

XV. REFLEXÕES SOBRE O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL CONDENATÓRIO.

PATRÍCIA MARIA NÚÑEZ WEBER¹

SUMÁRIO: I INTRODUÇÃO. II CERTEZA E VERDADE. III QUESTÕES A SEREM PROVADAS, PROVA E ÔNUS PROBATÓRIO. IV FATOS CONSTITUTIVOS, IMPEDITIVOS, MODIFICATIVOS, EXTINTIVOS DE DIREITOS E DIREITO PENAL. V POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DA CORRELAÇÃO ENTRE O ARTIGO 156 DO CPP COM O ARTIGO 333 DO CPC. VI POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS QUE ATRIBUEM TODO O ÔNUS DA PROVA À ACUSAÇÃO, EM FACE DOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO FAVOR REI. VII REFLEXÕES FINAIS. VIII REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I INTRODUÇÃO

No labor jurídico diário, o debate sobre as provas está no cerne das atenções. Tendo em vista os limites da produção probatória decorrentes das próprias contingências humanas, em face de um processo que precisa findar em um prazo minimamente razoável, comumente faz-se necessária a observância de regras para a distribuição do ônus probatório, bem como para a resolução da demanda diante do insucesso na obtenção da certeza quanto aos fatos em análise.

Não obstante a importância prática do assunto, que redundaria inclusive no próprio teor da decisão judicial a ser proferida, verifica-se pouca produção doutrinária nacional referente especificamente ao ônus probatório, tanto subjetivo como objetivo, no processo penal condenatório.

A possibilidade de configuração de ônus processual às partes no processo penal, que caracteriza-se pela suposta busca da verdade real e pela atuação mais intensa do magistrado na instrução probatória; os tipos de ônus possíveis; a compatibilização ou não da existência de ônus subjetivo para a defesa diante do princípio do *in dubio pro reo* e as características que tal ônus, se possível for, terá no processo penal acusatório, são temas que requerem reflexão.

Excitando-nos com o assunto, propomo-nos a pesquisá-lo. A dificuldade da tarefa revelou-se mais árdua do que prevista.

Optamos, como metodologia, por um debate contínuo ao longo do trabalho com a obra de Gustavo Henrique Badaró, intitulada *Ônus da Prova no Processo Penal*, fruto de sua tese de doutorado na Universidade de São Paulo. A doutrina nacional sobre o tema, embora não tão específica, foi consultada, no máximo que nos foi possível.

¹ Procuradora da República. Mestranda em Direito Processual na UERJ.

Logramos expor ao final algumas conclusões que cremos acertadas, visando a compatibilização do ônus da prova subjetivo da defesa com a regra de julgamento consistente no *in dubio pro reo*, bem como com os princípios constitucionais da presunção de inocência, garantia do acesso à justiça, contraditório e ampla defesa.

Reconhecemos o caráter limitadíssimo da análise que será ora proposta, que, no entanto, nos serve de estímulo a continuidade do estudo sobre o tema. Esperamos que tal estímulo possa futuramente, quem sabe, também ser compartilhado por outros juristas, muito mais aptos a resolverem a questão, que requer seu lugar de destaque no pensamento jurídico nacional.

II CERTEZA E VERDADE.

Para MALATESTA, a verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. A certeza é, portanto, um estado subjetivo do espírito, podendo não corresponder à verdade objetiva. Certeza e verdade nem sempre coincidem; por vezes, tem-se a certeza do que objetivamente é falso; por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro. A certeza, considerada na sua natureza intrínseca, tal como é, e não como seria melhor que fosse, consiste num estado subjetivo da alma e não pode ser confundida com a realidade exterior.²

² MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Tradução de Alexandre Augusto Correia e anotações de Hélio Pereira Bicudo. São Paulo: Editora Saraiva, 1960. v. 1., pp. 22-3.

Prossegue o autor a análise sobre a verdade, nos termos ora sintetizados (pp. 25 e seguintes).

A inteligência é uma faculdade indispensável para a percepção da verdade, sendo a certeza a crença na sua posse:

As verdades, consideradas subjetivamente, quanto à maneira pela qual o espírito delas se apossa, dividem-se, portanto, em primeiro lugar, em duas grandes categorias: a verdade, a cuja posse chega o espírito pela simples percepção intelectual, é verdade puramente inteligível; a verdade a cuja posse não pode chegar o espírito sem o auxílio dos sentidos, nos limites destas necessidades, é verdade sensível.

O intelecto tem duas funções: a intuição e a reflexão. A verdade puramente inteligível, pode derivar da percepção imediata desta; é o caso da intuição pura, o caso da intuição, primeira função intelectual, atribuída às verdades puramente inteligíveis: tem-se em primeiro lugar a realidade ideológica que se afirma; e a certeza que se tem, é filha da evidência ideológica, e é **certeza intuitiva puramente lógica.**

Outras vezes, a verdade puramente inteligível não se percebe por via imediata; chega-se a ela por intermédio de uma outra realidade ideológica presente à nossa mente. A função do intelecto, que neste caso nos conduz de uma verdade conhecida a uma ignota, é a reflexão; e o meio pelo qual a reflexão leva o nosso espírito a uma outra verdade é sempre o raciocínio. A verdade que chegamos a conhecer se nos revela sob a luz de uma verdade mais geral; é a luz das verdades mais gerais que se espalha sobre as particulares, dando-as a conhecer. Da verdade geral, por dedução, extrai-se a verdade particular, demonstrada, que se pretende verificar; é o método evolutivo das ciências puramente racionais.

Destaca, no entanto, MALATESTA que esta certeza puramente lógica, seja intuitiva ou reflexiva, nunca é aquela de que se necessita tratar no direito penal. Em matéria criminal, cogita-se sempre da verificação dos fatos humanos. Não há fato humano sem materialidade que o exteriorize, evidência

A partir da diferenciação entre certeza e verdade, esclarece o autor sua firme posição quanto à impossibilidade de graduação do conceito de certeza, que não se confunde com a probabilidade sobre a ocorrência de um determinado fato:

“Até aqui, após haver mostrado que a divisão objetiva da certeza levou a afirmar a existência de certezas maiores e menores, vimos combatendo essas afirmações irracionais e demonstrando como a certeza, estado simples e indivisível da alma, é sempre idêntica e

ideológica, como o raciocínio puro ou dedução ideológica, não são fundamentos de certeza utilizáveis no crime.

Passa o autor a considerar, então, a intuição e a reflexão relativamente às verdades chamadas sensíveis. São verdades sensíveis tanto as que em si mesmas se constituem de uma materialidade imperceptível senão por meio dos sentidos, podendo chamar-se em particular verdades sensíveis materiais, quanto as que, embora sendo em si mesmas fatos psíquicos, como as da nossa consciência, só se podem perceber através da materialidade em que se exteriorizam, e que se podem chamar, em particular, verdades sensíveis morais.

As verdades sensíveis materiais podem ser percebidas tanto pela intuição como pela reflexão. As verdades sensíveis morais só se percebem pela reflexão. Consideremos, antes de mais nada, todas as verdades sensíveis materiais enquanto perceptíveis por via de intuição, o que dá lugar a uma espécie simples de certeza.

Depois, passaremos, pois, a considerar verdades sensíveis tanto materiais como morais, enquanto percebidas por meio de reflexões, o que dá lugar, como veremos, a uma certeza mista.

No primeiro caso, tratando-se, pois, de verdades materiais diretamente percebidas, o trabalho do intelecto é simples ao extremo, e é acessório da ação do sentido; afirma o que os sentidos lhe apresentam. É por isso que a esta certeza intuitiva das materialidades físicas chamamos, sem mais, certeza física, desprezando na denominação a indicação do elemento intelectual que é acessório, e que não consiste numa cooperação propriamente ativa do intelecto.

Eis, segundo nos parece, as duas espécies primitivas de certeza, bem distintas entre si; certeza puramente lógica, relativa às verdades puramente inteligíveis, e que é a que se obtém pelo trabalho exclusivo do intelecto, mediante a intuição ou a reflexão; certeza principalmente física, relativa às verdades sensíveis e que é a que se obtém principalmente por obra dos sentidos, ao qual, como acessório, adere o intelecto com a intuição dos sentidos.

Mas estas duas espécies simples nem sempre andam separadas: muitas vezes se combinam entre si. **Tem-se, em tal caso, uma terceira espécie de certeza: a certeza mista, que é a mais freqüente no crime.**

É tão pobre o campo das nossas verificações pessoais que, limitando-nos a ele, seríamos envolvidos pelo desconhecido; é o raciocínio que, alargando seus limites estreitos, amplia nossa visão intelectual para horizontes intermináveis. A certeza mista principia-se pela percepção sensória de uma dada materialidade; os sentidos colhem direta e principalmente determinada materialidade, relativamente à qual se tem certeza física. A reflexão, em seguida, função intelectual, subordinando esta materialidade particular à idéia geral experimental da ordem, faz com que desta materialidade conhecida por percepção direta, sejamos conduzidos ao conhecimento de um desconhecido que, embora material por sua natureza, não é percebido material e sensivelmente, e é por isso, para o nosso espírito, como uma realidade ideológica.

E esta certeza mista é, pois, subdividida em três subespécies, determinadas pelas diversas orientações do trabalho racional; a reflexão pode desenvolver a sua ação aclarando a relação entre a afirmação e a coisa afirmada, estabelecendo a verdade da afirmação, o que sucede nas provas materiais indiretas; pode desenvolver, ao invés, a sua ação aclarando simplesmente a relação entre o afirmante e a afirmação, estabelecendo a veracidade do afirmante, o que sucede nas provas pessoais diretas; e pode, enfim, desenvolver a sua ação para aclarar a dupla relação entre o afirmante e a afirmação e entre a afirmação e a coisa afirmada, o que sucede nas provas pessoais indiretas, isto é, no caso de que a afirmação da pessoa tenha por objeto uma afirmação indireta da coisa. (grifo nosso)

igual a si mesma, de onde não se poder, logicamente, falar senão da sua maior ou menor capacidade de erro enquanto considerada em abstrato; e, viemos, por isso, examinando esta diversa possibilidade de erro, como resultado da consideração abstrata das diversas espécies de certeza.” (pp. 44-5)

(...) “A graduabilidade da certeza leva, pois, de seu lado, à graduabilidade das provas. Daí as fantásticas determinações de prova plena, semiplena, semiplena maior, semiplena menor; depois os estranhos fracionamento das metades, dos quartos e dos oitavos de prova. Mas, felizmente, podemos poupar-nos á fadiga detes trabalhos aritméticos de frações; a prova não é e não pode ser senão um todo. Em matéria de certeza, repetimos, não existe meio termo; tem-se a certeza ou não se tem.” (p. 89)

A posição defendida por MALATESTA parece-nos condizente com a correta postura a ser adotada pelo julgador no processo, que através da análise profunda e rigorosa da prova produzida nos autos - e atuando supletivamente às partes, sempre que necessário-, atinja um grau de convencimento apto a gerar-lhe 'certeza' sobre o ocorrido. Importante destacar também que, embora haja diferença ontológica, há necessária correlação lógica entre certeza e verdade, uma vez que embora a certeza seja um estado de espírito acerca do conhecimento sobre um fato, tal estado é norteado pela convicção de que o conhecimento do fato obtido foi realizado da forma mais ampla, mais crível, e, por que não dizer, verídica possível. Tal constatação continua válida mesmo que sejamos adeptos às correntes filosóficas que enxergam a verdade absoluta como inatingível ao conhecimento humano, uma vez que há a verdade passível de ser alcançada no mundo dos fatos, que precisa orientar o nosso agir, sob pena de cairmos no império do discricionarismo e ignorância.

