justificativa se apresente verossímil.

O problema coloca-se por conta da freqüência com que surgem, na vida forense, casos em que o réu, a quem se imputa um crime, afirma uma circunstância capaz de excluir a ilicitude da conduta. Na verdade, esta investigação inspira-se na atuação do autor em processos criminais, quando se depara com casos de condenação diante de uma situação em que uma excludente de antijuridicidade, alegada pelo réu, figurava possível, conquanto não tenha sido provada.

Frente, por exemplo, a uma alegação de legítima defesa em tais circunstâncias, o que se costuma exigir é que o próprio acusado faça demonstração do que diz, ou seja, que comprove a alegação salvadora.

Veze haverá, porém, em que essa comprovação se afigura impossível para ele. Porque o fato foi praticado sem testemunhas, porque a vítima não comparece à audiência, porque não existem elementos pericialmente verificáveis.

Todavia, uma coisa é o fato, outra é a prova do fato. Ainda que sem possibilidade de provar a ocorrência de uma circunstância discriminante, resta viável que o acusado tenha realmente atuado sob o amparo de uma causa justificadora.

O que fazer então, ou o que se exigir do acusado? Se bastar à acusação demonstrar a existência de um fato típico, que o réu não contesta, é justo que o processo se encaminhe para uma decisão condenatória, porque este não conseguiu provar a justificativa?

Dado que o delito, enquanto categoria jurídica compõe-se de fato típico e antijuridicidade, a ausência deste último elemento significa a inexistência do delito. Essa ausência pode ser real, contudo não ser possível de demonstrar. Ainda assim será caso de condenação?

Há, na vida cotidiana, com repercussão no processo criminal, incontáveis situações sem viabilidade de provar. Apesar disso, um fato que justifique uma determinada conduta é relatado e as circunstâncias, isto é, o que se encontra em torno, falam favoravelmente à realidade daquele fato do qual não se consegue fazer prova.

É o que se pretende aqui tratar como verossimilhança da alegação, ou verossimilhança da própria excludente. Esse quadro conduz a uma situação em que existe um fato típico mas não há certeza de sua ilicitude, faltando, pois, um dos requisitos do crime. Ante a viabilidade de que, apesar do fato típico, a conduta foi amparada por uma causa de justificação, será viável exigir, isto sim, ao contrário da prática corrente, que a acusação prove a inocorrência da excludente? Afinal, o contexto geral indica a possibilidade de sua existência, embora não seja passível de comprovação.

É, enfim, com esse problema e essa hipótese que se desenvolve a presente pesquisa, que ainda lança mão do princípio da presunção de inocência, do garantismo penal/processual e do texto, há alguns anos modificado, do Código de Processo Penal, que determina a absolvição quando houver fundada dúvida acerca da ocorrência de fato excludente do crime.

Segundo se disse, a inspiração para o trabalho vem de casos concretos que têm gerado inconformismo e perplexidade no autor, fiscal da lei – a mesma lei que impede condenar sem provas.

A pesquisa é bibliográfica, com fonte acadêmica e jurisprudencial, e o método é o indutivo. O trabalho desenvolve-se a partir de situação hipotética, que evolui para o desenvolvimento do tema com elementos coletados e com as inquietações do autor, além de abordagens de natureza teórica e reflexiva a propósito de questões envolvendo a notícia nos autos de fato não provado, conquanto possível. Aborda-se igualmente a hipótese de, em tal situação, entender o ônus da prova como pertinente à acusação, a quem afinal incumbe demonstrar a ocorrência de crime, tudo em face do princípio constitucional

da presunção de inocência e a dúvida sobre a existência de excludente como causa para a absolvição.

1. Um exercício de imaginação

Suponha-se que “A” tenha sido processado e afinal condenado por crime de lesões corporais graves, que dispensa a representação da vítima. Inconformado, apela, afirmando a existência de uma situação de legítima defesa, representada pela iminência de injusta agressão por parte do ofendido.

Suponha-se ainda que ele tenha mantido, pouco antes, um desentendimento com a vítima e outro indivíduo, que a acompanhava naquela ocasião. E, mais ainda, que o réu “A” tivesse motivos para presumir que estes se encontravam a ponto de cometerem um crime contra terceira pessoa, que por isso tenha chamado a polícia e que, mais tarde, casualmente, os tenha encontrado, sendo por eles confrontado com a reclamação de que foi responsável por constrangimento representado pela busca pessoal que policiais afinal neles fizeram. Imagine-se, por fim, que o acusado “A” relate ameaças de agressão por parte desses indivíduos e que, por estar legalmente portando uma arma de fogo, tenha reagido a coronhadas e, sem mais alternativa, disparado, sem intenção homicida, contra um deles, a vítima, que experimentou as lesões de que se fala. O réu “A” teria agido com os meios necessários e moderadamente. Tudo isto num local ermo de uma cidade grande.

