

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Daniel Prates Sternick

**A ONERAÇÃO PROBATÓRIA NO PROCESSO PENAL:
sobre a pretensão acusatória e a unidade do fato criminoso**

Belo Horizonte

2025

Daniel Prates Sternick

**A ONERAÇÃO PROBATÓRIA NO PROCESSO PENAL:
sobre a pretensão acusatória e a unidade do fato criminoso**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: Intervenção Penal e Garantismo

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Coelho Colen

Belo Horizonte

2025

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S839o Sternick, Daniel Prates
A oneração probatória no processo penal: sobre a pretensão acusatória e a unidade do fato criminoso / Daniel Prates Sternick. Belo Horizonte, 2025.
112 f.

Orientador: Guilherme Coelho Colen
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Ônus da prova. 2. Processo penal - Brasil. 3. Produção de prova. 4. Prova criminal. 5. Acusação (Processo penal). 6. Princípio da inocência. I. Colen, Guilherme Coelho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.9

Daniel Prates Sternick

**A ONERAÇÃO PROBATÓRIA NO PROCESSO PENAL:
sobre a pretensão acusatória e a unidade do fato criminoso**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito da Pontifícia Universidade Católica de
Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do
título de Mestre em Direito.

Prof. Dr. Guilherme Coelho Colen – PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira – PUC Minas (Avaliador interno)

Prof. Dr. Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça – ESDHC (Avaliador externo)

Profa. Dra. Klélia Canabrava Aleixo – PUC Minas (Suplente)

Belo Horizonte, 01 de abril de 2025

*Ao Prof. Dr. Michel Wencland Reiss (Z"l), que
sempre me incentivou a estudar o direito e o
processo penal. Sua influência permanece viva
neste trabalho.*

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Guilherme Coelho Colen, pela orientação, pelos apontamentos e, sobretudo, pela paciência; em seu nome, agradeço também aos demais docentes e funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas.

À minha mãe, Cláudia, e ao meu pai, Eduardo, meus pilares, pelo apoio incondicional e por todo o suporte que sempre me deram.

À Lethícia, cujo carinho e companheirismo foram determinantes para a realização deste trabalho.

Aos meus irmãos, Tomaz, Ivan e Luisa, às minhas avós, Nícia e Glorinha, e aos meus avôs (*in memoriam*), Múcio e Francisco, por serem parte fundamental da minha trajetória.

Ao meu tio, Prof. Dr. Francisco de Castilho Prates (ou apenas Kiko), pelos ensinamentos e pelo incentivo que me deu desde os tempos de graduação, na pessoa de quem estendo os agradecimentos a toda família.

Aos amigos da LG Advocacia Criminal, na pessoa do Prof. Me. Lázaro Guilherme, pela troca diária de ideias e experiências.

Aos amigos do PPGD e da vida como um todo, que fizeram – e seguem fazendo – parte da caminhada.

RESUMO

Considerando que o tratamento dado ao instituto do ônus da prova no processo penal advém de adaptações às regras estipuladas no âmbito do processo civil, sobretudo do critério do “fato constitutivo do direito do autor”, o presente trabalho tem o objetivo de investigar analiticamente a sua possível compatibilização com os fenômenos do processo penal. Para tanto, faz-se necessário, em primeiro lugar, delinear uma compreensão sobre qual seria o suposto “direito do autor” no processo penal. Abordar-se-ão as diferentes concepções que enxergam na atuação do acusador o exercício tanto de um direito subjetivo de punir, quanto de uma pretensão punitiva, apresentando uma posição sobre os referidos conceitos e fixando, em seu lugar, o conceito de pretensão processual penal ou pretensão acusatória. A estruturação desse conceito possibilitará, por meio de uma exposição dos seus elementos integrantes, uma abordagem sobre qual é o seu fato constitutivo. Pretende-se demonstrar o erro da posição outrora majoritária, que compreende como constitutivo o fato típico, desvinculado da antijuridicidade e da culpabilidade, e o equívoco das tentativas de solucionar esse impasse com base nas discussões dogmáticas da relação entre tipicidade e antijuridicidade. Na sequência, serão exploradas as formas pelas quais o problema pode ser resolvido em observância às especificidades do direito e do processo penal. Ainda que a presunção de inocência se mostre suficiente para fundamentar a inexistência de distribuição do ônus da prova no processo penal, será apresentada uma fundamentação complementar pautada na dogmática da pretensão acusatória. Fixar-se-á como premissas a suficiência do conceito analítico de crime à definição do objeto da prova e, ao mesmo tempo, a impossibilidade de desmembrá-lo em diferentes cargas probatórias, pois a oneração deve pautar-se no fato concreto, entendido como acontecimento histórico indivisível. Ao final, discutir-se-ão os reflexos deste trabalho na prática forense a partir de uma diferenciação entre ônus estático e tático da prova.