Outrossim, não podemos negar que a certeza parece-nos atingível, em termos metodológicos, através da análise probabilística dos elementos de prova disponíveis. Não se trata de meia certeza ou certeza plena, mas sim de que, diante da coerência das provas obtidas, o julgador será convencido da maior ou menor probabilidade de ocorrência do evento, o que suscita: **a) a ignorância sobre o fato:** não há elementos que lhe permitam questionar ou analisar o ponto; **b) a possibilidade, em termos genéricos, de ocorrência do fato:** trata-se de critério amplo, norteado pelas hipóteses aventadas pelas partes, hábeis a ser afastadas apenas quando tangem o absurdo; **c) a verossimilhança ou probabilidade de ocorrência do fato:** há elementos idôneos a identificar uma determinada configuração para os fatos em debate, embora de forma provisória, sujeita a dúvidas (normalmente, é o tipo de conjunto probatório necessário para o deferimento de medidas cautelares); **d) o altíssimo grau de probabilidade de ocorrência do evento: o espírito humano fica com a sensação de 'segurança' acerca do ocorrido, não havendo pontos relevantes de questionamento em sua mente.**

O processo acima descrito condiz com a lógica prática de atribuição do caráter de falso, possível, provável ou certo de um fato, bem como com as normas jurídicas existentes para determinar o grau de segurança exigível na prolação de uma decisão judicial.

Importante também destacar que a diferenciação realizada em termos de verdade real ou formal, no processo penal e processo civil, parece-nos falsa. O fato, em si, é verdadeiro ou é falso; o conhecimento que atingimos do fato pode-nos conduzir a certeza sobre a sua ocorrência ou não. Quanto melhor a colheita de provas realizada e menores os entraves referentes à provas legais e limitações probatórias³ injustificadas, melhor será o instrumental disponível para o alcance da 'verdade' sobre os fatos. Tanto assim é que, na atualidade, em virtude do caráter cada vez mais coletivo e diante da conscientização da natureza dita indisponível de inúmeros direitos pleiteados através do processo civil, existe no mesmo uma preocupação crescente com a melhor produção probatória e um maior ativismo judicial, e conseqüentemente com um uso mais restrito dos sucedâneos de prova (dentre os quais se destacam as presunções e o ônus da prova). Assim, falar-se em verdade formal ou material significa a aceitação de uma maior ou menor tolerância com o insucesso probatório ou apreciação limitada das questões em debate judicial.

III QUESTÕES A SEREM PROVADAS, PROVA E ÔNUS PROBATÓRIO.

A diferença entre fundamento, ponto e questão é bastante tormentosa, em especial no processo penal.

Os fundamentos, em princípio, não precisam ser rebatidos pelo julgador, sendo incabíveis os embargos declaratórios. Como exemplos, teríamos as citações jurisprudenciais e doutrinárias constantes nas peças redigidas pelas partes e as alusões de simples retórica realizadas. Este deve ser, parece-nos, o limite.

Os argumentos utilizados para afirmar ou infirmar a tipicidade, ilicitude, culpabilidade e punibilidade configuram pontos, a necessitarem apreciação, mesmo que realizada de forma conjunta.

Os pontos são todos os tópicos da acusação ou defesa que devem ser objeto de pronunciamento judicial. A questão é o ponto duvidoso, normalmente controvertido entre as partes.⁴

³ As limitações probatórias parecem-nos justas quanto estritamente necessárias para a preservação da dignidade da pessoa humana, que é um valor superior à exatidão dos pronunciamentos judiciais e à segurança jurídica. No entanto, não há que se olvidar que a justiça de uma decisão impõe o acerto mais adequado possível dos fatos em debate. Assim sendo, os impedimentos legais e os resquícios de provas legais, ainda muito presentes no nosso ordenamento jurídico, devem ser tidos como legítimos nos exatos termos que protegem direitos fundamentais, deixando de sê-los no momento que representam indevida limitação ao sistema da persuasão racional. Sobre o assunto, necessário consultar o artigo 'Processo Civil e Direito à Preservação da Intimidade', de José Carlos Barbosa Moreira, que bem retrata a incoerência dos dispositivos que regulam os impedimentos probatórios no sistema do Código de Processo Civil (*In Temas de Direito Processual*, Segunda Série, 2.ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 3-20), bem como o artigo 'A Prova no Processo Civil, do Código de 1973 ao novo Código Civil', de Leonardo Greco, aduzindo a necessidade de análise crítica das limitações probatórias hoje existentes (*In Estudos de Direito Processual*, Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, pp. 357-92).

⁴ A distinção também é feita por Bruno Mattos e Silva, citando Antônio Scarance Fernandes, na sua obra *Prequestionamento, Recurso Especial e Recurso Extraordinário*, disponibilizada no site www.brunosilva.adv.br/prequestionamento/argumento.htm, consultado na data de 31 de julho de 2007.

Como se constata a diferenciação é difícilíssima. Para maior tutela da ampla defesa e do contraditório, há que se entender, em especial no processo penal, que todas os pontos duvidosos são questões. Podem ser controvertidos ou não.

Inclusive, a questão não controvertida também pode ser objeto de prova, sempre que dos elementos constantes nos autos surjam indícios a infirmá-la.

Do exposto, salienta-se a amplitude do espectro probatório que se delinea no processo penal. A partir dos fatos em tese criminosos descritos na inicial⁵, suas circunstâncias, condições gerais e especiais, causas impeditivas, modificativas e extintivas, podem ser objeto de pronunciamento judicial, tenha ou não havido controvérsia específica sobre cada uma delas. Diante disso, urge que a tarefa probatória seja realizada de forma ampla e conduzente a racional análise dos fatos.

Vicente Greco Filho, no seu ‘Manual de Processo Penal’⁶, aduz que prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém. Adalberto Camargo Aranha, na sua obra ‘Da Prova no Processo Penal’⁷, explicita que: *“Num sentido vulgar (verificação, reconhecimento, etc.) significa tudo aquilo que pode levar ao conhecimento de um fato, de uma qualidade, da existência ou exatidão de uma coisa. Como significado jurídico representa os atos e os meios usados pelas partes e reconhecidos pelo juiz como sendo a verdade dos fatos alegados. Contudo, em quaisquer de seus significados, representa sempre o meio usado pelo homem para, através da percepção, demonstrar uma verdade. A verdade chega à inteligência humana através de um meio de percepção. Destarte, a prova pode ser entendida como todo o meio usado pela inteligência do homem para a percepção de uma verdade.”*

Leonardo Greco, no seu artigo ‘O conceito de prova’⁸, destaca o caráter polissêmico da expressão, adotada para expressar diversos momentos da atividade probatória:

“Assim, provas são, em primeiro lugar, os fatos probantes, os fatos que apresentam circunstâncias das quais se extrai o conhecimento dos fatos probandos;

- São os meios físicos de comunicação que transmitem os fatos probantes ou os fatos probandos ao conhecimento do julgador. Na prova judiciária, são os testemunhos, os documentos, os laudos periciais ou quaisquer outros, ainda não previstos ou regulados em lei;

- Provas são as atividades humanas desenvolvidas por diversos sujeitos, através das quais os meios de prova comunicam ao julgador o conhecimento dos fatos, de modo adequado a influir no seu

⁵ Não abordaremos neste trabalho o complexo tema referente a correlação entre acusação e sentença.

⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. Terceira Edição. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 174

⁷ ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. *Da Prova no Processo Penal*. Terceira Edição. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 05.

⁸ GRECO, Leonardo. O conceito de prova. In MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de Direito Processual Civil: Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 366-403.

Discordamos, no entanto, que os argumentos ou inferências desenvolvidos racionalmente, baseados em deduções, induções, máximas de experiência ou presunções sejam, propriamente, provas. São sucedâneos processuais, utilizados para suprir a prova sobre um fato. No campo penal, aliás, não se reconhece a possibilidade de criação de presunções relativas em desfavor do réu, sob pena de ofensa ao princípio da presunção de inocência.

juízo. Na prova judiciária é o procedimento probatório, com todos os seus atos de proposição, admissão e produção;

- Provas são ainda os argumentos ou inferências desenvolvidas racionalmente, com base em deduções, induções, máximas de experiência ou presunções, para influir no julgamento da existência dos fatos;

- Prova é, por fim, o conclusivo acerto da existência ou não dos fatos probandos, manifestado em decisão fundamentada pelo julgador com base em todos os elementos anteriores.”

Cabe destacar, ainda, por sua propriedade e pelo destaque dado ao princípio constitucional do contraditório, o conceito de prova formulado por Afrânio da Silva Jardim, na sua obra 'Direito Processual Penal': “*Concebemos a prova como sendo o resultado da demonstração, submetida ao crivo do contraditório processual, da real ocorrência dos fatos relevantes para o julgamento da pretensão do autor.*”⁹

A palavra ônus significa a necessidade de ser provado um fato, para ser reconhecida judicialmente uma pretensão manifestada.

Como refere Camargo Aranha¹⁰ “*Registre-se, de início, que a prova não constitui uma obrigação processual e sim um ônus, como a própria nomenclatura indica. Ambos diferem e a dessemelhança foi apresentada com maestria por Friedrich Lent: ‘A diferença substancial entre ônus e obrigação está, pois, no meu entender, na circunstância de que o adimplemento do ônus é deixado livremente à vontade da parte onerada ao contrário do que ocorre com a obrigação, qualquer que seja a reação provocada pelo seu inadimplemento. Pertence, pois, à essência da obrigação a necessidade de ser cumprida. Uma obrigação, cujo adimplemento fique ao arbítrio do obrigado, constitui uma contradição in re ipsa. Disto resulta que, enquanto o não-cumprimento do ônus não se apresente como ato contra o direito, visto que o comportamento da parte é deixado à sua escolha, o inadimplemento de uma obrigação é fato em contradição com a ordem jurídica e importa em conseqüências adequadas.*”

No mesmo sentido manifesta-se Ovídio Baptista, no volume I do seu Curso de Processo Civil¹¹: “*É necessário distinguir ônus de obrigação. A parte gravada com o ônus não está obrigada a desincumbir-se do encargo, como se o adversário tivesse sobre isso um direito correspondente, pois não faz sentido dizer que alguém tenha direito a que outrem faça prova no seu próprio interesse (DEVIS ECHANDIA, Teoria general, cit., p. 425).*”

Importante destacar, embora não concordemos com algumas das premissas sustentadas, o acerto da posição de Gustavo Henrique Badaró¹² acerca do descabimento de que atividade probatória do órgão ministerial seja apreciada como um dever (a exemplo do

⁹ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 202.

¹⁰ Obra referida, p. 7.

¹¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil*. Terceira Edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, v. 1 (Processo de Conhecimento), p. 289.

¹² Obra referida, pp. 225-9.

que ocorre quanto à indisponibilidade de sua atuação quando da verificação de crimes de ação penal pública). Em verdade, embora o órgão ministerial seja um órgão Estatal, que deve ter sua atividade submetida a rigoroso controle e fiscalização dos interessados, não é possível um tratamento desigualitário entre as partes no processo penal moderno, em uma visão paternalista/repressiva do Estado frente ao cidadão. Se para a defesa a prova é um ônus (e acreditamos que mesmo no processo penal o seja, de forma mitigada, em algumas situações, como veremos), para o *parquet* também o é. Ademais, na propositura da acusação, o órgão ministerial é *parte*, o que implica também o ônus de produzir as provas que lhe interessem. Inclusive, a posição de fiscal da lei, no curso da ação penal, em atenção à observância estrita do princípio da legalidade, também não se coaduna com um suposto dever probatório-principalmente se compreendido como dever probatório referente a provas hábeis a ensejar a condenação do denunciado.

Assim sendo, também entendemos que devemos falar de ônus probatório, seja da acusação ou da defesa, seja subjetivo ou objetivo, perfeito ou imperfeito, no processo penal moderno.

A classificação do ônus probatório, por sua relevância prática, merece destaque.

Cândido Rangel Dinamarco, na sua obra *A Instrumentalidade do Processo*, distingue os ônus absolutos (ou perfeitos) dos relativos (ou imperfeitos): “*conforme seu descumprimento conduza fatal e invariavelmente à consequência desfavorável ou prive inexoravelmente o sujeito de uma situação vantajosa possível- ou somente torne improvável a vantagem ou provável o prejuízo.*”¹³

Interessante análise é realizada por Gustavo Badaró, que julgamos inteiramente aplicável, acerca do caráter relativo ou imperfeito de todo ônus subjetivo de prova, em especial no processo penal. Sustenta o autor (pp. 185-7) que os princípios da comunhão da prova e da atuação supletiva do magistrado na atividade probatória¹⁴ implicam

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10. Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, pp. 245-6.