Se agiu como sustenta, bem pode “A” ter estado em legítima defesa ante uma agressão injusta e iminente por parte da vítima e de seu acompanhante, hipótese que não se deve afastar, pois compatível com o cenário dos acontecimentos. Mas não foi capaz de prová-lo, sendo enfim condenado.

2. Excludente não provada, mas possível: o artigo 156 do CPP

A excludente de ilicitude, ao contrário do que se costuma considerar, não necessita, para seu reconhecimento, de prova produzida por parte do possível defendente. Podem ocorrer situações – e com frequência ocorrem – em que a este fica impossível produzir qualquer prova em favor da discriminante, dada a inexistência de testemunhas ou qualquer outro tipo de indício sequer. Nem assim, todavia, terá deixado de atuar sob o

amparo da justificativa, que bem pode ter se verificado, mas cuidar-se de circunstância de inviável demonstração.

Nessa hipótese, parecerá sumamente injusto – e contrário às finalidades da pena criminal – condenar o agente porque ele não se desincumbiu do ônus de provar a excludente de ilicitude que justificava a sua conduta.

Mas “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, reza o artigo 156 do Código de Processo Penal. *Alegar* tem o sentido de fazer determinada afirmação, seja a propósito de um fato trazido aos autos, seja para deduzir um argumento. A teor deste dispositivo, é de quem alega o ônus de produzir prova do alegado. Por tal ônus entenda-se o trabalho material e intelectual de demonstrar que existem elementos capazes de convencer em relação àquilo que se alega.

Assim, embora, em matéria criminal, seja da acusação o ônus de provar o crime, naquelas situações em que uma circunstância se interponha entre a tipicidade e a ilicitude do fato, será, em princípio, da parte interessada a produção da prova de sua ocorrência. O exemplo tradicionalmente utilizado é o de uma possível defesa legítima, a ser extraída de um acontecimento cuja notícia vem ao processo. Em regra, caberá à defesa o trabalho de provar a realidade dessa circunstância e a sua subsunção à norma que disciplina o instituto da legítima defesa. Para alguns, vale aqui a lógica do raciocínio dedutivo: com base na observação empírica, o intérprete se utiliza daquilo que é comum e que acontece ordinariamente. Cuida-se de uma forma de racionalidade, que leva, por exemplo, a concluir pelo dolo de matar a partir da conduta de quem desfere tiros em área letal contra a vítima, não se cogitando aí de conduta meramente culposa (PACELLI). Quer dizer, impera, de certo modo, o velho dito forense segundo o qual *o normal presume-se, o extraordinário prova-se*.

Nessa linha de raciocínio,

o réu pode chamar a si o interesse de produzir prova, o que ocorre quando alega, em seu benefício, algum fato que propiciará a exclusão da ilicitude ou da culpabilidade (NUCCI, p. 344).

Como se sabe, o direito, visto na sua totalidade, compõe um sistema, do qual o direito penal é espécie, cujo objetivo não pode ser outro que “solucionar as situações de conflito de modo mais socialmente correto e flexível”, no dizer de ROXIN (2002, p. 15). A esta vertente jurídica compete “assegurar a uniformidade da aplicação do direito e a liberdade individual em face da voracidade do Estado Leviatã” (*ibidem*, p. 3).

Então, o caminho mais razoável, em tais hipóteses, é avaliar a verossimilhança da alegada excludente. Ou seja, se, nas circunstâncias fáticas concretas, a ocorrência da situação de uma eventual legítima defesa mostra-se como uma possibilidade real, o que deve ser aferido frente ao quadro geral que envolve o cometimento do fato típico.

Em tais condições, e se a resposta a esta indagação for afirmativa, o ônus da prova se redireciona. Isto é, ante a verossimilhança de uma justificativa, que afaste a antijuridicidade do fato, caberá à acusação demonstrar a sua não ocorrência. Isto porque é à acusação que incumbe provar a presença de um crime. E por crime se entenda a junção num só evento, ao mesmo tempo, dos requisitos de um fato penalmente típico e da sua antijuridicidade.

3. Sobre o ônus da prova

Nesse caso então, ao contrário do que se costuma alegar - sem devida atenção às circunstâncias e à verossimilhança de uma excludente de ilicitude -, não é do acusado que se exigirá prova de ter agido licitamente, mas da acusação de que o fato é ilícito e, portanto, constitui um delito.

