

OBRA DO AUTOR

Correlação entre acusação e sentença. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró.
São Paulo: RT, 2000 (Coleção de Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim
Canuto Mendes de Almeida – v. 3).

GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ

ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy
Ônus da prova no processo penal / Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. – São Paulo :
Editora Revista dos Tribunais, 2003.

Bibliografia.
ISBN 85-203-2444-4

1. Processo penal 2. Processo penal – Brasil 3. Prova (Direito) I. Título.

03-4164

CDU-343.14(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Prova : Direito processual penal 343.14(81)

EDITORA  **REVISTA DOS TRIBUNAIS**

vas da ausência de prova sobre o fato relevante. É o chamado ônus objetivo ou material da prova.

Aparentemente, essas mesmas situações se repetem no processo penal. Seria possível, então, falar em ônus da prova no processo penal? E, em caso de resposta positiva, há apenas o ônus subjetivo da prova no processo penal? Existirá tão-somente o ônus objetivo? Ou será que ambas as espécies são compatíveis com o processo penal?

As respostas a tais indagações decorrerão da análise das principais objeções que têm sido formuladas pela doutrina, ao negar a existência do ônus da prova no processo penal.

4.1 Suposta incompatibilidade do ônus da prova com os poderes instrutórios do juiz penal

Um argumento freqüentemente utilizado para fundamentar a tese da inexistência do ônus da prova no processo penal é a possibilidade de o juiz penal, na busca da verdade, determinar de ofício a produção das provas que entenda relevantes para a verificação da imputação penal.²

(2) Cf. Cesare Civoli. *Procedura penale*. Milano: Ulrich Hoepli, 1904, p. 515; Manzini, *Trattato...*, vol. III, p. 236; Tancredi Gatti. *L'eccezione penale*. Padova: Cedam, 1933, p. 193; Ernest Belling. *Derecho procesal penal*. Trad. de Miguel Fenech. Barcelona: Labor, 1943, p. 212; Eberhard Schmidt. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*. Trad. Jose Manuel Nuñez. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1957, p. 204; Florian. *Delle prove penali*, vol. I, p. 96; Idem, *Le due prove...*, p. 228; Leone, *Manuale...*, p. 468; Sofo Borghese. Presunzioni (diritto penale e diritto processuale penale). *Novissimo digesto italiano*. Torino: Utet, vol. XIII, 1966, p. 773; e Figueiredo Dias. Ônus de... p. 212; Idem, *Direito...*, vol. I, p. 193. Outros, porém, com base em tal argumento, negam somente a existência do chamado ônus formal da prova no processo penal, admitindo a existência do denominado ônus da prova material, cf. Carnelutti, *Prove civili...*, p. 11-12; Delitala. *Il fatto nella teoria generale del reato*. Padova: Cedam, 1930, p. 140, nota 2; Bettiol, *La regola...*, p. 314; Idem, *Sulle presunzioni...*, p. 353; Giovanni Conso. *I fatti giuridici processuali penali*. Milano: Giuffrè, 1955, p. 25; Idem, *Vero e...*, p. 302; Gilberto Lozzi. *"Favor rei" e processo penale*. Milano: Giuffrè, 1968, p. 18 e ss.; Verde, *L'onere...*, p. 40, nota 57; Lombardo, *Princípio dispositivo...*, p. 1.284-1.285; e Miguel Angel Montañés Pardo. *La presunción de inocencia: análisis doctrinal y jurisprudencia*. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 81. Na doutrina nacional, cf. Campo. *O princípio...*, p. 83. No mesmo sentido, com relação ao processo trabalhista, cf. Fazzalari, *I poteri...*, p. 594.

4

ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL

SUMÁRIO: 4.1 Suposta incompatibilidade do ônus da prova com os poderes instrutórios do juiz penal – 4.2 Suposta incompatibilidade do ônus da prova com o interesse do Ministério Público no processo penal: 4.2.1 Inexistência de lide no processo penal; 4.2.2 Suposta imparcialidade do Ministério Público – 4.3 Ônus da prova subjetivo no processo penal: 4.3.1 Ônus da prova do Ministério Público; 4.3.2 Ônus da prova do acusado; 4.3.3 Ônus da prova do querelante – 4.4 Ônus da prova objetivo no processo penal – 4.5 Conclusão sobre a existência de ônus da prova no processo penal.

No processo civil o problema da decisão sobre o fato incerto é resolvido por meio do ônus da prova. Conforme já analisado, o ônus da prova possui uma dupla função: representa um estímulo à atividade probatória das partes e uma regra de julgamento para o juiz diante da incerteza do fato.¹

O ônus da prova é um estímulo às partes. O risco de uma decisão desfavorável, pela não observância do ônus da prova, exerce uma pressão psicológica, instigando as partes a provar os fatos necessários para a obtenção de uma decisão favorável. Essa função estimuladora liga-se ao conceito subjetivo ou formal do ônus da prova.

De outro lado, quando o juiz se encontra em uma situação de dúvida sobre um fato relevante para a decisão do processo, e sendo-lhe vedado pronunciar o *non liquet*, será necessário que haja uma regra estabelecendo como deverá ser julgado o processo. Sob esse aspecto, a função do ônus da prova é servir como regra de julgamento para o juiz, indicando como julgar e, conseqüentemente, qual das partes sofrerá as conseqüências negati-

(1) Cf. Amedeo Foschini. Il dubbio sulla prova delle eccezioni nel processo penale. *Archivio penale*, 1946, vol. II, p. I, 187; e Carnelutti, *Prove civili e prove penali*. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, p. 12, Milano: Giuffrè, 1925.

Neste ponto, é comum também a comparação com a situação antagônica que ocorre no processo civil. Nos litígios cíveis, em que se debatem direitos disponíveis, vigora o "princípio dispositivo", pelo qual somente as partes levariam ao processo o material probatório. Conseqüentemente, o juiz possui uma função passiva, não podendo influir na produção da prova e, em caso de dúvida, deve decidir o litígio segundo a "verdade formal".³ Em oposição a esse sistema, no processo penal, por estarem envolvidos direitos indisponíveis, o juiz tem amplos poderes instrutórios, podendo determinar a produção de provas *ex officio*, na busca da "verdade material".

Esta distinção, contudo, não é exata. Também no processo civil o juiz possui poderes instrutórios, mesmo no caso em que se debatem direitos disponíveis.⁴ A verdade buscada pelo juiz é sempre a mesma: a verdade judicial.⁵

Mesmo nos processos governados pelo princípio inquisitivo, entendido este como livre investigação da prova, ainda que os poderes instrutórios sejam utilizados pelo juiz, poderá permanecer a dúvida sobre fato relevante no momento de decidir.⁶ Por mais amplo que sejam os poderes conferidos ao juiz no campo probatório, e por melhores que sejam os meios de investigação, não se pode excluir a dúvida com resultado da atividade instrutória.⁷ Necessário, portanto, que haja uma regra determinando ao juiz como decidir sobre aquele fato que se mostrou incerto ao término da instrução.⁸ Essa regra de julgamento a ditar a solução para o caso de dúvida judicial é o que se denomina ônus objetivo da prova, que deve existir sempre, independentemente de tratar-se de processo "dispositivo" ou

(3) Para Manzini (*Trattato...*, vol. III, p. 235) o ônus da prova pressupõe um juiz inativo.

(4) Cf., *supra*, itens 2.1.3 e 2.12.

(5) Com a expressão "verdade judicial" não se está pretendendo adjectivar o conceito de verdade, que, sendo uno, não admite qualificações (cf. cap. 1, item 1.3). O que se quer destacar é que o juiz, seja penal ou civil, sempre busca a verdade, mas que esta não é uma verdade está sujeita às limitações que o processo judicial impõe para sua descoberta.

(6) Cf. Saraceno, *La decisione...*, p. 36; Michele, *L'onere...*, p. 174; Scardaccione, *Le prove*, p. 9 e Verde, *L'onere...*, p. 39.