¹⁴ Destacamos sempre o caráter supletivo da atuação do magistrado na produção probatória, tendo em vista a necessidade de compatibilização da imparcialidade do juiz com a obtenção de um processo hábil à verificação da certeza possível dos fatos, tendo em vista a grandiosidade dos bens jurídicos discutidos, dentre os quais a liberdade humana. Não julgamos que a atuação supletiva do magistrado implique em impossibilidade de configuração do sistema acusatório, ao menos nos seus pontos essenciais, uma vez que a atuação das partes-acusação e defesa, perfeitamente diferenciadas do órgão jurisdicional, em um processo desenvolvido sob o prisma do contraditório, tutelando-se o princípio do *favor rei* (jurisdicionado), parece-nos configurar as linhas mestras de tal sistema processual. Ao contrário, a postura omissa e ausente do juiz, despreocupado com o melhor ou pior acerto dos fatos, significa, ao nosso ver, um amoralismo desconforme com a legitimação buscada pelo Poder Judiciário no exercício de suas funções no Estado Democrático de Direito.

FREDERICO MARQUES (*Elementos de Direito Processual Penal*. 2. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1965, v. 2, p. 285), no entanto, expressa grande temor pela atividade probatória do magistrado, nos seguintes termos: “*Tal não ocorre, porém, com o juiz que preside à instrução e depois deve proferir sentença definitiva sobre a acusação deduzida na denúncia. Se ele entregar-se à instrução da causa, com o ardor de um detetive diligente, estará quebrada a garantia da defesa plena e comprometida toda a estrutura acusatória do processo penal. (...) O magistrado tem de manter-se sereno, imparcial, comedido, equilibrado e superposto ao litígio, para decidi-lo com a estrita exação de tudo quanto deva imperar na excelsa função de dizer o direito e dar a cada um o que é seu. Pensar que o juiz precise descer à arena das investigações, como se fosse um policial a procura de pistas e vestígios, seria tentar a ressurreição das devassas, do procedimento inquisitivo e criar o risco e perigo de decisões parciais e apaixonadas, com grande prejuízo, sobretudo, para o direito de defesa.*”

necessariamente na mitigação do ônus subjetivo da prova, uma vez que “*somente se a prova não for produzida pela parte sobre quem incide o ônus, nem pela parte contrária, nem sequer pelo juiz, é que o processo será decidido segundo as regras de distribuição do ônus da prova*”.

Inclusive, como bem destacado por Vicente Greco Filho, na sua obra já referida, “*Por muito tempo somente se considerou o ônus da prova sob o aspecto subjetivo, ou seja, da necessidade de a parte provar para vencer ou das conseqüências para a parte que deveria provar e não o fez. A doutrina processual austríaca viu outro aspecto do ônus da prova, o ônus objetivo, voltado para o juiz, o qual deve levar em consideração toda a prova constante dos autos, independentemente de quem a tenha produzido. À parte incumbe o ônus da prova de determinados fatos (ônus subjetivo), mas ao apreciar a prova produzida não importa mais quem a apresentou, devendo o juiz levá-la em consideração (ônus objetivo). Há que se reconhecer a impropriedade da expressão 'ônus objetivo', porque o juiz não tem ônus, mas dever funcional de decidir, ainda que a prova seja complexa ou os fatos sejam incertos. Podemos, também, chamar o 'ônus objetivo' de princípio da comunhão da prova, ou seja, a prova vale para ambas as partes independentemente de quem a tenha produzido. Daí se dizer que a prova nos autos não é da acusação ou da defesa, mas do juiz.*” (p. 181)

A par de sua relativização, o ônus subjetivo, entendido como a faculdade das partes provarem os fatos de seu interesse, continua sendo extremamente importante. A distribuição do ônus da prova pelas partes atende a critérios de equidade, quais sejam: a) proximidade com a fonte ou o meio de prova; b) normalidade no decorrer dos eventos a serem apreciados, a fim de que não ocorra uma oneração não razoável da atividade probatória de uma das partes, com o conseqüente aviltamento do seu interesse; c) posição da parte relativamente ao efeito jurídico que pretende conseguir (teoria de Micheli)¹⁵; d) maior

¹⁵ Vicente Greco Filho, no seu *Manual de Processo Penal*, pp. 180-1, ainda apresenta sucintamente as teorias de Chiovenda, Carnelutti, Betti e Micheli nos seguintes termos:

Chiovenda, depois de reconhecer as dificuldades de formulação de regras rígidas sobre a repartição do ônus da prova, lembra que o problema está ligado ao princípio dispositivo ou de iniciativa de parte, proque, se ao juiz incumbisse a investigação plena da prova, a questão não existiria. Em resumo, Chiovenda resolve o problema pelo interesse que cada parte tem em provar determinado fato, porque deseja que seja considerado pelo juiz como verdadeiro. Os critérios, portanto, seriam de mera oportunidade.

Carnelutti objetou que o critério do interesse é equívoco, porque, alegado um fato, ambas as partes têm interesse em direção oposta. O interesse na afirmação de certo fato é unilateral, só de quem serve de base para o pedido, mas o interesse na prova é bilateral: um quer fazer prova e o outro contraprova. A distribuição do ônus da prova, portanto, não pode fundar-se no interesse de provar, mas no interesse em afirmar certo fato: ao autor interessa afirmar os fatos constitutivos de seu direito e, portanto, compete prová-los, e ao réu interessa afirmar fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor, daí, também, o ônus de a estes provar.

Betti considerou que mesmo a colocação de Carnelutti é ambígua, concluindo que o ônus da afirmação, decorrente do pedido ou da exceção, é que gera o ônus da prova, em virtude da igualdade das partes. O autor, para obter o resultado favorável, deve afirmar certos fatos e conseqüentemente prová-los, sob pena de perder a demanda; o réu tem interesse em contraprova-los, mas não o ônus, que se limita aos fatos que precisa afirmar para impedir a conseqüência jurídica pretendida pelo autor.

Micheli entende que a repartição do ônus da prova é definida pela posição da parte relativamente ao efeito jurídico que pretende conseguir, verificando-se como se manifesta o processo em concreto. Em princípio, porém, ao autor incumbe a prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu a prova dos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor. A grande contribuição de Micheli, contudo, foi a de salientar que as regras do ônus da prova são, para o juiz, regras práticas de julgamento, ou seja, para a resolução da demanda em face da falta ou insuficiência de prova de algum fato.” A conceituação feita por Carnelutti, sob o

facilidade probatória no que pertine aos fatos positivos propriamente ditos, do que em relação aos fatos negativos, mesmo sendo reconhecida a possibilidade dos fatos negativos serem provados através da constatação de fatos positivos que lhe sejam contrários.¹⁶

Seria destacável, ainda, o tratamento processual igualitário das partes, em um procedimento no qual seja garantido o debate e atuação contraditória no processo. Até porque, no limite, a desigualdade absoluta de tratamento implica em vedação ao efetivo acesso à justiça, direito fundamental também garantido por nossa Constituição Federal.

A existência de ônus probatório para a defesa, na forma como sustentaremos neste trabalho, não se contrapõe à aplicação do princípio do *in dubio pro reo*¹⁷ como regra de julgamento necessária ao processo penal. Assim, por exemplo, a ilicitude e a culpabilidade, por se configurarem normalmente/razoavelmente diante da prática confirmada de um fato típico, não serão objeto de dúvida pelo julgador, em princípio, se não questionadas. Se as provas produzidas contraditarem a ilicitude da conduta ou a culpabilidade do autor¹⁸, gerando

ênfase dado por Micheli, foi adotada pelo artigo 333 do nosso Código de Processo Civil, que disciplina caber ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

¹⁶ Segundo Vicente Greco Filho, na obra já referida, p. 183: “o brocardo ‘negativa non sunt probanda’ é absolutamente inadequado em face do direito vigente, porque, se a inexistência de um fato é colocada pela lei material como constitutiva de um direito, ao autor incumbe provar que o fato não existe. A prova do fato inexistente se faz provando-se um fato contrário positivo. O que é impossível de se provar não é o fato negativo (que se converte num positivo contrário), mas o fato indeterminado (ex.: provar que alguém nunca esteve em determinado lugar). Todavia, os fatos indeterminados acabam perdendo sua relevância no plano do direito material e, portanto, como irrelevantes não são objeto de prova. Para serem relevantes devem os fatos ter certa determinação, o que os torna passíveis de prova.”

¹⁷ Gustavo Badaró, na sua obra *Ônus da Prova no Processo Penal*, já referida, destaca três acepções referentes ao princípio da presunção de inocência (pp. 283-6): a) uma presunção política, garantindo a liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal. b) uma regra de julgamento a ser utilizada sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo. Nesta acepção, presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*. c) uma regra de tratamento do acusado durante todo o processo, não permitindo que ele seja equiparado ao culpado.

¹⁸ A tipicidade é ao menos indiciária da ilicitude ou uma expressão provisória da ilicitude, hábil a ser infirmada tão-somente diante das causas excludentes previstas legalmente, mesmo para os adeptos da teoria do ‘tipo de injusto.’ Assim, a regra é que o fato típico seja ilícito, a exceção está no afastamento da ilicitude por alguma causa excludente, entendida como um tipo justificador. Vale a pena transcrever os ensinamentos do sempre mestre Francisco de Assis Toledo, na sua obra clássica ‘Princípios Básicos de Direito Penal’ (5. edição. São Paulo: Saraiva, 1994, fls. 120-2): “O conceito de injusto, aqui esboçado de forma tão resumida e didática quanto possível, revela a correlação íntima entre tipo e ilicitude e põe à tona o intercâmbio existente entre ambos. Tanto isso é verdade que, se, de um lado, não há dificuldades para traçar-se a linha divisória entre injusto e culpabilidade (o crime é um injusto culpável), o mesmo não ocorre entre injusto e tipicidade ou entre esta e ilicitude, circunstância que levou Miguel Reale Junior a afirmar: ‘Constituem um mesmo momento o juízo de tipicidade e o de antijuridicidade, correspondendo à culpabilidade, como juízo de valor, significar a reprovabilidade da ação injusta’. E mais adiante: ‘A antijuridicidade não é algo que se acrescenta ao fato através de um juízo de valor. É antes _poder-se-ia acrescentar_ um elemento do injusto que só se dá, na esfera penal, enquanto típico’. Isso não significa, porém, conforme veremos logo adiante, que se deva confundir, no plano puramente dogmático, o tipo com a antijuridicidade e renunciar a busca de qualquer distinção entre esses dois elementos do conceito dogmático de crime, pois ambos se implicam mas não se equivalem. (...) Não obstante, como as causas de exclusão da ilicitude surgem destacadamente na lei, delimitadas pelo legislador com a mesma técnica utilizada na elaboração dos tipos legais de crime (nestes se descreve a conduta proibida: naqueles, a conduta permitida), parece-nos irrecusável ter-se que aceitar, como de boa filiação, a autonomização formal dos tipos em tipos incriminadores e tipos justificadores, a que se refere Figueiredo Dias. Isso conduz à obtenção de resultados práticos valiosos, justificando a técnica de aferição da ilicitude de uma conduta concreta através da dupla via tradicionalmente percorrida pelo juiz- única realizável na praxis-consistente, primeiro, em constatar-se a subsunção da conduta concreta ao tipo legal; depois, passar-se á

dúvidas acerca de sua perfectibilização, a aplicação do princípio do *in dubio pro reo* decorrerá da opção política estatal de supremacia do princípio da presunção de inocência à segurança social.