É que haverá circunstâncias em que mesmo a regra de que à parte cabe provar o que lhe interessa não poderá impor a tal interessado o ônus de produzir prova negativa. Vale dizer, de que não esteve em determinado lugar ou de que não manteve contato com esta ou aquela pessoa. Exigir-lhe isto equivaleria a lhe incumbir de coisa irrealizável, não sendo possível extrair da falta de prova um elemento em favor da tese acusatória.

Trata-se da hipótese aventada por NUCCI, para falar da prova do alibi do acusado:

É, como regra, ônus seu [do réu] provar o alibi. Entretanto, essa regra não pode levar a acusação à isenção de demonstrar o que lhe compete, isto é, ainda que o réu afirme ter estado, na época do crime, em outra cidade, por exemplo, tendo interesse em produzir a prova cabível, tal situação jamais afastará o encargo da parte acusatória de demonstrar ao juiz a materialidade e a autoria da infração penal.

Por prova da materialidade da infração se deve entender o crime na sua integralidade objetiva, isto é, o fato dotado de tipicidade e antijuridicidade. Nesse caso, não sendo fisicamente possível à defesa demonstrar coisa que não aconteceu, persiste o ônus da

acusação de fazer prova daquilo que alega, ou seja, de que o fato narrado se reveste das características de uma infração penal. Ou seja, que é típico e antijurídico.

Embora se curvando, no mais das vezes, ao velho bordão de que uma legítima defesa não provada pelo réu não o aproveita, porque o ônus de provar a excludente é de quem alega sua presença, a jurisprudência já cuidou de abrandar a rigidez desse entendimento, chegando, aqui e ali, a decidir que

Na análise das excludentes, não há de se pautar o julgador por motivos rígidos, estáticos, quando varia o ser humano e diversificam-se as condições pela multivariabilidade, assim das situações objetivas, como de cada contingente emocional (TACRIM-SP, Ap. n. 170.717, Rel. Ary Belfort).

Ou ainda:

Excludente reconhecida tendo como prova exclusiva a palavra do réu-Inexistência de qualquer outra prova em sentido contrário. "Inexistindo prova em sentido contrário, a palavra exclusiva do réu pode ser suficiente para o reconhecimento da legítima defesa, impondo-se, neste caso a absolvição sumária (Revista dos Tribunais 666/288). (TJSC – RCr 2007.060667-6 – Rel. Des. Amaral E Silva – J. 05.03.2008).

E mais, da mesma corte:

A ausência de testemunhas de vista não constitui, por si, motivo impeditivo ao reconhecimento da legítima defesa. A palavra do réu, verossímil e corroborada por indícios concludentes, autoriza se acolha a justificativa. (1ª C. Criminal, rel. Des. Marcílio Medeiros (RF 263/351).

Mas não é só. Segundo Bruno V. Barros (2015), é da Constituição Federal que se deve extrair um possível caminho para o enfrentamento do problema.

Tomado no seu adequado alcance o princípio constitucional da presunção de inocência, é caso de procurar compreender o real sentido de sua imediata e principal decorrência, que é a de que ao órgão acusador incumbe fazer prova da imputação dirigida ao réu.

E no que consiste essa imputação? Ora, ela não pode ter outro significado que não toda a extensão do conceito de crime – quer pela teoria finalista ou causalista – nisto abrangidas, pelo menos, as categorias fato típico e antijuridicidade, senão também a culpabilidade.

Isto é, acusado alguém da prática de uma infração penal, é da acusação o ônus de demonstrar que o fato cometido é um fato típico e (no mínimo) que também é um

fato ilícito. Ao contrário, não estará provando a ocorrência de um crime e a consequência será a absolvição do réu.

4. A inaceitabilidade da “presunção de culpa” e da responsabilidade objetiva

Em nítido confronto com a necessária presunção de inocência, chamam a atenção casos de condenações criminais fundamentadas em aparentes presunções, ou em fatos representativos de verdadeira responsabilidade penal objetiva. Exemplifica-se com aquelas hipóteses em que, *vg*, alguém é flagrado na posse do produto de crime patrimonial anterior e, por isso, condenado por receptação. Nesta hipótese são conhecidas ementas jurisprudenciais a resolver que

a posse injustificada da *res furtiva* inverte o ônus da prova, de tal sorte que é possível atribuir a responsabilidade pelo crime de receptação aos agentes que são surpreendidos na posse de bens de origem espúria e não apresentam justificativa cabal e palpável a respeito do fato (TJSP- Ap. n.00208532620158260577 SP 0020853-26.2015.8.26.0577).