Palavras-chave: Ônus da prova; Presunção de inocência; Fato constitutivo; Pretensão acusatória; Ônus tático.

ABSTRACT

Considering that the treatment of the burden of proof in criminal procedure arises from adaptations to the rules established in civil procedure, particularly the criterion of the “constitutive fact of the plaintiff’s right”, this work aims to analytically investigate its compatibility with the phenomena of criminal procedural law. To this end, it is first necessary to outline an understanding of what the supposed “plaintiff’s right” in criminal procedure would be. Different conceptions will be addressed, which see in the prosecutor’s role the exercise of both a subjective right to punish and a punitive claim, presenting a position on these concepts and establishing, in their place, the concept of the criminal procedural claim or accusatory claim. The structuring of this concept will enable an analysis, through an exposition of its constitutive elements, of what its constitutive fact is. The aim is to demonstrate the error of the previously majority position, which understands the constitutive fact as the typical fact, disconnected from unlawfulness and culpability, and the mistake of attempts to resolve this issue based on dogmatic discussions of the relationship between suitability to the definition of the crime and unlawfulness. Subsequently, the ways in which the problem can be resolved in accordance with the specificities of criminal law and criminal procedural law will be explored. Although the presumption of innocence may suffice to justify the absence of a burden of proof distribution in criminal procedure, a complementary foundation based on the dogmatics of the accusatory claim will be presented. It will be established as premises both the sufficiency of the analytical concept of crime to define the object of proof and the impossibility of dividing it into different burdens of proof, since the burden must be based on the concrete fact, understood as an indivisible historical event. Finally, the implications of this work in legal practice will be discussed, based on a differentiation between static and tactical burden of proof.

Keywords: Burden of proof; Presumption of innocence; Constitutive fact; Accusatory claim; Tactical burden.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
 1. PRIMEIRAS LINHAS SOBRE O ÔNUS DA PROVA	14
1.1. Ônus subjetivo da prova	17
1.2. Ônus objetivo da prova	19
1.3. Fundamentos para a distribuição do ônus da prova no processo judicial	21
1.4. Critérios de distribuição do ônus da prova	27
1.4.1. No processo civil	27
1.4.2. No processo penal	29
1.5. Colocação do problema: investigação analítica sobre a adaptação do critério do “fato constitutivo do direito do autor” aos fenômenos do processo penal	34
 2. QUAL É O “DIREITO DO AUTOR”? UM ESTUDO SOBRE A PRETENSÃO DO ACUSADOR NO PROCESSO PENAL	35
2.1. Breves apontamentos sobre o direito de ação	35
2.2. Breves apontamentos sobre os conceitos de pretensão material e processual	40
2.3. Delimitação dos espaços legítimos de atuação dos sujeitos do processo	42
2.3.1. Considerações sobre a (in)existência do direito subjetivo de punir	42
2.3.2. Considerações sobre o caráter extraprocessual da pretensão punitiva e a sua substituição pela pretensão acusatória	46
2.3.3. O sistema acusatório de processo penal como pressuposto da pretensão acusatória.....	49
2.4. A estrutura da pretensão acusatória e a imputação do fato criminoso	52
2.4.1. O elemento objetivo da pretensão acusatória como objeto da prova e a sua gradual demonstração pelo acusador.....	57
 3. QUAL É O “FATO CONSTITUTIVO”? UM ESTUDO SOBRE O ÔNUS DE PROVAR O ELEMENTO OBJETIVO DA PRETENSÃO ACUSATÓRIA	61
3.1. Percurso histórico da relação entre tipicidade e antijuridicidade na dogmática penal e a sua insuficiência para explicar o regramento do ônus da prova no processo penal.....	61
3.2. Ônus da prova à luz da presunção de inocência	68
3.2.1. As regras de ônus da prova impostas pela presunção de inocência	70