Como bem destaca Gustavo Badaró¹⁹, a distribuição do ônus da prova segundo o critério da normalidade foi proposta, de início, por Webber. Quem pretende demonstrar o fundamento de um direito terá de provar suas condições essenciais que, em regra, são eficazes para lhe dar origem. Já as condições gerais de cada direito não precisam ser demonstradas pelo interessado, porque sua presença é presumida. Se o adversário invocar a ausência de condições gerais, que se caracterizam como impedimentos do direito, a ele incumbirá prová-las, porque estará se fundando em uma exceção à regra. O critério da normalidade parte da distinção entre condições essenciais e condições gerais de um direito. As condições essenciais, por serem específicas de cada direito, devem ser demonstradas por quem as invoca, não se podendo presumir sua existência. Já as condições gerais dos negócios jurídicos, porque normalmente estão presentes, podem ser presumidas. Assim, como a ausência de condições genéricas é excepcional, quem as invoca precisa prová-las.

Em suma, as condições normais de um direito não precisam ser provadas por quem as invoca. Já as anormais devem ser provadas por quem as alega. O que é ordinário não precisa se provar, já o que é anormal, excepcional ou extraordinário deve ser provado.

BADARÓ destaca ainda que Fitting, em vez de basear-se na dicotomia normalidade/anormalidade, distingue entre regra e exceção. Para o jurista alemão, o ordenamento jurídico é composto por um conjunto de normas-agentes e normas-reagentes. Para se determinar quais são as normas-agentes e as normas-reagentes é necessário analisar as relações de fato que acontecem na vida. As normas-agentes se consubstanciam em fatos considerados normais, regulares. Já as normas-reagentes, ao contrário, fundam-se nos fatos excepcionais. Percebe-se, portanto, que as normas-agentes são normas-regras, cujos pressupostos fáticos devem ser provados por quem as invoca. De outro lado, as normas reagentes são normas-exceção, cujo substrato fático deve ser demonstrado pelo adversário, isto é, pela parte contrária a quem alegou uma norma-regra.

verificação da inexistência das causas de exclusão da ilicitude. Assim, como bem salienta Figueiredo Dias, nesta área, a questão não se coloca em termos de verdade ou falsidade, 'mas em termos de maior ou menor utilidade na construção sistemática do conceito de crime'. 'Em face do exposto- prossegue o autor citado- pode formalmente aceitar-se a doutrina dos elementos negativos do tipo e conceber-se este como tipo total que engloba todos os elementos relevantes para a valoração da ilicitude; ou pode, diversamente, considerar-se que ele abrange apenas os elementos configuradores de uma espécie de delito (que ele é, nesta acepção, um tipo de delito), sendo depois, na perspectiva da ilicitude, limitado por causas justificativas que do exterior se lhe impõem, de tal modo que o tipo é só uma expressão provisória de ilicitude e que esta se afirma só sob reserva da não-intervenção de uma causa justificativa.'

Preferimos a segunda alternativa, por parecer-nos que a primeira representaria um parcial retorno na direção do tipo em sentido amplo, de antes de Beling. Além disso, a concepção do tipo como portador de um juízo de desvalor condicionado tem contado com o apoio de prestigiosos penalistas, dentre os quais Mezger (Von sinn der Strafrechtlichen Tatbestanden) e Sauer (Grundlagen). (sublinhado).

Culpabilidade, por sua vez, como bem destaca Francisco de Assis Toledo, seguindo a doutrina finalista, é um juízo valorativo, um juízo de censura que se faz ao autor de um fato criminoso. Esse juízo só pode estar na cabeça de quem julga, mas tem por objeto o agente do crime e sua ação criminosa. A culpabilidade é afastada, também, a partir da oposição de fundamentos, aceitos juridicamente, ao juízo de reprovabilidade da conduta do agente que praticou o fato típico ou ilícito (ou tipo injusto).

¹⁹ Obra referida, pp. 244-6.

Com base em tal lógica, que julgamos de fundamental importância na análise do ônus da prova subjetivo ainda na atualidade no processo penal, o Código Napoleônico de 1806 adotou distinção baseada em fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos do direito (hoje acolhida pelo artigo 333 do nosso Código de Processo Civil). A distinção entre tais fatos, conforme desenvolvimento procedido por MICHELI, já referido (a partir de análise realizada por Chiovenda, Carnelutti e Betti), ensejou a noção de repartição do ônus da prova entre as partes em conformidade com a sua posição relativamente ao efeito jurídico que pretende conseguir.

Cabe, pois, apreciarmos agora o que são fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos de direitos, em especial no âmbito penal.

IV FATOS CONSTITUTIVOS, IMPEDITIVOS, MODIFICATIVOS, EXTINTIVOS DE DIREITOS E DIREITO PENAL.

Vicente Greco Filho expõe a questão em termos bastante sintéticos (p. 182): *“A construção da teoria do ônus da prova no processo penal pode partir, então, do critério vislumbrado por Micheli e acolhido pelo Código de Processo Civil, de que à acusação cabe a prova do fato constitutivo de sua pretensão ou de seu direito, que são as elementares do tipo e da autoria. Fatos constitutivos são aqueles que, se provados, levam à consequência jurídica pretendida pelo autor. A relevância ou não de determinado fato para a produção de certo efeito jurídico é dada pelo direito material, porque nele estão definidas as relações jurídicas e os respectivos fatos geradores de direitos subjetivos. A acusação afirma certos fatos porque deles pretende determinada consequência de direito, a condenação; esses são os fatos constitutivos que lhe incumbe provar sob pena de perder a demanda. (...) Ao réu incumbe, em princípio, a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão acusatória, ou seja, o fato que, a despeito da existência do fato constitutivo, tem, no plano do direito material, o poder de impedir, modificar ou extinguir aquela pretensão - são desse tipo as excludentes.”*

Exporemos brevemente a distinção adotada por GUSTAVO BADARÓ (pp. 246 e seguintes), com base na doutrina estrangeira, extremamente elucidativa quanto à classificação exposta.²⁰

Fatos constitutivos são aqueles que tem a eficácia jurídica de fazer nascer, de constituir uma relação jurídica. São fatos que dão vida ao direito. Em regra, o ônus destes fatos incumbe ao autor. Fatos modificativos ou extintivos são fatos que operam em um momento posterior à constituição da relação jurídica, tendo a força de modificar a eficácia jurídica já produzida por essa relação ou determinar a sua extinção. O ônus da prova dos fatos modificativos e extintivos, em regra, incumbe ao réu.²¹

²⁰ Na doutrina nacional o tema está a merecer análise, uma vez que as obras consultadas trazem sucintamente a distinção ou a consideram pré-compreendida.

²¹ Utilizamos a expressão 'em regra' porque o direito processual ou material pode, em determinadas circunstâncias, subverter a distribuição exposta com base no critério da normalidade e da equidade na atuação das partes. Obviamente, tal postura só resulta aceitável quando explicitamente expõe o desejo do legislador de

Por fim, os fatos impeditivos são aqueles cuja ausência é necessária para a eficácia jurídica dos fatos constitutivos e cujo concurso impede a produção de seus efeitos. Os fatos impeditivos quando comprovados impedem que o fato constitutivo produza o efeito que lhe é normal ou próprio, que constitui a sua razão de ser. Também para os fatos impeditivos o ônus da prova, em regra, é do réu.

Destaca o autor não haver dificuldade na distinção entre os fatos constitutivos e os modificativos e extintivos, uma vez que os dois últimos ocorrem depois que o fato constitutivo já produziu seus efeitos. Não há sincronicidade temporal entre eles.

Em relação aos fatos impeditivos, seu aperfeiçoamento se verifica juntamente com os fatos constitutivos. A verdade é que, como bem destaca o autor, os fatos impeditivos são uma inversão de sinais em relação às circunstâncias genéricas que acompanham os elementos essenciais dos fatos constitutivos. Assim, as condições genéricas, por pertencerem ao campo da normalidade, não precisam ser especificadamente demonstradas, devendo, isto sim, ser infirmadas por algum obstáculo ao seu aperfeiçoamento, constituindo os chamados fatos impeditivos.

Tal constatação não é fruto da adequação ou inadequação da distinção entre fatos constitutivos e impeditivos, mas trata-se de uma verificação epistemológica genericamente aplicável, da qual o estudo científico jurídico apropriou-se. Expliquemo-nos através de um exemplo.

No momento que procuramos demonstrar que José possui olhos azuis, procuramos depoimentos, fotografia, filmagens que focalizem sua cor de olhos. A partir disso será desenvolvido o raciocínio empírico aceitável e esperado por todos. Não há necessidade de que analisemos seu glóbulo ocular, seus nervos, a partir de exames médicos, por exemplo.

No entanto, se alguém nos argumenta que ele não possui olhos, mas trata-se de uma prótese, estaremos no campo da anormalidade, quanto a uma circunstância genérica, que é o fato da pessoa possuir olhos, para tê-los azuis. Primeiramente, sem o argumento ser lançado, a investigação sobre tal questão seria irrazoável e desnecessária (se partíssemos no plano da realidade à demonstração de todos os elementos constitutivos físicos, químicos, biológicos, culturais de tudo o que aludimos chegaríamos a absoluta impossibilidade de alegarmos qualquer fato e de o demonstrarmos). Não é assim que opera nosso raciocínio, seja indutivo, seja dedutivo.

Além do argumento ser lançado por outrem (no caso não cabe seu pronto afastamento, pois ele não é em si absurdo), espera-se que o opositor nos dê elementos de convencimento acerca do mesmo. Tais elementos (que podemos chamar de provas) poderão nos acarretar a dúvida sobre a existência da prótese (exemplo: testemunhos sobre a colocação da prótese no João, um pouco obscuros) ou nos conduzir a certeza da cirurgia (laudos

favorecer uma determinada parte processual e dentro de limites que não afetem o direito à eficaz tutela jurisdicional, que tem magnitude de preceito fundamental.

GUSTAVO BADARÓ destaca (pp. 254-5) que os ônus precisam ser considerados conjugando a norma material abstratamente considerada com a pretensão concretamente formulada pela parte, nos termos bem explicitados por Gian Antonio MICHELI, já referidos. A ressalva presta-se, essencialmente, ao caso das declarações negativas ou ações rescisórias (desconstitutivas). Os fatos constitutivos de tais demandas são, para o direito material, fatos impeditivos, modificativos ou extintivos de direitos. De qualquer forma, a importância e utilidade da classificação exposta e sua aplicabilidade aos ônus de prova continuam a mesma, havendo apenas que se conjugar o critério extraído do direito material com a posição da parte no processo.

médicos, testemunhos esclarecedores). Estaremos no campo da verossimilhança ou da certeza. De qualquer forma, a demonstração do contra-argumento relativo à questão genérica, relativa a uma normalidade biológica esperada, impõe-se ao opositor.

Tal exemplo pode ser estendido aos demais fatos cotidianos, sendo que a atuação esperada dos sujeitos permanece a mesma no campo jurídico. Não nos olvidemos, como bem destaca Jeremias Bentham, citado por Leonardo Greco no seu artigo sobre 'O conceito de prova', que a prova é um instrumento que o processo tomou emprestado da realidade da vida.²²

Retomando a análise de GUSTAVO BADARÓ, destaca o autor dois critérios geralmente empregados para a distinção entre fatos constitutivos e fatos impeditivos. O primeiro é a linguagem utilizada pelo legislador ao estabelecer o comando legal. Quando o legislador insere, no contexto de uma proposição normativa, expressões ou conjuções alusivas a uma situação diversa ou excepcional, é porque deseja impedir que se produzam os efeitos ligados aos elementos precedentemente descritos. Expressões como 'salvo se', 'exceto', 'a não ser que', ou outras semelhantes, indicam que o elemento contido na oração condicional deve ser considerado como fato impeditivo do direito.

Outra forma de distinguir fatos constitutivos dos impeditivos é o critério da normalidade. Na normalidade dos casos, as circunstâncias genéricas necessárias para a eficácia específica dos fatos constitutivos estarão presentes. Por exemplo, nos contratos, normalmente, o agente é capaz e o objeto é lícito. São estas circunstâncias genéricas, normalmente presentes, que, quando excepcionalmente estiverem ausentes, caracterizarão um fato impeditivo do direito. Nos exemplos dados, seriam fatos impeditivos a incapacidade do agente ou a ilicitude do objeto. Os fatos impeditivos são fatos que, na medida do *id quod plerumque accidit*, não ocorrem quando se verifica um fato constitutivo.