(7) Como observa Sacco (*Presunzione...*, p. 403), mesmo nos processos em que o juiz tem poder para determinar a produção de provas de ofício, o risco da prova faltante subsiste. No mesmo sentido, cf. Verde, *Prova...*, p. 643.

(8) Cf. Saraceno, *La decisione...*, p. 36; e Verde, *L'onere...*, p. 255-256.

"inquisitório", isto é, de um processo em que o juiz seja inerte ou tenha poderes probatórios.⁹

De outro lado, a possibilidade de produção de provas pelo juiz não é totalmente incompatível nem mesmo com o conceito de ônus subjetivo da prova.¹⁰ Certamente, diante dos poderes instrutórios do juiz, o ônus das partes não será perfeito ou absoluto.¹¹ Mas é possível ver em tal sistema a existência de ônus imperfeitos ou relativos. Se o acusador não produzir a prova dos fatos imputados, isto não implicará, necessariamente, a absolvição do acusado. Mesmo tendo permanecido inerte, não praticando o "ato-necessário para a satisfação do seu interesse", é possível que a consequência desfavorável — a condenação — não se verifique.¹² A omissão do onerado poderá ser suprida pela atividade jurisdicional.

(9) Com observava Cordero (*Procedura penale*, 7. ed. Milano: Giuffrè, 1983, p. 990), "ammessa la necessità di una decisione, quest'ultima riesce necessariamente sfavorevole a una delle parti, la quale perciò si dice onerata della prova: 'onere probatorio' è la formula abbreviata delle regole che predeterminano il contenuto della decisione sul fatto ignoto o incerto. Onerata della prova di un fatto è la parte a cui la decisione riesce sfavorevole, qualora quel fatto non sia stato provato, indipendentemente dalla circostanza che la prova sia acquisibile d'ufficio o su istanza di uno dei contraddittori. Definito a questo modo, si capisce come un problema dell'onere di prova o, più esattamente, della regola di decisione sul fatto ignoto o incerto sorga anche in sede penale" (g. n.).

(10) Quagliariini, In tema di..., p. 1267. Em sentido contrário, para Mario Chiavario (*Processo e garanzie della persona*, Milano: Giuffrè, 1976, p. 206) "l'impostazione di un onere formale di prova può mancare del tutto, come nella vigente disciplina del processo penale, per cui il giudice può in genere esperire d'ufficio tutti i mezzi probatori che ritenga utili alla ricerca della verità". Não é correta tal afirmação. No aspecto subjetivo, o ônus da prova somente seria incompatível com um processo inquisitivo no qual a atividade probatória fosse monopólio do juiz. Assim, somente naqueles casos em que as partes não tivessem qualquer possibilidade de produzir provas, sendo tal atributo exclusivo do juiz, é que não haveria possibilidade de se conceber um ônus subjetivo da prova. Porém, em tal caso, as partes certamente deixariam de ser sujeitos de direito, transformando-se em objeto do processo, que seria todo realizado por uma única pessoa, um inquisidor, nos moldes do que ocorria na Idade Média, que, em verdade, não se coaduna com o conceito moderno de processo.

(11) Saraceno (*La decisione...*, p. 67) observa que apenas o ônus perfeito é incompatível com o processo inquisitivo.

(12) Como observa Cambi (*Direito constitucional...*, p. 35), "o ônus da prova se distingue da noção geral, porque não é o único fator que determina a obtenção de um resultado favorável. Quem não produz a prova assume o risco pela falta da

Aliás, quem nega a existência do ônus da prova no processo penal, porque neste, diversamente do que o ocorre no processo civil, o juiz tem a possibilidade de determinar a produção de provas de ofício, também deveria chegar à mesma conclusão, no próprio processo civil, diante da regra da comunhão da prova.¹³ Como no momento do julgamento o juiz deve valorar toda a prova existente nos autos, independentemente de qual parte a produziu, é possível que a inércia da parte onerada seja compensada pela atividade probatória da parte contrária que, equitativamente, tenha produzido uma prova em seu próprio desfavor e que aproveite à parte que permaneceu inerte.

A assertiva de que o ônus da prova é incompatível com a "busca da verdade material" e com os poderes probatórios de que é dotado o juiz para cumprir tal desiderato é fruto de uma concepção parcial e incompleta do conceito de ônus.¹⁴ O posicionamento só é válido para os ônus absolutos ou perfeitos.¹⁵ Contudo, para que exista o ônus da prova, não é necessário que a decisão desfavorável seja consequência indefectível da inércia do onerado.¹⁶ É possível que a parte não se desincumba do ônus da prova, mas que dessa inércia não decorra um prejuízo, pois o juiz determinou a produção de provas *ex officio*, que comprovaram a existência do fato favorável ao onerado. Neste caso, haverá ônus da prova, embora se trate de ônus imperfeito ou relativo.¹⁷

prova, mas isso não implica, necessariamente, o sacrifício do interesse perseguido, pois o juiz, mesmo não tendo a parte se desincumbido do ônus da prova, pode dar-lhe ganho de causa".

(13) Nesse sentido, negando a existência do ônus subjetivo da prova em tal situação, cf. Comoglio et al., *Lezioni...*, p. 527.

(14) Correia a conclusão de Lopes (O ônus..., p. 150): "o instituto do ônus da prova se opera, também, no processo penal. Não é possível deixar de reconhecer, contudo, que, no processo penal, menor é a importância do ônus da prova, por isso sim da verdade real". Por outro lado, como observa Saraceno (*La decisione...*, p. 129) a adoção do sistema inquisitório no processo civil não excluiria a figura do ônus.

(15) Sobre os conceitos de ônus absolutos ou relativos e ônus perfeitos ou imperfeitos, cf. cap. 3, item 3.6.

(16) Saraceno, *La decisione...*, p. 128.

(17) Segundo Cabiale (*Principios de...*, p. 102, nota 186) somente em um processo no qual o órgão judicial estivesse obrigado a produzir provas é que verdadeiramente desapareceria o ônus da prova.

A primeira objeção, portanto, resta superada. Os poderes instrutórios do juiz no processo penal não são incompatíveis com a noção de ônus,¹⁸ embora somente se possa falar de ônus imperfeito ou relativo.

Portanto, mesmo que o juiz possa determinar a produção de prova, é necessário que haja um ônus objetivo da prova. Já quanto ao ônus subjetivo, entendido como o encargo sobre as partes para a produção da prova, se o juiz for dotado de iniciativa probatória, haverá apenas um ônus imperfeito.

4.2 Suposta incompatibilidade do ônus da prova com o interesse do Ministério Público no processo penal

Concebido o ônus como imperativo do próprio interesse, para se resolver a questão se existe ou não ônus em um determinado tipo de processo — no caso o ônus da prova no processo penal —, deve-se analisar qual o interesse dos sujeitos que participam da relação jurídica processual. Como não poderia deixar de ser, sempre que se estudam os interesses das partes no processo, surge a noção de lide. Mais especificamente, coloca-se o problema de saber se há ou não uma lide no processo penal. Será possível ver no processo penal um conflito de interesse qualificado pela pretensão do Ministério Público e pela resistência do acusado?