3.3. Ônus da prova à luz do fato constitutivo da pretensão acusatória	76
<i>3.3.1. Breve digressão nos diferentes conceitos de delito</i>	<i>76</i>
<i>3.3.1.1. A importância metodológica do conceito analítico.....</i>	<i>78</i>
<i>3.3.2. As interfaces entre o conceito analítico de crime e a prática probatória no processo penal: o fato concreto indivisível e a sua significação jurídica</i>	<i>79</i>
 4. O ÔNUS DA PROVA NA PRÁTICA PROCESSUAL PENAL.....	85
4.1. Quando provar a inocorrência de causas excludentes?	85
4.2. O acusado possui ônus da prova no processo penal?	90
4.3. Como provar a inocorrência de causas excludentes?	94
 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	97
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	101

INTRODUÇÃO

O tratamento dado ao instituto do ônus da prova e à sua distribuição entre as partes no processo penal encontra suas raízes nos critérios formulados para o processo civil. Dentre eles, destaca-se o critério segundo o qual o autor possui o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, enquanto o réu possui o ônus de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Embora atualmente haja forte tendência doutrinária no sentido de conferir a devida conformação do instituto aos fenômenos do direito e do processo penal, pode-se dizer que a adaptação do critério civilista nem sempre foi objeto de maiores preocupações. Não raro, encontram-se afirmações de que o acusador possui o ônus de produzir prova acerca do fato constitutivo do direito de punir ou da pretensão punitiva.

Essa assertiva carrega dois problemas distintos: de um lado, nem sempre se aborda detidamente o conteúdo e a natureza do direito exercido pelo acusador no processo penal, de modo que a afirmação do direito de punir ou da pretensão punitiva costuma ser desprovida de justificação teórica; de outro, a atribuição da referida carga probatória para o acusador não é acompanhada de uma explicação sobre qual seria esse aludido fato constitutivo.

Feitas tais ponderações, torna-se possível fixar os principais problemas que o presente trabalho busca responder: **(i)** qual é o direito (ou pretensão) exercido pelo acusador no processo penal? **(ii)** qual é o fato constitutivo desse direito (ou pretensão)? Com isso, espera-se definir, com algum grau de rigor analítico, as linhas gerais do instituto do ônus da prova em matéria penal e da (in)existência de sua distribuição entre acusador e acusado.

Com relação ao primeiro problema, pode-se dizer que a abordagem sobre o que exerce o acusador no processo penal é fundamental à delimitação do seu espaço legítimo de atuação e, por consequência, dos demais sujeitos processuais – especialmente do julgador. Em suma, ao definir-se o papel do acusador, acaba-se por estruturar a dinâmica do processo penal, incluindo a atividade probatória, e garantir a correta compreensão do papel judicante. Por isso, considera-se insuficiente afirmar-se, de maneira simplificada, que o acusador exerce o direito de punir ou a pretensão punitiva, sem maiores reflexões sobre o significado de tais conceitos.

Pretende-se demonstrar que o acusador não ostenta um direito de punir e tampouco exerce em juízo qualquer pretensão punitiva. O primeiro conceito, quando muito, deve ser atribuído ao

jugador, após a verificação, em sede processual e mediante sentença penal condenatória transitada em julgado, dos requisitos para a afirmação da responsabilidade penal. Não obstante, o termo em si revela-se equivocado, pois trata-se de poder-dever, e não de direito subjetivo. O segundo conceito, enquanto representativo da exigência de subordinação do autor do fato à pena criminal, deve ser identificado com a pretensão material, naturalmente insatisfeita ante a imprescindibilidade da jurisdição penal. Não se confunde, portanto, com a pretensão processual exercida em juízo pelo acusador, que será tratada no presente trabalho como pretensão processual penal ou pretensão acusatória, assumindo a condição de objeto do processo penal.