Pois bem, analisemos a repartição dos elementos do delito a partir da classificação proposta. Cabe aduzir que a doutrina nacional é bastante pacífica, com poucas discrepâncias, quanto ao enquadramento que será ora trabalhado (José Frederico Marques, Helio Tornaghi, Vicente Greco Filho, Bento de Faria, Camargo Aranha, Irajá Pereira Messias, etc.). No entanto, cremos interessante analisá-lo com cuidado, a partir das noções acima referidas.

A configuração dos elementos do tipo penal (tanto nos seus elementos objetivos, subjetivos e normativos) e a autoria delitiva são os pressupostos básicos para a aplicação de qualquer sanção criminal. Obviamente, a configuração de tais elementos, por serem essenciais à condenação, é ônus da acusação.

A descrição de condutas, na forma de tipos legais, é uma garantia do cidadão, tendo em vista o princípio da legalidade estrita que vige no Direito Penal.

Quanto ao elemento subjetivo, costuma-se dizer que o dolo é presumido e a culpa precisa ser provada. Em verdade, não se trata de presunção de dolo.²³

²² BENTHAM, Jeremias. *Tratado de las pruebas judiciales*. Comares: Granada, 2001, p. 15.

²³ A presunção é um sucedâneo da prova, juntamente com as provas legais, os indícios, o fato notório e o ônus da prova. Eles não se destinam a levar ao juiz a verdade sobre um fato, mas são instrumentos que possibilitam que o juiz julgue o processo, ainda que não tenha certeza sobre a ocorrência ou não de um fato relevante para a decisão. Nas presunções judiciais, o juiz passa de um fato provado a outro não provado, pois com base na prova de um determinado fato, que não constitui o *thema probandum*, o juiz, por meio de um processo mental, conclui

O que ocorre é que os elementos psíquicos, por serem internos ao agente, só podem ser conhecidos através de fatos objetivos pelos quais eles se exteriorizam. Ao julgador não há como conhecer o caráter da vontade do agente a não ser por sua exteriorização, através da análise conjugada das provas dos autos.²⁴

Difícilmente haverá, isto se puder haver, alguma prova específica quanto ao agir doloso do acusado. Dos elementos juntados, especialmente da forma como o crime foi desenvolvido, atinge-se um estado de segurança/certeza quanto ao dolo. A característica de que o dolo, em regra, encontra-se presente a partir do cometimento dos elementos objetivos do tipo penal induz a argumentação de que ocorre uma presunção. Trata-se na verdade do mecanismo pelo qual a vontade intrínseca se exterioriza.

No caso da culpa, quando se aduz a suposta falta de presunção, quer-se significar que além do convencimento trazido pelos elementos objetivos de exteriorização do fato típico, há que serem evidenciados alguns requisitos específicos, que configuram a imprudência, imperícia ou negligência, formas do agir culposos.²⁵

Agora, no caso do erro de tipo, o caráter da absoluta anormalidade do estado psíquico do agente diante de algum ou de todos os elementos que compõem o tipo penal torna a prova do erro um ônus da defesa. Assim, se o agente alega que portava substância entorpecente por pensar tratar-se de algum medicamento que utiliza, tal situação em princípio não é crível ou esperada. A simples alegação do fato está no campo da possibilidade, uma vez que não é absurda. Agora, caberá a defesa demonstrar elementos que exteriorizem, a partir de

que ocorreu um outro fato, este sim, objeto da prova. Provada a ocorrência do fato x, o juiz presume a ocorrência do fato y.

Maria Thereza Moura (*A prova por indício no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994), citada em nota de rodapé na p. 278 da obra de GUSTAVO BADARÓ, faz clara distinção entre presunções e indícios, que merece transcrição: “*Aí reside, ao nosso ver, a diferença substancial entre indício e presunção simples, ou do homem: esta é ilação que o magistrado tira de um fato conhecido, partindo tão-somente da experiência comum, para afirmar, antecipadamente, como provável, fato desconhecido. Vale dizer, antes que de outra forma seja provado. Aquele, o indício, remonta, de fato específico e concreto, a uma conclusão, cujo conteúdo é fornecido de proposição geral, ditada da lógica ou da experiência comum. Aqueles que identificam indício e presunção equivocam-se, ao nosso ver, porque confundem a ilação indiciária com a presuntiva: como vimos, a primeira ocorre a partir de fatos concretos, enquanto a segunda nasce de um atributo genérico.*”

²⁴A alegada prova direta de tais fatos decorreria de confissão judicial ou documento de próprio punho. No entanto, como tais elementos são produzidos pelo próprio autor da vontade, que racionalmente exterioriza os elementos de convicção desejáveis, eles podem expressar exatamente o contrário do elemento subjetivo que norteou sua ação.

²⁵ Adalberto Camargo Aranha, na sua obra já referida ‘Da Prova no Processo Penal’, p. 13, faz a seguinte diferenciação: “*É, portanto, excepcional a punibilidade da culpa. Geralmente a norma penal pressupõe no destinatário uma vontade diretamente contrária ao preceito, ou seja, vontade dirigida ao evento proibido ou a um resultado imposto e obrigatório. A derrogação há de ser expressamente indicada, isto é, devem ser declarados taxativamente os casos em que a vontade seja punível, conquanto não dirigida nem ao evento interdito nem ao imposto. Noutros termos, assentada a normalidade do dolo, resulta a excepcionalidade da culpa, donde o imperativo da declaração expressa.*”

Consequentemente, a normalidade faz com que o dolo seja presumido, enquanto a excepcionalidade impõe à acusação demonstrar a existência de culpa.

Esta é a doutrina majoritária sobre o assunto. No entanto, em verdade, parece-nos que a demonstração da culpa deve-se à circunstância de que o agir culposos tem especificidades que precisam ser delimitadas (circunstâncias que atestem a negligência, imperícia e imprudência) não exteriorizáveis diretamente, em regra, a partir dos elementos que identificam o tipo objetivo.

sua análise conjunta, a probabilidade do erro. Por se tratar também de estado psíquico sua demonstração depende da análise conjugada de elementos diversos que permitam a compreensão da vontade do agente (ex.: laudos médicos atestando que o denunciado inalava substância medicamentosa com aparência similar à cocaína, etc.).

Enfim não é o caráter subjetivo do elemento a ser apreciado que torna possível o uso de eventual presunção (inclusive, quando a doutrina aduz a palavra presunção, observa-se que a referência é pertinente ao mecanismo de constatação da vontade do agente). A distribuição do ônus para a defesa se justifica diante da anormalidade do erro, de sua proximidade probatória e posição processual quanto ao fato. Na classificação já explicitada, trata-se de um fato impeditivo.

A oposição da ilicitude, por sua vez, como fato impeditivo justifica-se, parece-nos, seja em face das teorias que apregoam clara distinção entre a tipicidade e a ilicitude, quanto aquelas que defendem o tipo penal de injusto, a englobar a ilicitude do fato.²⁶ Não vemos diferença substancial entre elas no que pertine ao ônus da prova.

A ilicitude, estando ou não englobada no tipo penal é necessária para a configuração do fato criminoso. O tipo será sempre, ao menos, indiciário da ilicitude, uma vez que as condutas tipicamente previstas são, em regra, proibidas pelo Direito Penal. Havendo alguma circunstância que as torne lícitas, o ilícito esperado será afastado. Assim, há autores que trabalham com a noção de tipos permissivos (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal); outros preferem falar em elementos negativos do tipo penal de injusto (ausência de legítima defesa, ausência de estado de necessidade, ausência de exercício regular de direito, ausência de estrito cumprimento de dever legal).

Em realidade, conforme inclusive apregoa Francisco de Assis Toledo, o tratamento das causas excludentes de ilicitude como tipos permissivos facilita a compreensão e demonstração das mesmas, o que é salutar no Direito Penal.

No entanto, os fundamentos da incumbência do ônus subjetivo para a defesa quanto às causas excludentes de ilicitude continuam os mesmos:

a) elas representam um afastamento da normalidade ou das condições genéricas de perfectibilização do evento, o que fundamenta serem tratadas como fatos impeditivos. Eles são, como já referidos, a visualização, com sinal invertido, de uma condição genérica ou normal presente no fato jurídico.

²⁶ Vale referir novamente o ensinamento de Francisco de Assis Toledo (*Princípios Básicos de Direito Penal*), que apregoa o crime como um injusto culpável (pp. 119-125): “O conceito de injusto, aqui esboçado de forma tão resumida e didática quanto possível, revela a correlação íntima entre tipo e ilicitude e põe à tona o intercâmbio existente entre ambos. Tanto isso é verdade que, se, de um lado, não há dificuldades para traçar-se a linha divisória entre injusto e culpabilidade (o crime é um injusto culpável), o mesmo não ocorre entre injusto e tipicidade ou entre esta e ilicitude, circunstância que levou Miguel Reale Junior a afirmar: ‘Constituem um mesmo momento o juízo de tipicidade e o de antijuridicidade, correspondendo à culpabilidade, como juízo de valor, significar a reprovabilidade da ação injusta’. E mais adiante: ‘A antijuridicidade não é algo que se acrescenta ao fato através de um juízo de valor. É antes _poder-se-ia acrescentar_ um elemento do injusto que só se dá, na esfera penal, enquanto típico’. Isso não significa, porém, conforme veremos logo adiante, que se deva confundir, no plano puramente dogmático, o tipo com a antijuridicidade e renunciar a busca de qualquer distinção entre esses dois elementos do conceito dogmático de crime, pois ambos se implicam mas não se equivalem. (...)”

b) a proximidade da prova, quando não a condição de sua realização adequada, será da defesa. Citando um exemplo clássico trazido por Damásio de Jesus²⁷, o bombeiro que deixa de atender a um incêndio de pequenas proporções para atender a outro de maior gravidade deve demonstrar, para que se perfectibilize o estado de necessidade, a existência do segundo incêndio e sua gravidade maior, uma vez que são dados do seu conhecimento, conforme alegado, e hábeis a serem pelo mesmo demonstrados;

c) a posição de interesse processual na alegação. O acusado, assim como tem o direito de mentir, tem direito a alegar tudo que lhe seja conveniente, tornando-se necessário exigir-lhe uma parcela de empenho na produção probatória quanto aos elementos que determinem o afastamento, por fatos impeditivos, da acusação formulada.

No tocante à culpabilidade, discordamos totalmente da afirmação de Gustavo Badaró no sentido de que seria maior a impossibilidade de considerá-la como fato impeditivo do direito de punir (p. 325, obra referida). Nos parece o contrário, uma vez que a imbricação profunda existente entre a tipicidade e a ilicitude não se verifica em relação a tais elementos e a culpabilidade.²⁸

Alude Badaró que, embora doutrinariamente a culpabilidade seja expressa em termos positivos (imputabilidade, potencial consciência de ilicitude e exigibilidade de conduta diversa), o legislador trabalha especificando hipóteses nas quais a culpabilidade NÃO se configura (doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, idade inferior a dezoito anos, embriaguez completa, proveniente de caso fortuito e força maior, erro de proibição, coação moral irresistível, obediência hierárquica), ao inverso de explicitar QUANDO ela se configura.

Assim tinha que o ser, no entanto, pois novamente a regra é a culpabilidade do agente que perpetrou um injusto penal. Haverá circunstâncias específicas nas quais esta regra é afastável (exceções) que dependem de demonstração. Não haveria sentido o Código descrever genericamente quando o fato é culpável²⁹, uma vez que o caráter genérico dos preceitos constituiriam em si uma má técnica legislativa, possibilitando a atuação mais repressiva do Estado. A aplicação do princípio da legalidade estrita impõe a descrição dos elementos que afastam a culpabilidade, permitindo ao acusado sua demonstração.

Aplicável, portanto, aqui na íntegra o raciocínio exposto no tópico anterior.