(18) O ônus da prova, segundo Echandía (*Teoría general...*, t. I, p. 416), "no se limita al campo del proceso dispositivo civil. Las facultades inquisitiva del juez, sea civil, penal o de otra jurisdicción, puede hacer menos numerosos los casos en que deba recurrirse a ella, pero no los eliminan, pues siempre es posible que fracase la prueba y que el juez se encuentre ante una falta de certeza, por lo tanto, en estos procesos se conserva su vigencia e importancia". Com relação ao processo tributário, Giuseppe Tinelli (Prova — V) Direito Tributário. *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1991, vol. XXV, p. 4) entende que "la regola di giudizio fondata sull'onere della prova costituisce un aspetto ineliminabile del processo tributario, che non contrasta con l'impronta inquisitoria del processo né con l'indisponibilità dei diritti controversi". Também quanto ao processo do trabalho, Cesarino Júnior (Ônus da prova (Processo do trabalho), *Enciclopedia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, vol. 56, p. 92) informa que no IV Congresso Ibero-Americano de Direito do Trabalho e da Segurança Social foi decidido que "o impulso processual de ofício, próprio do sistema inquisitivo, que predomina do processo do trabalho, não impede a construção de uma teoria geral sobre o ônus da prova".

cial de investigação,¹¹⁴ produzido na ausência da "parte contrária" e fora do contraditório não será suficiente para a condenação.¹¹⁵

(114) Analisando o CPP italiano de 1988, Bargi (*Procedimento probatorio*..., p. 117) destaca que "viene affermata la distinzione tra 'atti di investigazione' e 'prova' e la necessità che quest'ultima sia il risultato dell'attività delle parti, presieduta dal controllo giurisdizionale e dalla indefettibile presenza del contraddittorio". No mesmo sentido, destacando que a expressão "prova" deve ser reservada aos atos produzidos no *dibattimento*, perante o juiz e em contraditório, cf. Giulio Ubertis. *Confini del diritto alla prova nel procedimento penale*. In: ———. *Verso un "giusto processo" penale*. Torino: Giappichelli, 1997. 111-112. Zappalà. *Processo penale*..., p. 887; Siracusano, *Introduzione*, p. 25; Taormina, *Il processo di parti*..., p. 458. Na doutrina nacional, analisando o processo penal italiano, cf. Gomes Filho, *Direito à prova*..., p. 70. Em consequência, como observa Ricci (Prove penali..., p. 876-877), "il termine 'prova' dovrebbe contrassegnare esclusivamente l'acquisizione destinata a fondare il convincimento del giudice". Da mesma forma, no regime da *common law* norte-americano, Amodio (Il modello accusatorio statunitense..., p. XXXVI e investigazioni condotte dal *prosecutor* prima del giudizio: poiché la prova si forma nel *trial* davanti al giudice e alla giuria, le dichiarazioni rese dai testimoni *against hearsay* vieta di utilizzare, rendendo necessaria l'audizione del teste sottoposto dalla difesa dell'imputato alla *cross-examination* in base al *right of confrontation* previsto dal V Emendamento della Costituzione federale". Em sentido diverso, para Massimo Nobili (Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo cpp, *Foro italiano*, 1989, V, p. 276) não há por que não qualificar como prova estes conhecimentos adquiridos pelo Ministro Público, embora se tratem de "prove utilizzabili per certi provvedimenti e non (sempre) per altri". No mesmo sentido, reconhecendo o caráter relativo do conceito de prova, Cf. Ricci, *Prove penali*..., p. 890; Ubertis, *Prova (in generale)*, p. 305; e Nappi, *Guida*..., p. 14.

(115) Também para a Comissão de Reforma do Código Penal, "prova", é somente o elemento de convicção produzido em contraditório, na presença das partes e perante um juiz imparcial. Em consequência, no Projeto de Lei 4.209/2001, que tem por objeto o inquérito policial, não se utiliza o termo "prova", mas "informações" (art. 6.º, § 3.º) e "elementos informativos" (art. 7.º e art. 8.º), explicitando, ainda, que "esses elementos não poderão constituir fundamento da sentença (art. 399), ressalvadas as 'provas' produzidas cautelarmente ou irrepetíveis, que serão submetidas a posterior contraditório" (art. 7.º, parágrafo único). Provavelmente, a origem de tais dispositivos é o art. 526 do CPP italiano, que estabelece, como regra geral, que "il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento". Na doutrina

Em suma, no processo penal acusatório o Ministério Público é parte parcial, que, eventualmente, pode assumir uma posição "imparcial", por ter que pautar sua conduta em termos de estrita legalidade.

4.3 Ônus da prova subjetivo no processo penal

Perquirir a existência do ônus subjetivo no processo penal, ligado à atividade probatória de cada um das partes, exige que se analise isoladamente as posições processuais do Ministério Público, do acusado e do querelante.¹¹⁶

4.3.1 Ônus da prova do Ministério Público

Para aqueles que entendem que o Ministério Público é parte imparcial, cujo interesse seria a descoberta da verdade, com vista à correta aplicação da lei penal, não é concebível a existência de um ônus da prova para o Ministério Público.¹¹⁷

Realmente, se não houver uma contraposição de interesses, a parte desinteressada ou imparcial não poderá ter como elemento propulsor de sua atuação a satisfação de um interesse pessoal que se quer ver prevalecer. Aliás, em tal regime, nem sequer existirá um interesse pessoal ou antagônico do Ministério Público em relação ao interesse da parte "contrária".¹¹⁸ Restaria ao legislador impor *deveres* a esta parte imparcial, sendo impossível a atribuição de meros *ônus* como fator de estímulo à atividade pro-

nacional, Choukr (*Processo penal*..., p. 174) observa que "prova tende a ser todo o meio de convicção obtido em contraditório, com a presença das partes legítimas e diante do juiz natural. Informes investigativos não são provas". De forma semelhante, na doutrina espanhola, Pardo (*La Presunción*..., p. 71) afirma que "las diligencias policiales y sumariales no son medios de prueba. Como su propio nombre indica, se trata de meras diligencias de investigación encaminadas a la averiguación del delito y la identificación del delincuente, cuya finalidad no es la fijación definitiva de los hechos, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos para ello".

(116) É o que Michele (*L'onere*..., p. 274) denomina "tentativo di 'personalizzare' l'onere della prova".

(117) Cf. Saraceno, *La decisione*..., p. 220; Amedeo Foschini, *Il dubbio*..., p. 206; e Melchionda, *Prova in generale*..., p. 853.

(118) Justamente por isto, Saraceno (*La decisione*..., p. 231) nega que haja em relação ao Ministério Público aquela função de estímulo para a produção da prova.

cessual.¹¹⁹ Por coerência, afirma-se, então, que o Ministério Público teria o *dever* de levar para o processo todos os meios probatórios aptos ao descobrimento da verdade.¹²⁰ Neste conceito, estariam incluídas, obviamente, não só aquelas provas para que o juiz profira uma sentença condenatória, como também aquelas para que possam levar à absolvição do acusado.¹²¹

(119) Guarnieri (*Sulla teoria...*, p. 142) observa que, enquanto o acusado age estimulado pelos diversos ônus que lhes são impostos, “per il pubblico ministero opera sempre l’obbligo giuridico”. Também para Stefani (*L’accentamento...*, p. 138) a lei italiana estabelece “l’obbligo del pubblico ministero e non già la facoltà di investigare”. Já para Saraceno (*La decisione...*, p. 70) ao Ministério Público não se aplica exatamente nem o conceito de ônus nem o de obrigação, mas uma amálgama de ambos.

(120) Cf. Giuseppe Sabatini, Sull’ onere della prova nel processo penale. *La giustizia penale*, III/406, 1952; Figueiredo Dias, Onus de..., p. 140; e Michele, L’ onere..., p. 276. Na doutrina nacional, Hugo Nigro Mazzilli (*Questões criminais controversas*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 202) entende que “o Ministério Público e o próprio juiz têm o dever de buscar a verdade (art. 156 do CPP)”. Para Quagliarieli (In tema de..., p. 1261) há “um obbligo istituzionale di accertare la verità”. O CPP italiano, em seu art. 358, impõe ao Ministério Público, na *indagine preliminare*, o dever de “accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini”. Para Stefani (*L’accentamento...*, p. 138-139) esta norma, que deve ser interpretada literalmente, como limitada somente à fase de *indagine preliminare*, “evidenzia l’obbligo del pubblico ministero e non già la facoltà di investigare anche a favore dell’imputato”. Por outro lado, Fassone (Della “certezza”..., p. 1.127) observa que, além de uma exigência de ordem deontológica, a finalidade de tal norma é permitir que o Ministério Público confirme a própria hipótese acusatória, na medida em que somente uma obstinada afirmação de outras hipóteses explicativas dos elementos disponíveis e a consequente verificação dos eventos dele gerados farão o acusador abandonar uma hipótese débil ou, vice-versa, robustecer uma hipótese sólida. De forma mais geral, Ubertis (*La prova penale*, p. 16) refere-se à *dialética probatória interna*, com base em sucessivas hipóteses de trabalho, verificadas “per tentativo ed errore”. No mesmo sentido, Iacoviello (*La motivazione...*, p. 89) entende que, para o Ministério Público o dispositivo é “non tanto un dovere giuridico, quanto un obbligo metodológico”. Já para Mario Pisani (Il pubblico ministero nel nuovo processo penale: profili deontologici. *Rivista di Diritto Processuale*, p. 187, Milano: Giuffrè, 1989; Idem, “*Italian style*”..., p. 18) a justificação prática do art. 358 é o papel de suplência “che il pubblico ministero è chiamato a svolgere... nei confronti delle eventuali carenze della difesa”.

