



PARECERES

ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO

APELAÇÃO CRIMINAL — COMARCA DE PARATI

Apelante: Ministério Público

Apelado: J. S. M.

Artigo: 129 do Cód. Penal — Proc. 114/79

Razões de Apelação

EGRÉGIA CÂMARA

Data venia do douto juízo *a quo*, somos que a r. sentença apelada não se utilizou dos princípios que informam a teoria geral da prova em nosso direito processual penal.

Trata a hipótese presente de uma agressão perpetrada pelo apelado contra sua ex-companheira, causando-lhe as lesões corporais descritas no auto de exame de corpo de delito de fls. 13.

De início, é preciso afastar a chamada política criminal, que, ao arrepio da lei, sai a procura de uma “justiça para o caso concreto”, ingressando em um terreno movediço e perigoso. *In casu*, não tem pertinência tal posicionamento, vez que o apelado e vítima não mais vivem juntos, não têm filhos em comum, sendo certo, outrossim, que, após o interrogatório deste processo, J. novamente agrediu sua ex-companheira (fls. 43, 44 e 45), o que motivou a decretação de sua prisão preventiva, conforme se vê de fls. 47/48.

Ademais, o apelado é reincidente específico, pois foi condenado, na Comarca de Luna, Estado do Espírito Santo, pela prática de crime idêntico ao presente, após desclassificação pelo Tribunal do Júri da tentativa de homicídio em que foi pronunciado. Tal condenação se extinguiu a menos de cinco anos. Veja-se a certidão de fls. 34. Acresce, ainda, que J. está sendo novamente denunciado por lesões corporais contra sua ex-companheira, apuradas através do inquérito policial n.º 104/79 da 84.ª Delegacia de Parati.

Feitas as considerações acima, ataquemos a questão meritória de nossa pretensão recursal. Coloquemos algumas premissas importantes.

O culto juiz de primeiro grau absolveu o apelado sob a alegação de que, embora estejam provados a ação, o resultado, o nexo de causalidade entre eles e o dolo, a prova favorece a sustentação de legítima defesa própria, pois, diante das afirmações contraditórias entre acusado e vítima, na dúvida, deve prevalecer a palavra do acusado. Assim, embora de forma insólida, admitiu a excludente de criminalidade acima referida. Note-se, o juiz reconheceu a legítima defesa não porque esta estivesse provada, mas em face da dúvida sobre a sua existência.

É sabido, dentro da teoria geral do direito, que a presunção *juris tantum* tem o condão de inverter o ônus da prova. Sabido também é que a tipicidade faz presumir a antijuridicidade. Sim, porque quem mata, furta, lesiona outrem o faz, de ordinário, contrariamente ao direito, de forma ilícita. Vejamos as lições do grande e saudoso professor Aníbal Bruno:

“Em princípio, toda ação típica é ao mesmo tempo e necessariamente antijurídica, uma vez que configura a hipótese que a lei considera punível e, portanto, juridicamente ilícita. Esta conclusão só não é válida quando, embora o fato realize o tipo, a lei o considera lícito.”

Anteriormente, em socorro à sua posição teórica, Aníbal Bruno refere-se aos ensinamentos de grandes penalistas alemães, *in verbis*:

“... A posição de Beling contrapõe-se à opinião de autores como M. E. Mayer, que, embora afirme que se deve distinguir nitidamente antijuridicidade e tipicidade, atribui ao tipo legal a função de indício do antijurídico, mas somente até prova em contrário. Assim também Grünht, segundo o qual, para a aplicação prática do direito, o tipo é indício, expressão da antijuridicidade” (*Direito Penal*, Rio, Ed. Forense, 1967, pp. 334/336 — 1.º volume).

Ora, partindo destas seguras premissas e levando em consideração a regra do artigo 156 que diz: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, não há que se falar no princípio *in dubio pro reo*, ao arrepio da teoria geral da prova. Tal princípio somente teria aplicação se incidisse sobre os fatos afirmados na denúncia, e não sobre fatos afirmados unicamente pelo acusado.

Por outro lado, não se pode impor a uma parte a prova de fato negativo. O Ministério Público não tem o ônus de provar que o acusado não agiu acobertado por uma das excludentes de criminalidade, mas sim o acusado é que tem que provar que, embora típica, a sua conduta está conforme o direito.

Assim, se ao Ministério Público cabe provar os fatos constitutivos de seu direito — a pretensão punitiva estatal — fatos estes afirmados na denúncia, tem a defesa o ônus de provar que, embora praticando um fato típico (objetiva e subjetivamente) e reprovável, não agiu de forma ilícita, pois alega e tem que provar a existência de outros fatos modificativos ou extintivos do direito alegado na peça vestibular, ou seja, fatos que façam incidir o tipo permissivo de uma causa legal de justificação.

Importante salientar que tal postura teórica não vai de encontro ao princípio do livre convencimento, pois este vigora na apreciação da prova. Estabelecida a existência destes ou daqueles fatos, incidem as regras jurídicas que regulam a distribuição do ônus da prova. Assim, o juiz pode afirmar que se convenceu da existência de determinado fato, mas se alegar que sobre ele paira dúvida em seu espírito, deve se socorrer das normas processuais que disciplinam a carga das provas. Trata-se de questão de direito e não de fato.

Desta forma, tendo o Ministério Público provado tudo o que foi articulado na denúncia e não tendo o apelado provado que agiu em legítima defesa — conforme alegou — somos que está a merecer reforma e sentença impugnada afim de condenar o mesmo nas penas do artigo 129 do Código Penal, aplicando-lhe medida de segurança, pois, em sendo reincidente em crime doloso, a lei o presume perigoso, *ex vi*, art. 78, Inc. IV, do citado diploma repressivo.

É o que postula o Ministério Público através deste recurso.

Parati, 20 de dezembro de 1979.

AFRÂNIO SILVA JARDIM
Promotor de Justiça