Duas observações merecem ser feitas. O entendimento jurisprudencial que entende só ser possível a certidão de nascimento como prova da menoridade do réu parece-nos que deva ser afastado, sob pena de configuração de limitação probatória prejudicial à defesa e ao princípio do *favor rei*. A aceitação de qualquer prova documental como hábil a

²⁷ JESUS, Damásio E. de, *Direito Penal*. 11. Edição. São Paulo: Saraiva, 1986, v. 1- Parte Geral, p. 321.

²⁸ Esclarecedora a análise procedida por DAMÁSIO E. DE JESUS, na obra 'Direito Penal', já referida, p. 395: “*Maggiore, lembrado por José Frederico Marques, ensina que desde que exista causa de exclusão da ilicitude não há crime, pois um fato não pode ser ao mesmo tempo lícito e antijurídico; quando, porém, incide uma causa de exclusão da culpabilidade o crime existe, embora não seja efetivo, não em si mesmo, mas em relação à pessoa do agente declarado não culpável. Assim, Maggiore admite a existência de crime não punível. É que, segundo ele, para que exista crime a parte objecti, bastam dois requisitos: fato típico e antijuridicidade. A culpabilidade liga o agente à punibilidade, i.e., a pena é ligada ao agente pelo juízo de culpabilidade.*”

²⁹ O que é possível doutrinariamente, um vez que, como já referido, toda causa impeditiva é, epistemologicamente, sob o ângulo contrário, um elemento genérico ou regra do fato jurídico considerado .

demonstrar o afastamento da imputabilidade pela menoridade é condizente com um sistema probatório mais avançado quanto os valores tutelados pela Carta Magna.

No que se refere à demonstração de perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto também entendemos, juntamente com Badaró (p. 328, nota de rodapé 325) que o artigo 26 do Código Penal criou uma regra de julgamento específica para o caso de dúvida sobre a imputabilidade, uma vez que a perícia terá que identificar se o agente era imputável, inimputável ou semi-imputável.

Discussões sobre punibilidade não afetam mais a configuração do injusto culpável. Estamos diante de fatos extintivos do direito de punir, cujo ônus probatório, em regra, é do acusado. Como exemplos podemos citar a decadência e a prescrição, a renúncia do direito de queixa ou o perdão do ofendido, a retratação, o indulto, a graça, a morte do agente, a anistia.³⁰

No entanto, há que se observar que a prova de alguma destas causas extintivas de punibilidade são mais facilmente aptas a serem realizadas pela acusação, como a inocorrência de prescrição (uma vez que a acusação precisa provar a data do fato criminoso, ou o período aproximado do mesmo), decadência (tendo em vista que o acusador precisa oferecer queixa no prazo legal de seis meses a partir do conhecimento do autor do crime ou, no caso de inércia do Ministério Público, da data em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia), a ausência de retratação da representação até o oferecimento da denúncia (uma vez que havendo retratação da representação não pode o Ministério Público denunciar e, após oferecida a denúncia, a representação se afigura como irretratável, nos termos do artigo 25 do Código de Processo Penal). A prova de todos estes fatos está interligada com a demonstração da data do fato criminoso ou dos pressupostos para o regular exercício da ação penal, cabendo portanto, parece-nos, ao acusador.

Todavia, José Frederico Marques³¹ após também identificar algumas causas de extinção da punibilidade como sendo ônus da acusação, esclarece: “*Todavia, outras causas de extinção da punibilidade, como o indulto ou graça, a reabilitação, a morte do agente, a própria lei as exige provadas pela defesa, como se vê respectivamente dos arts. 62, 738, 741 e 744 do Cód. de Processo Penal. Ainda compete ao acusado provar a extinção da punibilidade, quando estiverem em foco os atos mencionados nos itens VIII e IX, respectivamente, do art. 108 do Código Penal.*”

Quanto à dosimetria da pena, que obviamente não afeta mais a configuração do delito, mas tão-somente o montante da penalização a ser imposta, a repartição do ônus da prova entre acusação (circunstâncias agravantes e majorantes) e defesa (circunstâncias atenuantes e minorantes) não se baseia mais na normalidade dos fatos a serem apreciados (dentro de uma idéia de regra e exceção). Funda-se nas noções de proximidade com a prova e de interesse processual.

³⁰ As hipóteses de extinção da punibilidade referentes ao casamento da vítima com terceiro ou com o agente do crime foram revogadas pela Lei 11.106/2005.

³¹ *Elementos de Direito Processual Penal*, v. 2, p. 290.

Por fim, merece consideração, embora breve, a questão do álibi. Gustavo Badaró defende que não se trata de exceção material, mas sim de negação motivada. De qualquer forma, parece-nos que o ônus subjetivo no caso, indubitavelmente, é do acusado.

O conhecimento do álibi e de suas circunstâncias é do réu (somam-se as teorias da normalidade, da proximidade das provas, do interesse jurídico, ainda a questão da novidade em matéria de álibi, uma vez que a forma supostamente diversa pela qual o fato teria ocorrido ou os elementos disponíveis a demonstrarem a inveracidade da tese acusatória, são de conhecimento e possuídos pela defesa). Se a defesa alega uma circunstância ou prova específica que a favorece, deve demonstrá-la.

Inclusive, o próprio Badaró destaca que, sob o ponto de vista da alegação, realmente o álibi constitui um exemplo de tema de prova defensivo que se inclui na esfera de conhecimento do próprio acusado e que, dificilmente, pode emergir no processo se não for por ele alegado. Provavelmente, somente quem está sendo acusado de um crime que não cometeu sabe o lugar- diverso- em que estava no momento em que o delito foi praticado.

No entanto, destaca o autor que a atribuição de ônus à defesa quanto à prova do álibi geraria imensa injustiça, uma vez que seria melhor que o acusado nunca alegasse um álibi, mas se limitasse a negar genericamente autoria, pois negada a autoria a dúvida levaria à absolvição. Em verdade, o contrário ocorre, uma vez que ao aduzir um álibi a defesa cria a possibilidade de trazer elementos de dúvida ao julgador, que se contentaria, possivelmente, com as provas já trazidas pela acusação, ou, pelo menos, dificilmente teria acesso à linha defensiva passível de ser comprovada através do álibi alegado.

Ademais, como será trabalhado, entendemos que a existência de ônus subjetivo para a defesa, relativo a comprovação, não da certeza dos elementos impeditivos, modificativos e extintivos da acusação formulada, mas da verossimilhança dos mesmos, é totalmente compatível com o princípio do *in dubio pro reo*, a ser aplicado por ocasião do julgamento efetivado pelo magistrado.³²

V POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DA CORRELAÇÃO ENTRE O ARTIGO 156 DO CPP COM O ARTIGO 333 DO CPC.

Passaremos a referir algumas posições doutrinárias relevantes para a compreensão do assunto em solo pátrio.³³

Fernando da Costa Tourinho Filho³⁴ defende a aplicação do princípio constante no artigo 156 do Código de Processo Penal, em conjunto com o artigo 333 do Código de Processo Civil (embora não explicita este último dispositivo) nos seguintes termos:

³² Não podemos portanto concordar, ao que pese o brilhantismo que acompanha as análises empreendidas pelo professor Afrânio Silva Jardim, de sua conclusão exposta no item 'h', do Capítulo 12, da obra 'Direito Processual Penal', já referida: "*h) no processo penal acusatório moderno, ao réu basta tão-somente opor-se à pretensão do autor, através de pura negativa dos fatos da acusação ou através de negativa qualificada por afirmação de fatos excludentes daqueles que lhe são imputados na peça acusatória*".

³³ As referências, exemplificativas, não abrangem todas as obras aludidas neste trabalho pelo simples receio de tornar o tópico cansativo ao leitor. No entanto, cremos que a partir das mesmas ter-se-á um panorama da linha de raciocínio desenvolvida por grande parte dos doutrinadores pátrios.

“Não havendo entre nós o Juizado de instrução, nem sendo o procedimento escalonado, tal como ocorre em numerosos países da Europa, parece claro que o ônus da prova incumbe a quem alega, malgrado a regra constante da segunda parte do art. 156 do CPP. É claro que as partes não estão obrigadas a fazer prova do que alegam, mas submetidas ao ônus de demonstrar o que alegam. (...) Cabe, pois, à parte acusadora provar a existência do fato e demonstrar sua autoria. Também lhe cabe demonstrar o elemento subjetivo que se traduz por dolo ou culpa. Se o réu goza da presunção de inocência, é evidente que a prova do crime, quer a parte objecti, quer a parte subjecti, deve ficar a cargo da acusação. Se, por acaso, a defesa argüir em seu prol uma causa excludente de ilicitude, é claro que, nessa hipótese, as posições se invertem, tendo inteira aplicação a máxima actori incumbit probatio et reus in excipiendo fit actor... Diga-se o mesmo se a defesa alegar a extinção da punibilidade.”

João Batista Lopes, em interessante artigo sobre o 'Ônus da Prova no Processo Penal'³⁵, critica a imprecisão do artigo 156 do Código de Processo Penal, tecendo os seguintes comentários acerca de sua aplicação:

“Algumas dificuldades surgem na aplicação do ônus da prova no processo penal. Como se deve resolver, por exemplo, o problema relativamente ao dolo?

Depois de assinalar que 'o ordinário se presume, o extraordinário se prova' e que l'ordinario degli uomini é l'innocenza', Malatesta assevera que o normal é que o homem aja consciente da natureza das próprias ações: há, portanto, uma presunção relativa de dolo decorrente da exterioridade criminosa da ação já provada. (...)

O mesmo não se pode dizer, entretanto, a respeito da culpa (culpa strictu sensu).

Como se sabe, a culpa não se presume, devendo ser 'cumpridamente demonstrada, dentro dos elementos de sua configuração, desprezadas as deduções, as ilações ou as conclusões que não se assentem em prova concreta, acima de qualquer dúvida.'

No que tange ás excludentes de criminalidade, em princípio, ao réu incumbe o ônus da prova de sua existência.

Entretanto, pode ocorrer que o réu não consiga convencer o magistrado, da procedência de sua defesa, mas logre, ao menos, deixá-lo em dúvida quanto à possibilidade de ter ocorrido a excludente: nesse caso, impõe-se a aplicação do in dubio pro reo (absolvição por falta de provas).”

³⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Curso de Processo Penal*. 27. Edição. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, pp. 238 e 239.

³⁵ LOPES, João Batista. *O Ônus da Prova no Processo Penal*. In *Revista de Processo*, São Paulo: RT, julho-dezembro de 1978, n.s 11-12, pp. 147-153.

Conclui João Lopes Batista que, na falta de regras expressas, o ônus da prova do fato delituoso (materialidade), da autoria, da culpa e das agravantes incumbe à acusação, cabendo a defesa a prova das excludentes, da ausência de dolo, das atenuantes, do alibi e das causas de isenção de pena. Destaca ainda que tal divisão deve ser interpretada com cautela, em face do papel dinâmico exercido pelo juiz no processo penal na busca da verdade real.

Idêntica é a conclusão defendida por Mirabete, no seu 'Código de Processo Penal Interpretado'³⁶: *“Dispõe a lei que a prova da alegação incumbe a quem a fizer, princípio que decorre inclusive na paridade de tratamento das partes. No processo penal condenatório, oferecida a denúncia ou a queixa cabe ao acusador a prova do fato típico (incluindo dolo e culpa) e da autoria, bem como das circunstâncias que causam o aumento da pena (qualificadoras, agravantes, etc.); ao acusado cabe a prova das causas que excluem a antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade, bem como das circunstâncias que impliquem a diminuição da pena (atenuantes, causas de diminuição da pena, etc.), ou a concessão de benefícios penais. Não está pois o réu obrigado a produzir prova contra si. Cabe ao réu, também, se pretender a absolvição com base no artigo 386, I, do CPP, a prova da 'inexistência do fato'.”*

Adalberto Camargo Aranha, na sua obra já referida 'Da Prova no Processo Penal', também filia-se à doutrina majoritária já descrita, cabendo destacar as seguintes considerações, que nos parecem interessantes (p. 10):

“O ônus de provar é carregado a quem fez a alegação, importando numa segunda indagação: o que as partes devem alegar? O que compete à acusação e o que cabe à defesa:

Sem o receio de errar podemos afirmar que tanto a doutrina como a jurisprudência, interpretando o referido no art. 156, fraternalmente seguiram a doutrina de Carnelutti, baseada no interesse da própria afirmação.