(121) Cf. Petrocelli, Ministério Público, p. 184; Saraceno, *La decisione...*, p. 98 e 231; Malinverni, *Principi...*, p. 346; Giuseppe Sabatini, Sull’ onere..., p. 406; e Figueiredo Dias, *Direito...*, vol. I, p. 369.

De qualquer forma, esse alegado dever probatório do Ministério Público, inclusive com relação às provas favoráveis ao acusado, traria um efeito fictício, na medida em que o seu descumprimento não acarretaria qualquer sanção processual. Não haveria que se falar em nulidade. Não existiria sequer uma sanção administrativa por inadimplemento de dever funcional.¹²²

Diversamente, no processo penal acusatório, em que Ministério Público e acusado são sujeitos parciais, com interesses contrapostos, as suas atividades poderão ser governadas por *ônus*.¹²³ Os ônus é que servirão de estímulo, de mecanismo de pressão psicológica, para a atuação dos sujeitos interessados.¹²⁴ Se o Ministério Público, no exercício da ação penal, afirma que uma pessoa é culpada e pede a sua condenação, está assumindo o ônus de provar que o acusado cometeu o delito que lhe é imputado.¹²⁵ Seu interesse é de que o acusado seja condenado e, em caso de absolvição, o Ministério Público terá sucumbido, porque não se desincumbiu do ônus da prova.

Antes porém de analisarmos o ônus da prova do Ministério Público, é necessário verificar se existe um prévio ônus de afirmar para o acusador.

Do ponto de vista do ônus da prova, é extremamente importante o ônus de afirmar. O ônus de afirmar é um antecedente lógico e cronológico do

(122) Neste ponto, cabe uma comparação com o dever de oferecer a denúncia. Embora o não oferecimento da denúncia no prazo legal não impeça o posterior exercício da ação penal, não existindo qualquer tipo de preclusão, a violação de tal dever de ofício sujeita o Promotor de Justiça a sanções administrativas, por infração disciplinar (cf. Damásio E. de Jesus, *Código de processo penal anotado*, 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 61; e Mirabete, *Código...*, p. 206). Além disto, do ponto de vista processual, o inadimplemento do dever de denunciar no prazo legal abre a oportunidade do oferecimento da queixa crime subsidiária por parte do ofendido, o que pode ser considerado uma “sanção” em sentido lato, na medida em que significaria, ao menos parcialmente, a impossibilidade de oferecimento de nova denúncia pelo Ministério Público.

(123) Catalano, *La prova d’alibi*, p. 63.

(124) Normalmente, quando se pensa em ônus processual se imagina o ônus da prova. Há inúmeros outros ônus processuais além do ônus da prova. Na dinâmica processual, o autor tem o ônus de demandar, o réu o ônus de contestar, há ainda para ambas as partes o ônus de recorrer. Na doutrina, merece destaque a posição de Carnelutti (*Instituciones...*, vol. I, p. 210), que analisa diversos ônus processuais: ônus de afirmar, ônus de contestar, ônus de provar, ônus de recorrer. Especificamente sobre o ônus de demandar, cf., também, Grasso, *La pronunzia...*, p. 83-84.

(125) Malinverni, *Principi...*, p. 476.

ônus da prova.¹²⁶ Ao ônus de afirmar os fatos segue o ônus de comprová-los.¹²⁷ Em consequência, somente há o ônus de provar os fatos que foram anteriormente afirmados. O juiz não pode considerar na sentença um fato não afirmado pelas partes. Isso significa que o fato (não afirmado) *não existe* e sobre ele não pode haver qualquer incerteza no momento de decidir.¹²⁸ Sem a afirmação do um fato, não há o ponto processual. Se o ponto não existe, é impossível surgir uma questão, que é o ponto afirmado por uma parte e negado pela parte contrária.

No processo penal, ante a indisponibilidade dos bens envolvidos, o ônus de demandar se transforma em dever de oferecer a denúncia. Não há para o Ministério Público um ônus de denunciar.¹²⁹ Muito mais que um simples processo todo fato que se lhe afigure crime.¹³⁰ O processo penal serve para a verificação ou não da ocorrência de um fato que configure infração penal, mas que deve ser investigado em sua totalidade. Ao oferecer a denúncia, não há liberdade de incluir ou excluir da imputação um fato que, em tese, caracterize-se como crime ou contravenção.¹³¹ Não havendo um cam-

(126) Como observa Campo (*O princípio...*, p. 53), "ao ônus da prova, preexiste o ônus da afirmação".

(127) Cf. Liebman, *Manuale...*, vol. II, p. 88; e Dinamarco, *A instrumentalidade...*, p. 248.

(128) Carnelutti, *Prova civile*, p. 21.

(129) Já em relação ao querelante, diante do princípio da oportunidade do exercício da ação penal privada, é possível afirmar que se trata de um ônus. A queixa seria o ato necessário para a obtenção de uma vantagem.

(130) Figueiredo Dias, *Ônus de...*, p. 140.

(131) De se ressaltar que, na ação penal pública, não vigora o princípio da indivisibilidade. Com bem esclarece Mirabette (*Processo penal*, p. 120), "o princípio da indivisibilidade não está previsto expressamente para a ação penal pública e, por isso, tem se entendido que só existe para a ação privada. Na verdade, diante do princípio da obrigatoriedade, na ação pública o Ministério Público não pode excluir co-autor ou partícipe, mas a lei lhe concede a possibilidade de adiamento até a sentença". E o autor informa, ainda, que no Encontro dos Tribunais de Alcada realizado em São Paulo, em outubro de 1985, foi aprovada a tese de Weber Martins Batista, com a seguinte redação: "Indivisibilidade da ação. Ação penal pública: a ação penal pública, por não ser disponível, não é divisível nem renunciável no todo, poderia, não só, à ação penal privada, que, sendo rescusado, Afânio Silva Jardim. (O princípio da indivisibilidade e a ação pública incondicionada. *Justitia* 146/98, abr.-jun. 1989) entende que a indivisibilidade da ação penal pública é um consectário lógico da sua obrigatoriedade.

po de liberdade, não há que se falar em faculdade ou mesmo ônus. Na ação penal pública vigora o princípio da obrigatoriedade da ação. Há um dever funcional de imputar todas as infrações penais apuradas contra todos os seus autores e partícipes.¹³²

A mesma sistemática, contudo, não vigora no campo probatório.¹³³ Não há incoerência em se admitir que, sempre que o Ministério Público esteja diante de um fato tido como criminoso, tenha ele o dever de oferecer denúncia, e que esta denúncia deva ter por objeto o fato delituoso em sua inteireza; mas que, no momento probatório, o Ministério Público tenha apenas o ônus, e não o dever, de provar as suas alegações. O pressuposto para o exercício de cada um dos atos é diverso. Para o oferecimento da denúncia, desde que presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, tem o acusador público o dever de oferecer a denúncia. Trata-se de ato vinculado e não de ato discricionário. Já no campo probatório, a questão não se coloca em termos de vinculação ou discricionariedade, mas em termos de estímulo à atividade de busca ou pesquisa da verdade.

