

LIMITE PENAL Réu não deve ser obrigado a provar causa de exclusão da ilicitude

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*).

Ferrajoli^[1] esclarece que a acusação tem a carga de descobrir hipóteses e provas, e a defesa tem o direito (não dever) de contradizer com contrahipóteses e contraprovas. O juiz, que deve ter por hábito profissional a imparcialidade e a dúvida, tem a tarefa de analisar todas as hipóteses, aceitando a acusatória somente se estiver provada e, não a aceitando, se desmentida ou, ainda que não desmentida, não restar suficientemente provada.

É importante recordar^[2] que, no Processo Penal, não há distribuição de cargas probatórias: a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência.

Erro crasso pode ser percebido quase que diariamente nos foros brasileiros: sentenças e acórdãos fazendo uma absurda distribuição de cargas no processo penal, tratando a questão da mesma forma que no processo civil. Não raras são as sentenças condenatórias fundamentadas na “falta de provas da tese defensiva”, como se o réu tivesse que provar sua versão de negativa de autoria ou da presença de uma excludente.

O que podemos conceber, como já explicamos ao tratar do pensamento de Goldschmidt^[3], é uma assunção de riscos. A defesa assume riscos pela perda de uma chance probatória. Assim, quando facultado ao réu fazer prova de determinado fato por ele alegado e não há o aproveitamento dessa chance, assume a defesa o risco inerente à perda de uma chance, logo, assunção do risco de uma sentença desfavorável. Exemplo típico é o exercício do direito de silêncio, calcado no *nemo tenetur se detegere*. Não gera um prejuízo processual, pois não existe uma carga. Contudo, potencializa o risco de uma sentença condenatória na medida em que frustra expectativas judiciais criadas. Isso é inegável.

Não há uma carga para a defesa exatamente porque não se lhe atribui um prejuízo imediato e tampouco ela possui um dever de liberação. A questão desloca-se para a dimensão da distribuição do risco pela perda de uma chance de obter a captura psíquica do juiz. O réu que cala assume o risco decorrente da perda da chance de obter o convencimento do juiz da veracidade de sua tese.

Com uma construção teórica um pouco distinta, mas alcançando uma conclusão similar à nossa, Huertas Martin^[4] afirma que “no processo penal unicamente caberia

se falar em carga da prova em sentido negativo: não recai sobre o acusado, em nenhum caso, a carga de provar sua própria inocência que, por outra parte, se presume enquanto não exista uma atividade probatória suficiente de onde se possa depreender o contrário” (tradução nossa).

Interessante ainda é a afirmação de Illuminati^[5] de que não há que se falar em carga da prova, mas sim em regra de julgamento (*regla de juicio*). O processo penal define uma situação jurídica em que o problema da carga probatória é, na realidade, uma regra para o juiz, proibindo-o de condenar alguém cuja culpabilidade não tenha sido completamente provada.

Ao lado da presunção de inocência, como critério pragmático de solução da incerteza (dúvida) judicial, o princípio do *in dubio pro reo* corrobora a atribuição da carga probatória ao acusador e reforça a regra de julgamento (não condenar o réu sem que sua culpabilidade tenha sido suficientemente demonstrada). A única certeza exigida pelo processo penal refere-se à prova da autoria e da materialidade, necessárias para que se prolate uma sentença condenatória. Do contrário, em não sendo alcançado esse grau de convencimento (e liberação de cargas), a absolvição é imperativa.

Isso porque, ao estar a inocência assistida pelo postulado de sua presunção, até prova em contrário, essa prova contrária deve aportá-la quem nega sua existência, ao formular a acusação.^[6] Trata-se de estrita observância a *onnulla accusatio sine probatione*.

Devemos destacar que a primeira parte do artigo 156 do CPP deve ser lida à luz da garantia constitucional da inocência. O dispositivo determina que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”. Mas a primeira (e principal) alegação feita é a que consta na denúncia e aponta para a autoria e a materialidade; logo, incumbe ao MP o ônus total e intransferível de provar a existência do delito.

Gravíssimo erro é cometido por numerosa doutrina (e rançosa jurisprudência), ao afirmar que à defesa incumbe a prova de uma alegada excludente. Nada mais equivocado, 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.

Essa é a *regla de juicio*, ou seja, a regra para o julgamento por parte do juiz. No mesmo sentido, GUARNIERI^[7] afirma categoricamente que “*incumbe a la acusación la prueba positiva, no sólo de los hechos que constituyan el delito, sino también de la inexistencia de los que le excluyan*”.