É o ensinamento do autor citado: 'Cabe provar a quem tem interesse de afirmar; portanto, a quem interessa uma pretensão cumpre provar-lhe os fatos constitutivos e a quem fornece a exceção cumpre provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas'. E acrescenta uma viabilidade prática surgida da experiência: 'Quase sempre, aquele a favor de quem um fato constitui a base de uma pretensão, ou de uma exceção, procura dispor dos meios necessários para demonstrá-lo'.

Robustecendo nossa afirmativa trazemos à colação Hélio Tornaghi: 'Portanto, o sentido do art. 156 deve ser esse: ressalvadas as presunções que invertem o ônus da prova, as alegações relativas ao fato constitutivo da pretensão punitiva têm de ser provadas pelo

³⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 6. Edição, São Paulo: Atlas, 1999, p. 242.

acusador e as referentes a fatos impeditivos ou extintivos devem ser provadas pelo réu.’. (Sublinhado nosso)

Vicente Greco Filho, no seu ‘Manual de Processo Penal’, pp. 182-3, após destacar a necessidade da aplicação da regra prevista no Código de Processo Civil (art. 333), a partir do critério vislumbrado por Micheli, explicita o seguinte sobre o descumprimento do ônus: “*O descumprimento do ônus, contudo, por parte do réu, não acarreta necessariamente a procedência da imputação, porque o ônus da prova para a defesa é um ônus imperfeito, ou diminuído, em virtude do princípio do in dubio pro reo, que leva à absolvição, no caso de dúvida quanto à improcedência da imputação. Assim, em princípio, à defesa incumbe a iniciativa da prova das excludentes, mas basta-lhe a prova que suscite uma dúvida razoável, porque a dúvida milita em seu favor.*”

Por fim, cabe destacar os ensinamentos de José Frederico Marques, expostos em sua excelente obra 'Elementos de Direito Processual Penal'³⁷:

“Este, aliás, é o sistema adotado em nosso Cód. de Proc. Penal, como se vê da análise do art. 156, em combinação com o que consta do art. 386. (...)

Só se verifica haver prova suficiente para a condenação quando se demonstra a existência do crime na integralidade de todos os seus elementos constitutivos. O Ministério Público deve provar a prática do fato típico. Feita essa demonstração fundamental, segue-se o juízo de valor sobre a ilicitude da conduta tipificada. Existindo uma causa excludente da antijuridicidade, o fato típico não será ilícito. Ao réu, porém, incumbe provar a existência dessa causa excludente da ilicitude, para que demonstre ter agido secundum jus. Não lhe cumpre, porém, como lembra Robert Vouin, trazer 'uma prova plena e completa em apoio de sua defesa', porquanto a prova insuficiente pode mostrar ser provável a existência da causa excludente e justificar assim a absolvição 'pour la raison que le doute profile a l'inculpé', ao reverso do que se dá com a acusação, que somente pode ser procedente com provas decisivas, 'pour la raison que l'inculpé est presumé innocent'.

Idêntico fenômeno ocorre com o ônus da prova no tocante às causas de exclusão da culpabilidade mencionadas no art. 386, n. V, do Cód. de Proc. Penal. (...)

De um modo geral, o onus probandi é repartido, também no processo penal, segundo a regra de que 'incumbe a cada uma das partes alegar e provar os fatos que são a base da norma que lhes é favorável'. E isto quer se trate de norma jurídico-penal, como de norma processual.”

³⁷ Obra referida, volume 2, pp. 286-9.

Por fim, conclui-se a partir do exposto que a doutrina nacional, de forma prevalente, conjuga as regras constantes no art. 156 do Código de Processo Penal com o art. 333 do Código de Processo Civil, estabelecendo ônus para a acusação e a defesa, os últimos mitigados em face do princípio que a dúvida favorece o réu.

VI POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS QUE ATRIBUEM TODO O ÔNUS DA PROVA À ACUSAÇÃO, EM FACE DOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO *FAVOR REI*.

Quanto à excelente obra de Gustavo Badaró, tendo em vista que no presente trabalho, em diversos pontos, procuramos em verdade desenvolver um debate com o autor, com o apoio de doutrina especializada que julgamos extremamente qualificada, limitaremos, nesta oportunidade, a destacar algumas conclusões do seu livro sobre o ônus da prova (pp. 433-9):

“Sob o enfoque subjetivo, em regra, o ônus da prova é todo do Ministério Público ou do querelante. O ônus da prova, enquanto direcionamento da atividade das partes tendente à produção das provas de suas alegações, é apenas um ônus imperfeito. Diante dos poderes instrutórios do juiz e também em decorrência da regra da comunhão da prova é possível que, mesmo sem ter praticado o ato probatório, ao final do processo, a parte omissa não sofra uma conseqüência negativa por não ter produzido a prova sobre um fato relevante para si. Tal prova poderá ser produzida pelo juiz e mesmo pela parte contrária.

Já o aspecto objetivo do ônus da prova, caracterizado como a regra de julgamento a ser observada no caso de dúvida do juiz sobre fato relevante, no momento de julgar o processo, é resolvida por meio da regra in dubio pro reo.

O juiz deve absolver o acusado em caso de dúvida, não só quanto à autoria e aos elementos do tipo penal, como também em relação às excludentes de ilicitude e culpabilidade. Aliás, diante de tal princípio, todo o ônus da prova incumbe à acusação, não havendo uma 'distribuição' do ônus da prova, nos moldes do que ocorre no processo civil.

(...)

No processo penal condenatório o acusado não tem qualquer ônus probatório, porque a regra constitucional da presunção de inocência assegura que qualquer dúvida sobre fato relevante deve ser resolvida em favor do acusado. Não há para o acusado, sequer, o ônus de gerar dúvida sobre a ocorrência dos fatos que lhe sejam favoráveis, tendo em vista que tal posição equivale a afirmar que, para a condenação, o Ministério Público tem o ônus de levar ao juiz a certeza da inoccorrência de tais fatos.

(...)

A presunção de inocência, consubstanciada no in dubio pro reo, representa a regra de julgamento a ser aplicada pelo juiz no caso de dúvida sobre fato relevante no processo penal condenatório.

A dúvida sobre dados fáticos que caracterizam a conduta típica, bem como sobre a ocorrência do resultado naturalístico e o nexo de causalidade, quando estes forem exigidos, deve ser resolvida em favor do acusado.

Os elementos subjetivos do delito devem ser provados pela acusação. A dúvida sobre o dolo ou a culpa impõe a absolvição do acusado por aplicação do in dubio pro reo. É inaceitável a presunção jurisprudencial do dolo, na medida em que significa a criação de uma presunção contrária a presunção de inocência. O dolo, assim como os demais elementos do delito, deve ser provado, ainda que de forma indireta, por meio de dados objetivos que permitam inferir a intenção do agente.

A regra do in dubio pro reo aplica-se também às excludentes de ilicitude. Desde que haja dúvida razoável, impõe-se a sentença absolutória.

Embora sejam elementos negativos do delito, as excludentes de ilicitude são fatos negativos determinados e definidos, cuja inoocorrência pode ser perfeitamente demonstrada pela comprovação de fatos positivos com eles incompatíveis. Se houver dúvida sobre a ocorrência de qualquer das excludentes de ilicitude, o acusado deve ser absolvido.

A prova dos elementos que caracterizam a culpabilidade incumbe à acusação. A dúvida sobre a ocorrência de uma excludente de culpabilidade deve ser resolvida em favor do acusado. A presunção de inocência não se aplica apenas ao injusto penal, sendo extensível também à reprobabilidade da conduta ilícita.

A punibilidade, embora não seja elemento do delito, mas pressuposto de aplicação da pena, também só pode ser afirmada nos casos em que não há dúvida sobre sua ocorrência. Como regra geral, também em relação às condições de punibilidade e causas de exclusão de punibilidade aplica-se o in dubio pro reo. Somente nos casos em que se trate de causa de extinção da punibilidade que se verifique após o trânsito em julgado, tal princípio não terá aplicação. Todavia, mesmo nestes casos, a dúvida deve ser resolvida segundo a regra geral do favor rei, que inspira todo o processo penal.

No caso de dúvida sobre elementos relevantes para a dosimetria da pena, sejam dados que levem a uma majoração da reprimenda, sejam fatores que impliquem diminuição da sanção penal, o juiz deve aplicar o in dubio pro reo.

O álibi não é uma exceção material ou alegação de fato impeditivo do direito de punir, mas sim uma forma indireta de negar a autoria do fato constitutivo do direito de punir. A dúvida quanto à sua ocorrência deve beneficiar o acusado, que não tem o ônus de prová-lo. O acusado tem o interesse, mas não o ônus, de provar o álibi. Exigir-lhe prova plena do álibi, como condição para se afastar a sentença condenatória, é violar a presunção de inocência.”

O professor Afrânio Silva Jardim, na sua obra já referida ‘Direito Processual Penal’, correlaciona os artigos 156 e 41 do Código de Processo Penal, com o princípio do *in dubio pro reo*, construindo o seguinte raciocínio (pp. 209-210 e 212, em especial):

“Como a problemática sobre o ônus da prova somente se apresente nas hipóteses do chamado ‘fato incerto’, fixemo-nos em apenas examinar como deve decidir o Juiz para acolher ou não o pedido de condenação formulado na peça inaugural do processo, diante de dúvida irremovível sobre fato relevante para o julgamento da pretensão do autor. (...)

Não nos parece correto dizer que a acusação penal limita-se à descrição de um fato típico e ao pedido de condenação. O art. 41 do Código de Processo Penal exige que a denúncia ou queixa contenha ‘a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias’, razão pela qual três hipóteses podem ocorrer:

a) o autor, ao narrar os fatos circundantes da ação principal atribuída ao réu, faz uma imputação de conduta “criminoso”, como quer a lei, ou seja, tipicidade, ilicitude e culpabilidade. A acusação é apta.

b) o autor narra tão-somente a conduta principal, sem descrever suas circunstâncias, que permitiriam examinar, em tese, a sua ilicitude e culpabilidade. Neste caso, a peça acusatória deverá ser rejeitada por vício formal (inépcia), nos termos do art. 41, c/c art. 564, inciso IV, todos do Código de Processo Penal.

c) o autor, ao narrar as circunstâncias da conduta típica, como lhe impõe o art. 41, acaba por atribuir ao réu uma ação lícita ou não reprovável e, neste caso, a peça acusatória não deve também ser recebida, nos termos do art. 43, inc. I, do citado diploma processual.

(...) Desta maneira, sustentamos enfaticamente que a acusação penal deve ‘alegar’ (rectius, atribuir ao réu) não só um fato típico, mas também a sua ilicitude e reprovabilidade. A tipicidade é tomada aqui tanto no seu aspecto objetivo como subjetivo (dolo).

*Assim, a dúvida irremovível sobre estes fatos alegados pela acusação leva à absolvição do réu, nos termos da primeira parte do art. 156 do Código de Processo Penal, vale dizer, restaura-se o princípio do *in dubio pro reo* em toda a sua plenitude, sem ferir a letra da lei, mas interpretando o sistema positivo. Aliás, isto é o que está expresso no*

art. 386, inc. VI, por muitos esquecidos no tratamento do ônus da prova penal.

(...) E o réu, nada teria que alegar e provar no processo penal? A resposta é que, na realidade, não tem a defesa tais ônus para lograr a absolvição autorizada pelo inciso VI do art. 386 do Código de Processo Penal. O réu apenas nega os fatos alegados pela acusação. Ou melhor, apenas tem a faculdade de negá-los, pois a não impugnação destes ou mesmo a confissão não leva a presumi-los como verdadeiros, continuando eles como objeto de prova para a acusação. Em poucas palavras: a dúvida sobre os chamados 'fatos da acusação' leva á improcedência da pretensão punitiva, independentemente do comportamento processual do réu."