A princípio, pode parecer que a imposição de um dever de pesquisar a verdade seria algo mais eficaz do que a imposição de um simples ônus. Contudo, a questão não é tão simples. De um lado, afirma-se que o Ministério Público seria imparcial porque teria um interesse objetivamente voltado apenas à descoberta da verdade, com a consequente impossibilidade de seu sucumbimento. De outro, inexiste qualquer sanção pelo inadimplemento do *dever* probatório. Partindo das premissas acima, sem interesse, sem sucumbência e sem sanção, a única conclusão possível é de que o *dever* de provar do Ministério Público significaria um nada. Haveria total liberdade, ficando o Ministério Público livre de qualquer sanção psicológica ou jurídica caso não produzisse prova alguma. Considerar que o Ministério Público tem um dever probatório, além de incompatível com um processo penal acusatório, na prática, significaria a existência de um dever sem sanção, e uma total liberdade do Ministério Público.

Em suma, no campo penal, a atividade probatória do Ministério Público é regida por *ônus* e não por *deveres*. Ao Ministério Público incumbe o ônus da prova da culpa do acusado, além de qualquer dúvida razoável.¹³⁴

(132) Silva Jardim, *O princípio...*, p. 97.

(133) A correlação entre o dever de exercer a ação penal e o dever de produção probatória é feita por Melchionda, *Prova in generale...*, p. 852.

(134) Cf. cap. 5, item 5.5.6, em especial, nota 221.

4.3.2 Ônus da prova do acusado

O acusado, enquanto sujeito da relação jurídica processual, ao exercer as posições jurídicas ativas e passivas que a integram, pratica uma série de atos ao longo de todo o procedimento. Mais uma vez, surge a necessidade de mecanismos que possam impeli-lo à prática de tais atos.

Com relação à defesa não há um verdadeiro dever de se defender. O Estado não pode impor ao acusado o dever de provar sua inocência. É verdade que, na integração entre autodefesa e defesa-técnica, esta última terá de estar presente no processo penal. Não se concebe que um acusado possa estar no processo penal sem assistência de um defensor. Trata-se, contudo, de regra que se volta menos ao acusado e muito mais ao próprio Estado, impondo-lhe a obrigação de ofertar um defensor para todo e qualquer cidadão que, por qualquer motivo, não esteja amparado por profissional capacitado para a prática da defesa técnica. Não há, porém, em relação ao acusado, um *dever* de apresentar defesa técnica.

De outro lado, quanto ao próprio acusado, a autodefesa é, sem dúvida, apenas uma faculdade.¹³⁵ Não pode ser imposto ao acusado o dever de exercitá-la. A autodefesa nem sequer é um ônus, pois não é uma faculdade cujo exercício seja necessário para a obtenção de uma determinada vanta-

(135) A Constituição de 1988, ao assegurar o "direito ao silêncio" (art. 5.º, LXIII), deixa claro que o acusado não pode ser compelido ao exercício da autodefesa. Não concordamos, contudo, que seja um direito, pois tecnicamente, neste caso, do ponto de vista dinâmico, deveria haver um outro sujeito na relação jurídica – o obrigado – sobre o qual recairia uma prestação correspondente. Não se poderia nem no juiz, nem no Ministério Público, tal obrigado. Isto somente ocorreria se houvesse a obrigação de abster-se de perguntar, podendo o acusado exigir que nada lhe fosse perguntado. Não é o que ocorre. Assim, não há qualquer prestação que o titular do "direito" ao silêncio possa exigir da "parte obrigada". Há, neste caso, uma verdadeira faculdade, que confere ao seu titular uma posição de vantagem. Assim, não poderá ser extraída qualquer consequência negativa do exercício de tal "direito". Jamais o silêncio poderia ser considerado confissão ou "indício" a ser utilizado como fundamento para a condenação. Nesse sentido, o Projeto de Lei 4.204/2001, elaborado pela Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, deixa patente que "o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa e tampouco poderá influir no convencimento do juiz" (art. 186, parágrafo único). Nesse sentido, com relação ao processo penal português, cf. Alexandra Vilela, *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*, Coimbra: Coimbra Ed., 2000, p. 120.

gem. Mesmo que o acusado permaneça em silêncio e não constitua defensor, poderá ser absolvido, por não ter o Ministério Público conseguido provar a imputação formulada. Ao mais, sendo o ônus um imperativo do próprio interesse, muitas vezes o interesse do acusado pode ser, justamente, não fornecer qualquer versão dos fatos para a polícia ou o juiz. Trata-se, pois, de simples faculdade.

Com relação a suas alegações, seja pessoalmente, por meio da autodefesa, seja por meio da defesa-técnica, as mesmas não podem ser vistas como ônus.¹³⁶ É perfeitamente possível que o acusado permaneça em silêncio, sem apresentar qualquer versão defensiva sobre os fatos e, mesmo assim, que o juiz venha a absolvê-lo,¹³⁷ com base em fatos por ele não alegados, como a legítima defesa ou a inimputabilidade. Não há nem mesmo prejuízo quanto à atividade defensiva do ponto de vista argumentativo.¹³⁸ O próprio interrogatório, neste caso, poderá ser realizado a qualquer momento.¹³⁹

Quanto ao interesse do acusado na atividade probatória, é inegável que ele se guia sempre na busca de provas da sua inocência.¹⁴⁰ Não há, porém,

(136) Em sentido contrário, para Frederico Marques (*Elementos...*, vol. II, p. 33) "a defesa técnica do acusado é uma injunção legal; no entanto, a autodefesa um ônus que lhe impõe a lei".

(137) Pardo (*La Presunción...*, p. 42) afirma que a presunção de inocência dispensa qualquer comportamento ativo do acusado: "el acusado no necesita demostrar su inocencia, por lo que puede permanecer pasivo, sin proponer la práctica de pruebas que acrediten su inocencia, ya que nada tiene que probar en cuanto a su inocencia, sin perjuicio del derecho que le asiste de hacerlo".

(138) Situação diversa ocorre no processo civil, no qual, em decorrência do princípio da eventualidade, (CPC, art. 300), impõe-se ao réu, no momento procedimental adequado, alegar toda a matéria que for de seu interesse, operando-se, posteriormente, a preclusão.

(139) Esta idéia, atualmente já prevista no art. 502, parágrafo único, do CPP, é reforçada no Anteprojeto de Reforma do CPP, ao prever, na nova redação do art. 196, que "a todo tempo, o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes".

(140) Como observa Eberhard Schmidt (*Los fundamentos...*, p. 72), "en el proceso penal no se puede esperar nunca que el acusado luche por la verdad y por la justicia, sino por la más amplia defensa de su libertad personal contra la ingerencia en ella del Estado por medio de la sanción penal". Embora confessando ter uma visão parcial do problema, por ser um representante da acusação pública nos EUA, De Feo (*La fase dibattimentale*, p. 198-199) entende que no processo acusatório os defensores sempre buscam "l'assoluzione del cliente, indipendentemente dalla sua innocenza o colpevolezza", concluindo que "questo modello di processo

o dever de produzir prova de sua inocência. O acusado tem no processo um interesse unilateral de buscar a solução que lhe seja mais favorável,¹⁴¹ razão pela qual sua atividade pode ser regida e estimulada por meio dos ônus processuais. Especificamente no campo instrutório, a atividade probatória do acusado pode ser realizada como consequência da imposição do *onus probandi*. Certamente, tratar-se-ia de um ônus imperfeito ou impróprio, visto que a produção da prova pelo acusado não seria a condição necessária e inafastável para a obtenção da vantagem consistente na absolvição. Sua inércia poderia ser compensada pela atividade do juiz,¹⁴² determinado de ofício a realização de uma prova que demonstrasse sua inocência, ou mesmo pela atividade do próprio Ministério Público.¹⁴³

Com relação à prova testemunhal, o ônus subjetivo da prova seria algo ainda mais claro, ante a possibilidade de operar-se a preclusão caso as testemunhas não sejam arroladas no momento do oferecimento da defesa prévia.¹⁴⁴

spinge per sua natura a trasgredire principi etici”, na medida em que o papel “istituzionale dell’avvocato sia quello di celare la verità circa la colpevolezza afferma que “a parcialidade é essencial na defesa da liberdade e demais direitos do réu”.