Ou ainda:

No crime de receptação, a posse injustificada da *res furtiva* inverte o ônus da prova, cabendo ao acusado demonstrar, de forma indubitável, que desconhecia a origem ilícita do bem que estava em seu poder, ônus este do qual não se desincumbiu (DJMT, 26 maio 2017, p. 115).

Além disso, há casos de condenação criminal, comumente em delitos contra as relações de consumo ou a ordem tributária, em que o réu, pelo simples fato de ser sócio-proprietário da empresa, assim registrado nos seus estatutos, é tido como responsável por sonegação fiscal ou outras infrações. Cuida-se de clara hipótese de responsabilidade penal objetiva, que dispensa demonstração do dolo da conduta: afronta-se, portanto, a regra de que a responsabilização criminal de alguém deve obedecer exclusivamente ao elemento subjetivo que lhe moveu a conduta objeto da acusação. Veja-se:

Em tema de crime de sonegação de tributos, a responsabilidade, em tese, é dos dirigentes da empresa nos termos do contrato social (STJ - RHC 10389 PR 2000/0077487-1- Pub. 04/jun./2001).

E ainda:

Consoante entendimento pacificado do STJ, contendo a CDA o nome dos sócios administradores, recaem sobre eles o ônus da prova acerca da

regularidade dos seus atos (TJ-MG -AC 10024112067970001 – Pub. 27/ago./2013).

Ora, a decisão pela ocorrência de crime – fato típico doloso, portanto – em casos onde o dolo é presumível, porque o acusado não fez prova de sua ausência, significa ir ao contrário do que dispõem as normas processuais penais e o mandamento constitucional que determina presumir exatamente o oposto, ou seja, a *não criminalidade*.

5. Presunção de inocência ou de não culpabilidade

Todo o raciocínio assim desenvolvido resulta da aplicação do princípio da presunção de inocência, a significar que alguém é inocente de um crime a menos que um órgão, encarregado de acusá-lo, se desincumba do dever de provar a existência de tal crime (e disto, é claro, resultar uma condenação definitiva). Se crime é fato típico e ilícito (e também culpável, segundo a teoria causalista), é preciso que o órgão acusador demonstre todas essas características como presentes na ocorrência em relação à qual pretende a condenação do acusado.

Caminha a par do princípio da presunção de inocência aquele que, considerado sub-espécie dele (ou sua mera reinterpretação), configura o que se convencionou chamar de *princípio da não culpabilidade*. Cuida-se de extração que se faz da visão do processo como tendo, dentre outras funções, a de garantir o mais pleno exercício do direito de defesa por parte daquele que é a parte hipossuficiente da relação jurídica, o acusado. Seguindo-se o eixo dessa afirmação, pode-se dizer que

o princípio da não culpabilidade tira o imputado da condição de objeto, dentro da relação processual, levando-o para a condição de sujeito de direitos, não permitindo que ele seja tratado como culpado – e, conseqüentemente, não sofra sanções punitivas – até que haja o trânsito em julgado de sua sentença penal condenatória (CANTERO, p. 32).

A justificação para esse cuidado explica-se pela extensão que se deve dar à questão da dignidade humana, categoria erigida a fundamento da república (artigo 1º, III, da Constituição Federal). Por isso, é necessário considerar que

ao final do processo, pode-se concluir pela inocência do acusado ou, no mínimo, pela falta de provas robustas que o incriminem, razão pela qual deve todo imputado ser tratado com a devida dignidade, para que o mínimo de lesão (ou nenhuma) lhe seja ocasionada (*ibidem*).

O cerne do princípio da não culpabilidade consiste em ponderar que não se pode presumir a inocência de um acusado na hipótese de contra ele já se houver instaurado uma ação criminal, a qual se supõe ancorada numa base probatória mínima. Mas neste caso se deve, isto sim, presumir a sua não culpabilidade, até o ponto em que esta, pela via de uma sentença condenatória transitada em julgado, seja formalmente declarada (CARVALHO, p. 156).

Para quem prefira, enfim, compreender o princípio da não culpabilidade como simples reinterpretação do contido na Constituição Federal acerca da presunção de inocência (artigo 5º, LVII), fica o argumento de que

a denominação mais adequada ao sistema constitucional brasileiro é, sem dúvida, princípio da não-culpabilidade. Isso porque a inocência, conforme exposto, não é presumida pela Constituição Federal. Ao contrário, a Carta Magna declara que ninguém será considerado culpado antes de sentença condenatória transitada em julgado (PILONI).