Explica Juarez Tavares,^[8] ao tratar da complexidade que envolve o conceito de (análise dialética do) injusto, que “só haverá ilicitude quando esgotados todos os recursos em favor da prevalência da liberdade”. E, como adverte o autor, a operação mental que deve ser feita é exatamente inversa àquela que normalmente realiza a doutrina penal (e, advertimos nós, também a processual penal). Eis o ponto-chave: “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 a conduta”. Isso porque o tipo penal não constitui indício da antijuridicidade, mas uma etapa metodológica, um requisito que deve ser perquirido para que a intervenção estatal possa efetivar-se, como adverte o autor.

Também chama a atenção para a influência da presunção de inocência, uma preocupação rara entre os penalistas, que erroneamente pensam que princípios como este não afetam o Direito Penal, apenas o Processual. É elementar que a presunção de inocência afeta a estrutura e as normas, tanto do Direito Penal como também do Processual Penal.

Sempre atento ao primado da Constituição, Tavares aponta que “não se pode considerar indiciado o injusto pelo simples fato da realização do tipo, antes que se esgote em favor do sujeito a análise das normas que possam autorizar sua conduta”.

Então, tanto pela compreensão da regra para o juiz como também pela dimensão de atribuição exclusiva da carga probatória ao acusador, se o réu aduzir a existência de uma causa de exclusão da ilicitude, cabe ao acusador provar que o fato é ilícito e que a causa não existe (através de prova positiva). E, antes que os críticos de plantão nos acusem (e já condenem, claro, pois assim opera mentalmente todo inquisidor...) de estarmos exigindo a (impossível) prova negativa, esclarecemos que não se trata disso. Por exemplo, se a defesa alega que o delito foi cometido ao abrigo da excludente da legítima defesa, incumbe ao acusador provar que não houve a repulsa a uma injusta agressão (logo, provando que a agressão era justa), ou que dita agressão não era atual ou iminente (logo, era passada ou futura), que o réu não repeliu dita agressão usando moderadamente os meios necessários (logo, demonstrando o excesso), enfim, trata-se de prova positiva que afaste a excludente.

Ao adotarmos a teoria do processo como situação jurídica, de James Goldschmidt, entendemos que no processo penal o acusador inicia com uma imensa “carga probatória”, constituída não apenas pelo ônus de provar o alegado (autoria de um crime), mas também pela necessidade de derrubar a presunção de inocência instituída pela Constituição. Para chegar à sentença favorável (acolhimento da tese acusatória sustentada), ele deve aproveitar as chances do processo (instrução etc.) para liberar-se dessa carga. À medida que o acusador vai demonstrando as afirmações feitas na inicial, ele se libera da carga e, ao mesmo tempo, enfraquece a presunção (inicial) de inocência, até chegar ao ponto de máxima liberação da carga e conseqüente desconstrução da presunção de inocência com a sentença penal condenatória.

Caso isso não ocorra, a absolvição é um imperativo (regra para o juiz). Por fim, outro aspecto que deve ser tratado neste momento é uma equivocada práxis de menor exigência probatória para os delitos de menor gravidade, bastante difundida a partir da criação dos Juizados Especiais Criminais e que decorre, também, do baixo nível de qualidade da prestação jurisdicional lá efetivada. Trata-se de raciocínio rotineiramente empregado nos julgados, vinculando o nível de exigência probatória à gravidade do delito, de modo que, para delitos de menor gravidade, uma prova mais frágil serviria para amparar um juízo condenatório (até porque a sanção penal seria mais branda).

Nada mais equivocado. O nível de exigência probatória não varia. Trata-se de mais um resquício de práticas (e de uma verdadeira racionalidade) inquisitoriais, ainda tão arraigadas no sistema contemporâneo e na forma de pensar de muitos daqueles que atuam no processo penal. Não se pode relativizar a presunção de inocência e o *in dubio pro reo* a partir de uma pseudomenor gravidade do fato. A proteção é processual e em relação ao exercício de poder corporificado na sentença condenatória, e esse poder (e conseqüente proteção-limite) não varia conforme a pena.

Tal erro histórico encontra definição naquilo que Cordero^[9] chama de “equação homeopática: à plena probatio correspondem as penas ordinárias; as *semiplenae probationes* implicam as penas diminuídas”. Essa era a lógica probatória do sistema inquisitório, absolutamente incompatível, por óbvio, com o processo penal contemporâneo.

Aury Lopes Jr