(141) Saraceno, *La decisione*..., p. 231.

(142) Cf. Cordero, *Procedura*..., p. 921; e Quaglierini, In tema..., p. 1.259.

(143) Emsentido contrário, cf. Sacco (Presunzione... p. 399) e Comoglio et al (*Lezioni*..., p. 197), que entendem que somente é possível aceitar a existência do ônus da prova subjetivo no caso em que o juiz não possa produzir prova *ex officio* e não vigore a regra da aquisição da prova. Partindo de tais premissas, não seria possível falar em ônus da prova.

(144) CPP, art. 395. Diante da estruturação do processo penal como um instrumento destinado à comprovação da imputação, talvez não houvesse justificativa para imposição de tal preclusão, pois, como observa Fabbrini (Potere del giudice..., p. 732), quanto mais rígido for o sistema das preclusões, maior a possibilidade de que os fatos tenham de ser definidos de acordo com as regras sobre o ônus da prova. Por isso, Ubaldo Ferrari (*La verità nel diritto penale sostantivo*. Milano: Istituto Editoriale Scientifico Milano, 1929. p. 25) afirma, de forma categórica, que, nos processos em que vigora o princípio da obrigatoriedade e da oficialidade, a lei deve banir a preclusão, que é instituto típico dos processos em que vigora o princípio dispositivo. Contudo, há também outros valores que precisam ser conciliados, sendo um deles a celeridade processual. A preclusão é um instrumento destinado à obtenção de um processo célere (Cf. Dinamarco, *A instrumentalidade*..., p. 246, nota n. 11). Se não houvesse a preclusão, e ante a ilimita-

Assim, em tese, seria possível admitir que, entre as posições jurídicas do acusado no processo penal, existissem ônus processuais. No caso, seria possível aceitar um ônus subjetivo da prova, ainda que fosse um ônus imperfeito ou relativo.¹⁴⁵ Contudo, já antecipando uma das conclusões, o princípio do *in dubio pro reo* impede que se imponha ao acusado qualquer ônus probatório na ação penal condenatória,¹⁴⁶ mesmo em relação às excludentes de ilicitude e de culpabilidade.¹⁴⁷

Não é correto nem mesmo afirmar que o acusado tem o ônus de “gerar uma dúvida razoável” no espírito do juiz quanto à prova dos fatos que lhe favorecem.¹⁴⁸ É comum encontrar afirmação no sentido de que a acusação tem o ônus de apresentar provas de certeza do fato, enquanto a defesa deve da possibilidade de se alegar, a todo e qualquer momento, a existência de uma pessoa com conhecimentos relevantes sobre os fatos controversos, haveria o risco do processo nunca terminar. Há, neste caso, a busca de uma conciliação entre dois valores aparentemente inconciliáveis, que são a busca da verdade e a celeridade processual. A busca da verdade, em tal caso, não restará totalmente prejudicada, principalmente ante a possibilidade de o juiz, a qualquer momento, determinar a realização de prova que entenda pertinente e relevante, mormente a prova testemunhal. Nesse sentido, em relação ao art. 468, § 1.º, do CPP italiano, que impõe às partes um ônus semelhante, cf. Francesco Peroni. Sull’onere di allegazione di cui all’art. 468 comma 1 c.p.p. *Cassazione penale*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 1.156. De se observar, porém, que o sistema convive com outras situações em que a busca da verdade é colocada em segundo plano perante outros valores relevantes, que também devem ser preservados, como, a impossibilidade de uma nova revisão criminal versando sobre o mesmo fundamento de outra já anteriormente proposta, ou a vedação da utilização das provas obtidas ilícitamente. Sobre as limitações ao direito à prova e a busca da verdade, Cf. Gomes Filho, *Direito à prova*..., p. 96 e ss.; e Fernando Capez, *Manual de processo penal*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 26.

(145) Merece destaque a posição de Giuseppe Sabatini (Prova..., p. 316), que nega a existência de um ônus da prova para o acusado, tendo em vista que o ônus da prova pressupõe uma situação de paridade e de reciprocidade entre as partes, e tal condição não subsiste no processo penal, uma vez que o acusado não pode pedir a aplicação de uma norma que leve à sucumbência do Ministério Público, podendo somente pleitear a aplicação de uma norma que interdite ou exclua o exercício do poder punitivo do Estado.

(146) Cf. cap. 5, item 5.5.6, em especial, nota 221.

(147) A questão será desenvolvida no cap. 5, item 5.6.3 e 5.6.4, respectivamente.

(148) Para Greco Filho (*A prova*..., p. 36-37), “quanto às excludentes, basta a dúvida razoável para que o provimento lhe seja favorável”.

se limitar a provar a probabilidade de sua ocorrência, não sendo necessária a certeza, pois a dúvida beneficiará o acusado.¹⁴⁹

Na verdade, tal assertiva equivale a afirmar que o ônus da prova pertence ao acusador. Os fatos debatidos no processo são do interesse de ambas as partes. O Ministério Público quer ver reconhecida a sua ocorrência do fato típico e o acusado a sua inocorrência. De outro lado, ao acusado interessa, por exemplo, que reste provada a legítima defesa, enquanto o interesse da acusação é que não haja a confirmação da excludente. Porém, com relação ao conhecimento de um fato, o sujeito cognoscente pode encontrar-se em estado de ignorância, de dúvida ou de certeza.¹⁵⁰

(149) Nesse sentido, cf. Borges da Rosa, *Comentários*..., p. 243; e Edgard Magalhães Noronha, *Curso de direito processual penal*, 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 117. Para Mazzili (*Questões*..., p. 202) "a diferença não está no ônus da prova, mas na consequência da análise final da ponderação qualitativa da prova já colhida: se a dúvida não for vencida — pouco importa quem alegou ou quem provou ou deixou de provar o que quer que seja —, então o réu será absolvido. Ou seja, estará presente o velho princípio da dúvida". Na doutrina italiana, Malinverni (*Principi*..., p. 487) distingue o problema do ônus da prova e o problema do "quantum" de prova, entendendo que este não deve ser o mesmo para pronunciar a condenação, de um lado, e a absolvição, de outro. No mesmo sentido, Paulesu (*Presunzione di*..., p. 690) entende que o *quantum* de prova que cada uma das partes deve fornecer ao juiz para obter uma pronúncia favorável é diverso em função da posição de vantagem reconhecida ao acusado: enquanto o Ministério Público tem o ônus de provar os fatos delituosos "além de qualquer dúvida razoável", para o acusado é suficiente gerar a dúvida sobre a existência dos elementos impeditivos. Pelo mesmo motivo, Tonini (*La prova penale*, p. 53-54) entende que a quantidade de prova que é necessária para convencer o juiz não é a mesma no processo civil e no processo penal. Naquela, o *quantum* de prova é idêntico para o autor e para o réu. Já no processo penal, e razão da presunção de inocência, o acusador tem o ônus de provar o cometimento do delito "além de qualquer dúvida razoável", enquanto o acusado tem apenas o ônus de gerar uma dúvida razoável. Neste mesmo sentido, posicionam-se LaFave e Israel (*Criminal procedure*, p. 508): enquanto no processo penal a culpa do acusado deve estar provada "beyond a reasonable doubt", no processo civil basta que o julgador entenda que "the existence of contested facts is more probable than its non-existence".

(150) Cf. Malatesta, *La logica*..., vol. I, p. 3; e Borges da Rosa, *Comentários*..., p. 243. Contudo, o transporte destes três estágios do conhecimento para o campo de convencimento judicial nem sempre é simples, pois, como destaca Cordero (II não são entidades representadas por símbolos matemáticos, havendo um forte componente alógico no fenômeno psicológico do convencimento).