Tudo parece querer significar que, ante a presença de uma situação verossímil – embora não demonstrada – de excludente de ilicitude, é da acusação o ônus de provar que ela não existiu e, assim, que o fato imputado ao réu é, realmente, antijurídico – e portanto constitui uma infração penal.

Aí está Aury Lopes Júnior a lecionar que

[...] gravíssimo erro é cometido por numerosa doutrina (e rançosa jurisprudência), ao afirmar que a defesa incumbe a prova de uma alegada excludente. Nada mais equívocado, principalmente se compreendido o dito até aqui. A carga do acusador é de provar o alegado; logo, demonstrar que alguém (autoria) praticou um crime (fato típico, ilícito e culpável). Isso significa que incumbe ao acusador provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação (2008, p. 504).

E com ele, na mesma direção, Gustavo H. R. I. Badaró:

Quando o art. 5º, LVII [da CF], assegura que ninguém pode ser considerado culpado até trânsito em julgado da sentença penal condenatória, cabe indagar se a ilicitude da conduta é ou não necessária para a condenação. Evidentemente que a resposta é positiva e, em conseqüência, a ilicitude da conduta também é objeto da presunção de inocência: se houver dúvida sobre uma causa de excludente de ilicitude, o acusado deve ser absolvido (2003, p. 319).

Vê-se, por conseguinte, que a principiologia constitucional aponta a necessidade de uma prova abrangente da categoria crime a fim de que se possa afastar a presunção de que todos são inocentes daquilo que se lhes imputa, até que daí decorra uma condenação transitada em julgado, a qual obviamente só será possível ante aquela prova.

Necessário aqui considerar o direito criminal como um todo supostamente coerente, dentro do qual princípios e normas não de ser tomados como elementos integrados de uma só engrenagem. Daí o conveniente recurso à interpretação sistemática que, além do mais, possui como norte a finalidade última do sistema, ou sub-sistema jurídico em questão. Possível então afirmar, com Ferraz Jr. (1977, p. 79), que:

a interpretação sistemática, quando tomada em sentido não-formal, envolve sempre uma teleologia. Há um sentido normativo a ser determinado, e este sentido implica a captação dos fins para os quais a norma é construída. A percepção dos fins não é imanente a cada norma tomada isoladamente, mas exige uma visão ampliada da norma dentro do ordenamento.

Em suma, visto do alto, o sistema todo apresenta um objetivo delineado – que deve ser captado pelo intérprete. Mas ainda não é tudo.

6. O garantismo e sua relação com o processo

É útil ao presente trabalho considerar que o direito criminal e o processual, aliados, são categorias que não apenas se inter-relacionam, como igualmente se apóiam e necessariamente se ajustam ao direito constitucional. Num sentido menos normativo, orbitam o mesmo espaço dos princípios colocados pela Constituição e pelos tratados internacionais, tendo como pano de fundo a observância do panorama global da cultura de direitos fundamentais.

Por tal razão é que, ao tomar o processo penal como objeto de interesse, cabe ao observador estabelecer, entre outras coisas, as suas finalidades principais. Essa busca pelo caráter teleológico de espécies do direito repressivo – como é o direito processual penal – municia o intérprete, que muitas vezes será o julgador, com elementos freqüentemente situados além dos limites positivados. Esses elementos lhe servirão de norte seguro para a final aplicação da norma processual ou penal, na medida em que representarão o indispensável alinhamento com o arcabouço dos direitos fundamentais, ou, para quem o prefira, dos direitos humanos.

É neste ponto destas considerações que entra em cena uma tendência de *ver* o direito penal e o processo criminal como instrumentos de realização dos direitos fundamentais, situação que forçosamente conduz à visualização de um campo de grupos vulneráveis, dentre os quais há de ser incluído o indivíduo confrontado com o aparato repressor do estado. Assim é o réu, ou, simplesmente, a pessoa envolvida em algum confronto com a mão repressora do estado, seja ela a Polícia, o Ministério Público, o Poder Judiciário ou a autoridade penitenciária. Trata-se do chamado *garantismo*, vertente filosófica extraída do pensamento de Luigi Ferrajoli, produzido na segunda metade do século XX, de certa maneira inspirado pelos ideais do Iluminismo.