A dificuldade que se nos apresenta em face do raciocínio exposto é de que a narrativa do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, parece-nos significar as circunstâncias essenciais para a condenação, que serão somadas às circunstâncias genéricas, conforme já explicitado. A configuração dos elementos típicos indiciam a ilicitude. A regra será a conduta típica ser ilícita, tanto que a licitude resta demonstrável em face da perfectibilização de hipóteses concretas previstas legalmente (estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal). De igual forma, em regra, ao autor do crime é possível atribuir a sanção criminal em face de sua culpabilidade. (tanto que, no direito vigente, ser imputável significa não ser menor de dezoito anos, não ter cometido o delito em virtude de perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado hábil a não permitir sua compreensão do caráter ilícito do crime ou sua determinação de acordo com este entendimento, não estar em estado de embriaguez completa, nos termos do artigo 28, § 1.º do Código Penal, etc.).

Assim sendo, não nos parece exigível, ou mesmo correto, que a acusação seja formulada em termos de que o agente x praticou o fato y, nas seguintes circunstâncias (dados positivos), sem estar em legítima defesa, sem estar em estado de necessidade, sem estar embriagado completamente por ato involuntário seu, etc. (elementos negativos obtidos pelo afastamento das condições genéricas presentes, em regra, no injusto culpável).

Ao mesmo tempo, afirmar-se que a ilicitude ou culpabilidade são identificáveis, em tese, a partir das circunstâncias do fato, parece-nos significar, em verdade, que na narrativa dos elementos subjetivos, normativos e objetivos do tipo penal, depreender-se-á (não presumir-se-á) um agir ilícito e culpável, que é o que entendemos. Se assim o for, resta sustentável a diferenciação entre fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos do delito e a conseqüente repartição do ônus probatório em função dos mesmos.

Também ousamos discordar da conclusão do insigne professor, acolhida também por Gustavo Badaró, no sentido de que no processo penal acusatório moderno ao réu basta tão-somente opor-se à pretensão do autor (ou nem isso), através de pura negativa dos fatos da acusação ou através de negativa qualificada por afirmação de fatos excludentes daqueles que

lhes são imputados na peça acusatória, sem ter qualquer ônus de produzir provas quanto as suas alegações. A insurgência será objeto de nossas reflexões finais.

VII REFLEXÕES FINAIS.

Embora haja diferença ontológica, há necessária correlação lógica entre certeza e verdade. Sendo a certeza um estado de espírito acerca do conhecimento sobre um fato, ele é norteado pela convicção de que o acerto foi realizado da forma mais ampla, mais crível e verídica possível.

Outrossim, não podemos negar que a obtenção da certeza é efetivada, em termos metodológicos, através da análise probabilística dos elementos de prova disponíveis. Não se trata de meia certeza ou certeza plena, mas sim de que, diante da coerência das provas obtidas, o julgador será convencido da maior ou menor probabilidade de ocorrência do evento, o que suscita: **a) a ignorância sobre o fato:** não há elementos que permitam o seu questionamento ou análise; **b) a possibilidade, em termos genéricos, de ocorrência do fato:** trata-se de critério amplo, norteado pelas hipóteses aventadas pelas partes, hábeis a serem afastadas apenas quando tangem o absurdo; **c) a verossimilhança ou probabilidade de ocorrência do evento:** há elementos idôneos a identificar uma determinada configuração para os fatos em debate, embora de forma questionável, sujeita a dúvidas (normalmente é o tipo de conjunto probatório necessário para o deferimento de medidas cautelares); **d) o altíssimo grau de probabilidade de ocorrência do evento:** o espírito humano fica com a sensação de 'certeza' sobre o ocorrido, não havendo pontos relevantes de questionamento em sua mente.

O processo acima descrito é condizente com a lógica prática na atribuição do caráter de falso, possível, plausível ou verdadeiro a um enunciado, bem como com as normas jurídicas existentes para determinar o grau de segurança exigível na prolação de uma decisão judicial.

A diferença entre fundamento, ponto e questão é bastante tormentosa. Para maior tutela da ampla defesa e do contraditório, há que se entender, em especial no processo penal, que todos os pontos que afetem a configuração do crime e sua punibilidade são questões que merecem apreciação, sejam controvertidas ou não.

Não obstante o princípio da comunhão das provas e a possibilidade de atuação supletiva do magistrado na atividade probatória, o ônus subjetivo, entendido como a faculdade das partes provarem os fatos de seu interesse, continua sendo extremamente relevante, inclusive para o processo penal. A distribuição do ônus da prova pelas partes atende a critérios de equidade, quais sejam: a) proximidade com a fonte ou o meio de prova; b) normalidade do decorrer dos eventos a serem apreciados, a fim de que não ocorra uma oneração não razoável da atividade probatória de uma das partes, com o conseqüente aviltamento do seu interesse; c) posição da parte relativamente ao efeito jurídico que pretende conseguir (teoria de Micheli); d) maior facilidade probatória relativamente aos fatos positivos propriamente ditos, do que no tocante aos fatos negativos, mesmo que se reconheça a

possibilidade de demonstração dos fatos negativos através de fatos positivos que lhe sejam contrários.

Poderia ser destacado, ainda, o tratamento processual igualitário das partes, a ser desenvolvido mediante o debate e atuação contraditória no processo. Até porque, no limite, a desigualdade absoluta de tratamento implica em vedação ao efetivo acesso à justiça, direito fundamental também garantido por nossa Constituição Federal.

A noção de normalidade/anormalidade, regra/exceção está na base da diferenciação entre os fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos de direitos. A distribuição do ônus probatório a partir de tal critério atende a noção de equidade e direcionamento racional da própria aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.

Quem pretende demonstrar o fundamento de um direito terá de provar suas condições essenciais que, em regra, são eficazes para lhe dar origem (fatos constitutivos). Já as condições gerais de cada direito não precisam ser demonstradas pelo interessado, porque sua presença constitui a normalidade, a regra do evento analisado. Se o adversário invocar a ausência de condições gerais, que se caracterizam como impedimentos do direito (fatos impeditivos), ou a presença de fatos, posteriores ao evento inicial, hábeis a modificá-lo ou extingui-lo, a ele incumbirá prová-los.

As excludentes de ilicitude e culpabilidade são fatos impeditivos à acusação formulada na inicial.

A atribuição à defesa do ônus de prova acerca das excludentes funda-se nos seguintes princípios:

a) elas representam um afastamento da normalidade ou das condições genéricas de perfectibilização do evento, o que fundamenta serem tratadas como fatos impeditivos. Eles são, como já referido, a visualização, com sinal invertido, de uma condição genérica ou normal presente no fato jurídico.

b) a proximidade da prova, quando não a condição de sua realização adequada, será da defesa. Citando um exemplo clássico trazido por Damásio de Jesus, o bombeiro que deixa de atender a um incêndio de pequenas proporções para atender a outro de maior gravidade deve demonstrar, para que se perfectibilize o estado de necessidade, a existência do segundo incêndio e sua gravidade maior, uma vez que são dados do seu conhecimento, conforme alegado, e hábeis a serem pelo mesmo demonstrados;

c) a posição de interesse processual na alegação. O acusado, assim como tem o direito de mentir, tem direito a alegar tudo que lhe seja conveniente, tornando-se necessário exigir-lhe uma parcela de empenho na produção probatória quanto aos elementos que determinem o afastamento, por fatos impeditivos, da acusação formulada.

No tocante às causas extintivas de punibilidade, conforme sua natureza, o ônus probatório pode ser do Ministério Público (por exemplo, prescrição, decadência, retratação da representação) ou da defesa (por exemplo, graça, indulto, anistia, perdão judicial). Os princípios gerais a serem seguidos são os da proximidade da prova e necessidade ou não da mesma para o exercício regular da ação penal.

Quanto à dosimetria da pena, que obviamente não afeta mais a configuração do delito, mas tão-somente o montante da penalização a ser imposta, a repartição do ônus da prova entre acusação (circunstâncias agravantes e majorantes) e defesa (circunstâncias atenuantes e minorantes) não se baseia mais na normalidade dos fatos a serem apreciados (dentro de uma idéia de regra e exceção). Funda-se nas noções de proximidade com a prova e de interesse processual.

O conhecimento do alibi e de suas circunstâncias é do réu. No caso, soma-se às teorias da normalidade, da proximidade das provas, do interesse jurídico, ainda a questão da novidade quanto à matéria de alibi, uma vez que a forma supostamente diversa pela qual o fato teria ocorrido ou os elementos disponíveis a demonstrarem a inveracidade da tese acusatória são de conhecimento e possuídos pela defesa. Se a defesa alega uma circunstância ou prova específica que a favorece, deve demonstrá-la.

No entanto, o ônus subjetivo do acusado no processo penal refere-se à demonstração da verossimilhança ou probabilidade da existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da acusação formulada, nos termos exigidos no processo cautelar. A prova da verossimilhança acarreta-lhe o atendimento de sua pretensão à absolvição, tendo em vista que a ausência de certeza quanto ao crime, no seu conjunto, conduz a absolvição, em atenção ao princípio do *in dubio pro reo*.

A simples alegação de fatos que são favoráveis à defesa (os quais encontram-se no plano da possibilidade, sempre que não sejam absurdos), sem lastro probatório mínimo a infirmar os elementos trazidos aos autos na denúncia (que já supõe demonstração da materialidade delitiva e indícios suficientes da autoria), gera a condenação do acusado.

A conjugação do ônus subjetivo da defesa quanto à demonstração da verossimilhança na ocorrência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da acusação formulada, com a regra de julgamento referente ao favorecimento do acusado em caso de dúvida efetiva (carreada pela insuficiência das provas trazidas pela acusação quanto à configuração do fato típico e sua autoria, ou precariedade dos elementos de prova juntados pela defesa), significa tanto a adoção de um processo que privilegia a liberdade em face da segurança coletiva, como também que não seja absolutamente inócuo à preservação dos demais valores constitucionais e jurídicos, referentes à paz pública, vida e liberdade dos indivíduos em geral e particularmente considerados.

Os princípios do acesso à justiça, contraditório e ampla defesa, ao se colmatarem com o importantíssimo princípio da presunção de inocência, autorizam, pensamos, a construção defendida no presente trabalho.

VIII REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. *Da Prova no Processo Penal*. 3. Edição. São Paulo: Saraiva, 1994.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil*. 3. Edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, v. 1 (Processo de Conhecimento).

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10. Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FARIA, Bento de. *Código de Processo Penal*. 2. Edição. Rio de Janeiro: Record Editora, 1960, v. 1- arts. 1 a 250.

GRECO, Leonardo. A Prova no Processo Civil, do Código de 1973 ao novo Código Civil. In: _____. *Estudos de Direito Processual*, Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, pp. 357-92.

GRECO, Leonardo. O conceito de prova. In MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de Direito Processual Civil: Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 366-403.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 3. Edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JESUS, Damásio E. de, *Direito Penal*. 11. Edição. São Paulo: Saraiva, 1986, v. 1- Parte Geral.

LOPES, João Batista. *O Ônus da Prova no Processo Penal*. In Revista de Processo, São Paulo: RT, julho-dezembro de 1978, n.s 11-12, pp. 147-153.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Tradução de Alexandre Augusto Correia e anotações de Hélio Pereira Bicudo. São Paulo: Editora Saraiva, 1960. v. 1.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1965, v. 2.

MATTOS E SILVA, Bruno. *Prequestionamento, Recurso Especial e Recurso Extraordinário*. Disponível em: <www.brunosilva.adv.br/prequestionamento/argumento.htm> Acesso em 31 de julho de 2007.

MESSIAS, Irajá Pereira. *Da Prova Penal*. 3. Edição. Campinas: Impactus Editora, 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 6. Edição, São Paulo: Atlas, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Processo Civil e Direito à Preservação da Intimidade. *In: Temas de Direito Processual*, Segunda Série, 2. Edição, São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 3-20.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. edição. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Curso de Processo Penal*. 27. Edição. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3.