Ora, se o acusado tem apenas o ônus de gerar dúvida sobre a existência de um fato, isso significa que, para não prevalecer a posição que lhe é mais favorável, o Ministério Público terá de convencer o juiz da certeza de sua inocorrência.¹⁵¹ Assim, por exemplo, afirmar que, para ser absolvido, o acusado tem o ônus de gerar uma dúvida razoável sobre a existência da legítima defesa equivale a dizer que, para ele ser condenado, o Ministério Público teria o ônus de provar, além de qualquer dúvida, a inocorrência da legítima defesa.¹⁵²

4.3.3 Ônus da prova do querelante

Por fim, resta analisar, na ação penal de iniciativa privada a situação do querelante. Nos casos em que o exercício da ação penal condenatória é confiado ao ofendido ou seu representante, a questão do ônus da prova apresenta peculiaridades.

Segundo Bettiol, a ação penal privada expõe o processo penal à mercê do jogo de vinganças ou a explosões de rancor individual.¹⁵³ O querelante não está interessado na descoberta da verdade, mas em buscar provas contra o acusado.¹⁵⁴ É um processo em que de forma mais clara se coloca uma verdadeira luta de partes.¹⁵⁵

A situação torna-se mais evidente ao se atentar para a disponibilidade da ação penal de iniciativa privada. Para o querelante não vigora a obrigatoriedade da ação penal e sim a conveniência e a oportunidade de sua postura. De outro lado, uma vez instaurado o processo, ao invés de indisponibilidade, será possível a prática de atos que impliquem disposição do *ius persequendi in iudicio*.

(151) Como afirma Manzini (*Trattato*..., vol. III, p. 186), o "risultato della prova può essere la certezza o il dubbio circa la verità dei fatti che furono oggetto di prova".

(152) Analisando o sistema norte-americano, Messitte (O Poder..., p. 12) conclui que "o crime alegado deve ser sempre provado pelo promotor além de qualquer dúvida razoável. Isso é um ônus muito pesado" (g.n.). Sobre a regra de solução da dúvida no caso das excludentes de ilicitude, cf. cap. 5, item 5.6.3.3.

(153) *Instituições*..., p. 321.

(154) Em sentido contrário posiciona-se Barros (*A busca da verdade*..., p. 183), que, embora admitindo "alguma parcialidade" do querelante, conclui que ele tem o compromisso de buscar a verdade, "pois a lei não disciplina a ação penal privada para ser utilizada como produto de injustiça".

(155) Guglielmo Sabatini, *Principi*..., vol. I, p. 46.

Se o Ministério Público, ao final do processo, manifestar-se pela absolvição do acusado, tal manifestação terá natureza meramente opinativa, não impedido que o juiz profira sentença condenatória.¹⁵⁶ Já quando o querelante pede a absolvição, por ser disponível a ação penal de iniciativa privada,¹⁵⁷ operar-se-á a perempção, com a consequente extinção da punibilidade.

Justamente por se tratar de um campo em que vigora a disponibilidade, há uma incidência muito mais accentuada daqueles fenômenos que normalmente vêm associados ao princípio dispositivo.¹⁵⁸ Trata-se do campo próprio em que costumam florescer os ônus.¹⁵⁹

Tudo isto traz reflexos no campo probatório. Inegavelmente, o querelante tem o ônus de produzir as provas necessárias à comprovação de suas alegações.¹⁶⁰

⁽¹⁵⁶⁾ CPP, art. 60, III, e art. 385, primeira parte.

⁽¹⁵⁷⁾ Embora a ação penal de iniciativa exclusivamente privada seja disponível, posto de queixa (CPP, art. 50), o perdão (CPP, art. 38), a renúncia ao direito disponível sobre o direito processual de ação acaba por implicar, ainda que por vias indiretas, disponibilidade do próprio direito material, isto é, o *ius puniendi*.

⁽¹⁵⁸⁾ Segundo Pedroso (*Processo penal...*, p. 47), justamente em função da disponibilidade das pretensões seria possível falar em lide penal somente nos casos de queixa-crime. Contudo, é de se observar que a assertiva é verdadeira somente em parte. Se é correta a conclusão de que a vontade do querelante em exercer ou não a pretensão por meio da queixa é relevante para solução do processo, o mesmo não se pode dizer com relação à vontade do querelado relativamente à reação defensiva. Mesmo nos casos de ação penal de iniciativa privada, a defesa concorda com a pretensão do querelante, ainda assim o processo deverá ter seguimento para a verificação judicial da ocorrência dos pressupostos fáticos e jurídicos para a aplicação da pena. Somente nos casos em que haja relevância jurídica da disponibilidade, tanto da pretensão quanto da resistência, como ocorre, exemplificativamente, na transação penal, é que se poderá falar em lide penal.

⁽¹⁵⁹⁾ Para Frederico Marques (*Elementos...*, vol. II, p. 33), "nos processos pertinentes a crimes de ação penal privada, pela amplitude que ali tem o princípio dispositivo, múltiplos são os *ônus processuais* impostos ao querelante, mesmo com caracteres de *ônus prefetos*".

⁽¹⁶⁰⁾ Bonnier (*Tratado...*, p. 145-146) observa que nos processos penais em que vigora a acusação privada, a produção da prova oferece grande analogia com a prova

4.4 Ônus da prova objetivo no processo penal

O ônus objetivo tem sido identificado com regra de julgamento para o caso de dúvida. Como explica Rosenberg, a essência e o valor das normas sobre o ônus da prova — no caso ônus objetivo — consistem em uma instrução ao juiz acerca do conteúdo da sentença que deve pronunciar, caso não tenha sido comprovada a verdade de uma afirmação de fato relevante.¹⁶¹ É uma regra prática ditada ao juiz para a resolução da demanda em caso de ausência ou insuficiência de prova de algum fato.¹⁶²

Em qualquer tipo de processo, tenha ou não o juiz poderes instrutórios, sempre será necessária a existência de uma regra de julgamento que permita ao magistrado decidir quando não tiver certeza sobre fato relevante. Quando o juiz é dotado de poderes instrutórios há uma maior probabilidade de que não seja necessário utilizar as regras de julgamento. Se as partes não levarem ao processo as provas necessárias para o esclarecimento da verdade, o juiz poderá determinar de ofício a produção daquelas que entender pertinentes e relevantes. Contudo, mesmo que o juiz seja dotado dos mais amplos poderes de investigação, ainda assim poderá ocorrer que, ao final do processo, não tenha sido atingida a certeza. Ao término da instrução, o resultado poderá ser a dúvida. Em suma, mesmo nos processos em que o juiz esteja investido de poderes para determinar a produção de provas *ex officio*, será necessária a existência de regras de julgamento para o caso de dúvida sobre fato relevante, que sempre poderá ocorrer.

Somente se se admitisse a possibilidade de o juiz deixar de decidir o processo em caso de dúvida, pronunciando o *non liquet*, como fazia em tempos remotos, é que as regras de julgamento tornar-se-iam desnecessárias.

Identificado o ônus objetivo da prova como a regra de julgamento a ser seguida pelo juiz, no momento de decidir o processo, quando estiver em dúvida sobre fato relevante, é possível concluir que existe ônus da prova no processo penal. Em tal caso, como observa Michele, "não é necessário dar resposta à pergunta 'quem deve provar?', nem a outra 'que coisa deve ser provada no processo?', para que a demanda seja acolhida. A regra de julgamento, em verdade, limita-se a dizer *como* o juiz deve

dos fatos da vida civil. O acusador e o acusado se colocam em posição semelhante a do demandante e demandado.

⁽¹⁶¹⁾ *La carga...*, p. 2.

⁽¹⁶²⁾ Greco Filho, *Direito...*, vol. 2, p. 203.

julgar quando não tenha provas suficientes para formar o próprio convencimento".¹⁶³

Contudo, do ponto de vista terminológico, não parece correto denominar a regra de julgamento, estabelecida para o caso de dúvida, de *ônus*.¹⁶⁴ Não há em tal situação um enfoque subjetivo, essencial para a utilização técnica da palavra *ônus*, que é definida como imperativo do próprio interesse.¹⁶⁵ A regra de julgamento tem com destinatário o juiz e não as partes, e inexistente um interesse do juiz no processo, exceto o interesse de fazer justiça, de forma imparcial.¹⁶⁶ No *ônus* objetivo inexistente interesse direto das partes, mas uma solução para o juiz que, somente de forma indireta, irá produzir reflexos negativos sobre as partes. Ao máximo, poderia ser um *ônus* remoto ou mediato.