Para o garantismo, são as normas fixadoras dos direitos fundamentais – e suas decorrências, materializadas na legislação inferior – os marcos absolutos da aplicação do direito penal e do processual penal. Assim é que diretrizes como as que erigem o direito à ampla defesa e ao contraditório, ou a inadmissibilidade de prova ilícita, ao nível de limites inarredáveis do *jus puniendi* e dos trâmites processuais, não de servir como fronteiras absolutas ao agir estatal, não podendo o agente público, nesse ponto, utilizar-se de quaisquer elementos que não aqueles expressamente permitidos pela lei vigente, a despeito de suas convicções e mesmo de informações que possua *extra autos*.

O garantismo representa, em si mesmo, uma limitação ao exercício do poder repressor do estado. O processo penal é instrumento voltado a assegurar a efetividade dos direitos fundamentais da parte vulnerável – que é o acusado. A própria aplicação do direito criminal deve restringir-se a hipóteses em que isto seja necessário e o grau de ofensividade da conduta infracional o justifique, considerando que normalmente há outros canais de controle social mais eficazes e adequados. “O garantismo rechaça o Estado antiliberal, onde ocorre o abuso do direito de punir”, afirma Sérgio Zoghbi Castelo Branco, para em seguida alinhar alguns dos mais relevantes princípios da teoria garantista. Confira-se:

Os princípios basilares do garantismo penal são os seguintes: [...] 2) princípio da legalidade: inviável se cogitar a condenação de alguém e a imposição de respectiva penalidade se não houver expressa previsão legal, guardando esta a devida compatibilidade com o sistema constitucional vigente; 3) princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal: somente se deve acorrer ao Direito Penal quando absolutamente necessário, de modo que se deve buscar a possibilidade de solução dos conflitos por outros meios. É o último recurso do Direito Penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do ato: além de típico, o ato deve causar efetiva lesividade ou ofensividade ao bem jurídico

protegido, desde que deflúa da Constituição (direta ou indiretamente) mandato que ordene sua criminalização [...] ³.

Quanto ao processo, trata-se de ferramenta a serviço da rigorosa garantia dos direitos do acusado, limitando, na qualidade de verdadeira liberdade pública (direito fundamental de primeira geração), a ação do estado, na sua atividade de persecução. Numa simbiose dos postulados garantistas com o princípio da presunção de inocência (ou de não culpabilidade), manifesta-se o Ministro Celso de Mello, do STF, mostrando inconformismo com norma processual do Estado Novo, para reafirmar a necessidade de respeito às liberdades públicas, duramente conquistadas. Veja-se:

Lembro-me de que, no passado, sob a égide autoritária do Estado Novo, editou-se o Decreto-lei nº 88/37, que impunha ao acusado o dever de provar, em sede penal, que não era culpado!!! Essa regra legal – como salientei no julgamento do HC 83.947/AM, de que fui Relator – consagrou uma esdrúxula fórmula de despotismo explícito, pois exonerou, absurdamente, o Ministério Público, nos processos por delitos contra a segurança nacional, de demonstrar a culpa do réu. O diploma legislativo em questão, com a falta de pudor que caracteriza os regimes despóticos, veio a consagrar, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), a obrigação de o réu provar a sua própria inocência!!! (ADC 43 MC/DF) ⁴.

A igualmente ver no processo criminal um agente das garantias do acusado apresenta-se também Paulo Rangel, desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, anotando que

É o sistema de regras e princípios constitucionais que estabelece um limite no atuar punitivo estatal, permitindo que o indivíduo tenha um devido processo legal justo. É a limitação do poder punitivo estatal. É o poder sendo limitado pelo próprio poder. Não se deve admitir que o Estado, a todo custo, deva punir o indivíduo que desviou sua conduta do senso comum da sociedade. VOLTAIRE já dizia: Cumpre punir, mas não às cegas. Punir, mas utilmente. Se a justiça é pintada com uma venda nos olhos, é mister que a razão seja seu guia. O *status* de não-culpabilidade do acusado se mantém intacto, enquanto não houver sentença penal condenatória transitada em julgado. Logo, diferente do que se possa pensar, a instauração de um processo criminal é a certeza que o indivíduo tem de que seus direitos serão respeitados ⁵.

³ Disponível em <<https://sergiozoghbi.jusbrasil.com.br/artigos/111903743/garantismo-penal>>.

⁴ Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/10/art20161006-10.pdf>>.

⁵ Disponível em <<http://www.editorajc.com.br/2012/10/o-processo-penal-como-instrumento-de-garantia-o-juiz-politico/>>.

Eis posturas tipicamente garantistas, oriundas do Judiciário nacional, a reforçar a tese, já reconhecida por nossa jurisprudência, de que o processo criminal desempenha papel central exatamente no assegurar o respeito aos direitos da pessoa processada. Representa freio ao direito de punir e realização, no âmbito processual, de um verdadeiro estado de direito.