Ao se isolar o aspecto puramente objetivo, consistente em preestabelecer como deverá decidir o juiz em caso de dúvida sobre fato relevante, não há como pensar em interesse prejudicado pela omissão no descumbrir-se do *ônus*. De outro lado, para que o conceito de *ônus* possa

(163) *L'onere*..., p. 146 e 147. No mesmo sentido, cf. Ubertis, *Principi di...*, p. 69. A observação de Michele certamente foi formulada em resposta a posição de Rosenberg (*La carga*..., p. 18-19), no sentido de que no *ônus* objetivo não é importante saber quem provou os fatos relevantes, mas sim que fatos foram provados.

(164) Segundo Michele (*L'onere*..., p. 238), a expressão "ônus objetivo" não representa adequadamente o fenômeno consistente na existência de uma regra de julgamento para o caso de dúvida do juiz sobre fato relevante do processo.

(165) Cambi (*Direito constitucional*..., p. 41) observa que, "se a noção de *ônus* (em sentido amplo) significa um poder ou uma faculdade, não pode ser concebida sem um titular que o exerça e, por isso, abrange também uma dimensão subjetiva que tem a função de servir de estímulo para a atividade das partes". Embora não chegue expressamente à mesma conclusão, Dinamarco (*Instituições*..., vol. III, p. 83) indaga: "É conceitualmente concebível algum *ônus* afirmando que "ônus objetivo" é uma *contradictio in adjecto*. Idêntico é o posicionamento de Echandía (*Teoría general*..., t. I, p. 434) que ainda assevera: "si la carga es un poder o facultad (en sentido amplio), no se la puede concebir sin el sujeto titular de ese poder, y por lo tanto, es siempre una noción subjetiva".

(166) Segundo Greco Filho (*Curso*..., vol. 2, p. 203), "há que se reconhecer a propriedade 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".

ser empregado, a regra de julgamento deve ser considerada sob o enfoque dos reflexos que a ausência da prova de um fato provocará sobre os sujeitos parciais do processo.¹⁶⁷ Neste caso, porém, retorna-se à abordagem subjetiva.¹⁶⁸

Em suma, a regra de julgamento é sempre necessária, mesmo nos casos em que o juiz tenha poderes para determinar a produção de provas, independentemente de requerimento das partes. Assim, também no processo penal deve existir uma regra de julgamento que permita ao juiz decidir em caso de dúvida sobre fato relevante.¹⁶⁹ Essa regra de julgamento, contudo, não pode ser denominada *ônus* – ainda que objetivo – da prova, porque não apresenta relação com o sujeito titular do interesse prejudicado, mas sim com o conteúdo da decisão a ser proferida pelo juiz.¹⁷⁰

4.5 Conclusão sobre a existência de *ônus* da prova no processo penal

Partindo da dicotomia entre *ônus* subjetivo e *ônus* objetivo da prova, é de se destacar, inicialmente, que o *ônus* da prova subjetivo no processo penal será, sempre, um *ônus* imperfeito ou relativo, tendo em vista que, além da

(167) Como observa Cambi (*Direito constitucional*..., p. 41), "a falta de certeza, que conduz o juiz a aplicar a regra de julgamento, não pode ser separada do risco da falta da prova, que pesa sobre quem pede a aplicação de uma regra jurídica, cujo pressuposto é a verificação desse fato incerto".

(168) Cite-se, por exemplo, a explicação de Barbosa Moreira (O juiz..., p. 181): "a doutrina moderna, estudando o problema do *ônus* da prova, assentou uma conclusão muito interessante: as regras que distribuem esse *ônus* são regras destinadas a ser aplicadas em relação aos fatos que afinal não se provam, que afinal não resultam provados. O juiz não tem que se preocupar com as regras legais de distribuição do *ônus* da prova, a não ser no momento de sentenciar. Af então, verificando que determinado fato não foi provado, *ele terá de impular a alguém as consequências desfavoráveis da falta de prova daquele fato*; eis aí para que servem as regras sobre a distribuição do *ônus* da prova". Também Pacifico (*Ônus da prova*..., p. 133), que conceitua o *ônus* objetivo como "o risco da prova frustrada", afirma que "a inafastabilidade do julgamento projeta um *risco* (objetivo) *de sucumbimento sobre os litigantes*".

(169) Com observa Lozzi ("Favor rei"..., p. 21), "indubbiamente, pure nel processo penale è indispensabile una regola di giudizio".

(170) Segundo Lozzi ("Favor rei"..., p. 20), "in realtà, la dottrina, con la locuzione 'onere materiale della prova', si riferisce alla regola di giudizio cui il giudice deve ritarsi nel caso di prova mancante o insufficiente".

atividade da própria parte onerada, também é possível a produção de prova por iniciativa judicial, bem como a utilização das provas produzidas pela parte contrária, ante a regra da aquisição das provas.

Concebido o Ministério Público como uma parte interessada na persecução penal, desejando ver provada a tese acusatória, é perfeitamente possível afirmar que ao Ministério Público incumbe o ônus da prova dos fatos necessários para a condenação penal. A concepção do Ministério Público como parte imparcial e portadora de um dever de descoberta da verdade, visando à correta aplicação da lei, é incompatível com o processo penal acusatório, que exige uma dualidade de partes, em igualdade de condições, mas com interesses contrapostos.

Já com relação ao acusado, que também possui interesse individualizável na persecução penal, seria possível admitir que, se ele não se desincumbisse da produção da prova dos fatos que lhe são favoráveis, haveria um prejuízo. Estaria aí configurado o ônus subjetivo do acusado. Contudo, diante do *in dubio pro reo*, que é a regra de julgamento do acusado, no campo penal, o acusado jamais poderá ser prejudicado pela dúvida sobre um fato relevante para a decisão do processo, ao menos nos casos de ação penal condenatória. Embora seja admissível que a atividade do acusado seja regida por um ônus probatório, no processo penal em que vigora a presunção de inocência, tal encargo é atribuído, com exclusividade, ao acusador. Já em hipóteses específicas em que não vigore o *in dubio pro reo*, como na revisão criminal, é possível admitir a existência de um ônus da prova subjetivo para o acusado.¹⁷¹

Por fim, com relação ao querelante, é possível afirmar que ele poderá ser prejudicado em seu interesse na condenação do querelado, se não se desincumbir do ônus da prova. Assim, no caso de dúvida sobre fato relevante, o juiz deverá aplicar o *in dubio pro reo*, profereindo sentença absolvente se desincumbido de provar os fatos imputados na queixa.

Em suma, quanto ao ônus subjetivo, há *onus probandi* do Ministério Público, para que não sucumba em seu interesse em ver provada a tese acusatória. Na ação penal condenatória, embora em tese fosse concebível que o acusado tivesse sua atividade probatória balizada por ônus, diante do *in dubio pro reo*, ele jamais poderá ser prejudicado pela dúvida sobre fato relevante. O querelante tem o ônus da prova dos fatos invocados na queixa crime.

⁽¹⁷¹⁾ Cf. cap. 6, especialmente, itens 6.1.1, 6.1.2 e 6.2.1.

De outro lado, é incontestante a existência do chamado ônus objetivo da prova, que, identificado com a regra de julgamento consubstanciada no *in dubio pro reo*, como manifestação da presunção de inocência.¹⁷² Contudo, essa regra de julgamento não pode ser considerada como "ônus", ante o seu caráter objetivo, que é incompatível com o conceito de imperativo do próprio interesse. Existe regra de julgamento no processo penal, mas ela não é, tecnicamente, um ônus.

⁽¹⁷²⁾ Cf. Carrelutti, *Prove civili...*, p. 14; e Echandía, *Teoría general...*, t. I, p. 425.