7. Absolvição por “circunstâncias que excluem o crime”: a reforma de 2008

Sob qualquer ângulo de que se a observe, é uma clara opção pela adoção de um processo criminal garantista o que fez a reforma processual de 2008, mais especialmente por meio da Lei n. 11.690 de 2008, a estabelecer, dentre as hipóteses de absolvição do artigo 386 do Código de Processo, a *fundada dúvida sobre a existência de circunstância que exclua o crime*. “A lei, ao fazer esta menção, refere-se à dúvida sobre a existência de excludentes mencionadas no próprio inciso”, observa Ivan Luís Marques da Silva (2008, p. 81). Como é sabido, as excludentes mencionadas no inciso são justamente aquelas conhecidas como *justificativas* (estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal), capazes de, excepcionalmente, fazer lícito um fato dotado de tipicidade penal.

A introdução dessa causa de absolvição não surpreende, dado que todas as três leis postas em vigor em 2008, reformando o estatuto processual penal, assim como outras posteriores, caminham na mesma direção: substituir, aos poucos, o caráter inquisitivo do processo penal brasileiro por um perfil acusatório, providência em si mesma alinhada com a teoria do garantismo penal e processual, que se manifesta inequivocamente em múltiplos aspectos dessas reformas da lei do processo penal.

Vê-se que é no mesmo sentido dos arestos acima citados (abrandando a rigidez do disposto no art. 156, *caput*, do CPP) e da abordagem que variados intérpretes fazem do princípio da presunção de inocência (conforme textos agora transcritos), que vem o legislador processual inserir, na última parte do inciso VI do artigo 386 do Código de Processo Penal (no âmbito da reforma de 2008, em redação dada pela Lei n. 11.690/08), a chave por meio da qual, já com apoio no direito positivado, se há de considerar necessária a prova da antijuridicidade do fato típico – naturalmente produzida pela acusação – para encaminhar o processo a um desfecho condenatório. Pois, referindo-se às “circunstâncias que excluem o crime”, ao dizer que “o juiz absolverá o réu [...] se houver fundada dúvida

sobre sua existência”, o artigo 386, VI, do CPP não poderia ser mais claro: sim, havendo verossimilhança na alegação de uma legítima defesa, o juiz deverá absolver o acusado ainda que este não consiga produzir prova suficiente da sua ocorrência.

Não é outro o entendimento de Jean Marcelo (2009), reportando-se a Antonio Magalhães Gomes Filho. Veja-se:

O legislador infraconstitucional de 2008, mesmo mantendo a mesma redação inicial no artigo 156 do Código de Processo Penal, consagrou tal tese ao incluir a nova referência de absolvição no Inciso VI, do artigo 386 do CPP, como afirma Antonio Magalhães Gomes Filho:

Em matéria de ônus da prova, o legislador manteve a redação original do Código: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer”. Não se preocupou, assim, em explicar – já nessa regra inicial – os importantes desdobramentos do princípio-garantia da presunção de inocência consagrado em nosso ordenamento pela Constituição de 1988 e pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Mas fez, adiante, ao incluir expressamente referência à absolvição em caso de dúvida quando à ocorrência de causas de justificação ou isenção de pena (nova redação do art. 386, VI). (GOMES FILHO, 2008, p. 255-256).

Em suma, desconstrói-se, pouco a pouco, o caráter quase absoluto com que se interpretou a regra processual contida no *caput* do artigo 156 do Código do processo. Ou melhor, amplia-se o alcance da regra para estendê-la enfim à alegação da existência de crime, compreendida em toda a sua complexidade, feita pelo órgão da acusação.

No mesmo sentido é também o entendimento de Andrey B. de Mendonça.

Confira-se:

[...] na hipótese de dúvida razoável sobre a ocorrência de alguma das causas excludentes do crime ou da culpabilidade, o caso será de absolvição. Deve o Ministério Público, assim, evitar esforços para demonstrar a inoccorrência da causa excludente do crime ou da culpabilidade, sob pena de ver absolvido o acusado, em razão da regra do *in dubio pro reo*, agora expressamente adotada também para as excludentes do crime [...] (2008, p. 204).

Assim é. Ao ser chamado a comprovar o que alega, o órgão acusador se vê obrigado a procurar demonstrar a existência de todos os elementos que compõem o delito, nisto incluída a antijuridicidade do fato que atribui ao réu.

Considerações finais

Voltando os olhos ao caso hipotético aventado no capítulo 1, o que ali se coloca é o cenário de uma possível legítima defesa, que o réu não consegue demonstrar cabalmente – e dificilmente conseguiria – mas em relação à qual oferece elementos que a fazem verossímil num horizonte de razoáveis possibilidades.

O que se quer dizer é que, ante a verossimilhança de uma excludente de ilicitude – no caso a legítima defesa – caberá à acusação demonstrar a sua inoportunidade, pois a ela é que compete provar a presença de um fato típico e antijurídico, ou seja, um crime com todos os seus elementos constitutivos.

O princípio constitucional da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, fundamenta essa conclusão. Toda pessoa é presumida inocente, ou não culpada, até que o órgão incumbido de acusá-la prove o contrário e o Judiciário profira definitivamente uma decisão condenatória. Não demonstrada a prática de crime, faltará base razoável para uma condenação e a solução será absolver o réu.

O processo representa, antes de tudo, instrumento de garantia do respeito aos direitos da pessoa acusada frente ao estado repressor. Seus procedimentos não devem ser rigorosamente limitados por princípios e normas, de base constitucional ou convencional, que significam verdadeiras liberdades públicas, próprias de um estado de direito.

O Código de Processo Penal foi modificado em 2008, passando a adotar mais assumidamente postulados do sistema acusatório e do garantismo. Assim é que, muito coerentemente, dá amparo ao entendimento aqui sustentado, ao impor como causa para a sentença absolutória a existência de fundada dúvida acerca de circunstâncias que excluam o crime.

Isto é, desde que haja verossimilhança na alegação de uma justificativa, como a legítima defesa, é da acusação o ônus de provar o seu contrário, ou seja, a presença de um crime, que pressupõe, como sabido, a ausência da descriminante.

Não o fazendo o órgão acusador e considerado o princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, a decisão judicial deverá ser absolutória, porque persistirá fundada dúvida quanto a uma circunstância capaz de excluir a criminalidade do fato. Isto com fundamento legal no que vem disposto pelo citado artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Aqui parece certo que a possível legítima defesa justifica a conduta do agente, o réu “A”, ao desferir golpes com a coronha da pistola contra a vítima e, mais tarde, ainda sob evidente e grave risco, disparar contra ela. Deveria ser absolvido nos termos da lei processual, como dito. Esta solução representa avanço democrático, na medida em que afirma o garantismo como norte do processo criminal, assim considerando a pessoa acusada como sujeito de um procedimento antes de tudo preocupado com a efetividade de direitos reconhecidos a quem se defronte com o aparato repressivo do estado. Promove igualdade e realça a cidadania, afigurando-se capaz de, a partir de prática processual brasileira, expandir caminhos e oferecer perspectivas à sociedade mundial.

Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARROS, Bruno Viégas de. **De quem é o ônus da prova no caso de legítima defesa?**. 2015. Disponível em <http://crimepenaeadjacencias.blogspot.com.br/2015/06/de-quem-e-o-onus-da-prova-no-caso-de.html> (acesso 04/fev./2016).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

CANTERO, Bianca Lorena Dias. **O princípio da não culpabilidade e sua aplicabilidade em matéria eleitoral**. Disponível em http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/BIANCA_estudos_eleitorias.pdf. Acesso 04/jun./2017.

CARVALHO. Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASTELO BRANCO, Sérgio Zoghbi. **Garantismo penal**. Disponível em <https://sergiozoghbi.jusbrasil.com.br/artigos/111903743/garantismo-penal>. Acesso 04/jun./2017.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1977.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 1 v.

MARCELO, Jean. **O ônus da prova e a recente reforma do Código de Processo Penal brasileiro**. 2009. Disponível em http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1775 (acesso 04/fev./2016).

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça.

MELLO FILHO, José Celso de. Voto no Supremo Tribunal Federal (ADF 43 MC/DF). Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/10/art20161006-10.pdf>>. Acesso 04/jun./2017.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do Código de Processo Penal**. São Paulo: Método, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013.

PILONI, Caroline de Paula Oliveira. **Princípio da não-culpabilidade: aspectos teóricos e práticos** (Publicado em 10/2013. Elaborado em 09/2013). Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/25467/principio-da-nao-culpabilidade-aspectos-teoricos-e-praticos>>. Acesso 04/junho/2017.

RANGEL, Paulo. **O Processo Penal como instrumento de garantia: o juiz político**. Disponível em <<http://www.editorajc.com.br/2012/10/o-processo-penal-como-instrumento-de-garantia-o-juiz-politico/>>. Acesso 04/jun./2017.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal.

SILVA, Ivan Luís Marques da. **Reforma processual penal de 2008**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.