Apontar-se-á, na sequência, a estrutura da pretensão processual mediante os seus elementos integrantes, definidos, geralmente, a partir de três perspectivas: uma relativa aos sujeitos do processo (= elemento subjetivo), outra relativa ao fato em si (= elemento objetivo) e, por fim, aquela que traduz a formalização da acusação (= elemento de atividade). O escopo dessa exposição é permitir uma compreensão da forma pela qual a constituição da pretensão processual é diretamente informada pela relação material que lhe deu ensejo, ainda que com ela não se confunda. Embora os três sejam objeto de análise, enfatizar-se-á o elemento objetivo, pois a partir dele restará definido o fato objeto da prova no processo penal. Em síntese, já adentrando o segundo problema, uma vez delineada a atividade do acusador no processo penal, será o momento de se investigar qual é o fato que origina a pretensão por ele exercida em juízo; em outras palavras, analisar-se-á qual é o fato constitutivo da pretensão acusatória.

De início, pretende-se demonstrar os erros da posição outrora majoritária, pela qual o fato constitutivo seria tão somente o fato típico, desvinculado da antijuridicidade e da culpabilidade, consubstanciado na demonstração da autoria e da materialidade delitiva. Também será abordado o porquê de serem equivocadas as tentativas que visam solucionar tal problema com base nas discussões dogmáticas afeitas às relações entre a tipicidade e a antijuridicidade.

Ato contínuo, o trabalho explorará as formas pelas quais o problema pode ser resolvido em observância às especificidades do processo penal. Inicialmente, ver-se-á que a oneração probatória dirige-se integralmente ao acusador em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência. Entretanto, apresentar-se-á uma fundamentação complementar: trata-se de perquirir um fundamento de ordem dogmática à justificação da distribuição – ou de sua inexistência – do ônus da prova no processo penal.

Tal fundamentação partirá de uma abordagem do fato constitutivo da pretensão acusatória que perpassa pelo conceito analítico de crime: conquanto sirva como orientador da atividade probatória das partes, jamais poderá ser desmembrado em diferentes cargas probatórias, posto que a oneração pauta-se no fato concreto enquanto acontecimento histórico insuscetível à fragmentação.

De forma mais clara: o conceito analítico não pode ser repartido para servir à distribuição, entre acusador e acusado, do ônus de provar a presença ou ausência de determinado elemento constitutivo do delito. A sua estratificação normativa não altera a realidade fática, permanecendo, para fins de determinação do objeto a ser provado, o fato criminoso em sua completude, cuja significação jurídico-penal é dada pelos três níveis analíticos em conjunto.

Por isso, após verificada a oneração do acusador em matéria probatória, será o momento de analisar a sua concretização na lógica processual a partir das categorias definidas pelo conceito analítico. Considerando que não há muita divergência doutrinária sobre a prova dos elementos que integram a tipicidade¹, a análise centrar-se-á nas seguintes questões: **(i)** quando será essencial ao acusador demonstrar a inexistência de causas de justificação ou de exculpação para obter a condenação? **(ii)** o acusado ostenta ônus da prova no processo penal? **(iii)** como provar a inoccorrência de causas excludentes?

No que toca à primeira pergunta, deve-se considerar que a prática forense nem sempre exige, da peça acusatória, narrativa completa e detalhada da presença das circunstâncias fáticas capazes de afastar todas as causas de justificação e de exculpação. Sem embargo, isso não quer dizer que o acusado fique encarregado delas. Em tais situações, a ausência dos pressupostos das causas excludentes estará subentendida no conteúdo da imputação, mas, caso surja alguma suspeita de incompatibilidade para com a hipótese da acusação, tornando minimamente questionável o caráter implícito de tais circunstâncias, haverá de se exigir, do acusador, atividade probatória apta a explicitá-las – desde que ainda se esteja no momento processual adequado. À segunda pergunta, pretende-se responder com uma distinção entre ônus estático e ônus tático da prova, frisando os reflexos práticos da compreensão adotada neste trabalho: mesmo que a carga estática da prova seja inexoravelmente de atribuição do acusador, isso não impede que o acusado

¹ Em sede jurisprudencial, todavia, a situação é um pouco diferente. Conforme será mencionado mais adiante, ainda que de forma superficial (não por desimportância do tema, mas por limitações de ordem objetiva), não é incomum encontrar julgados que operam uma verdadeira inversão do ônus da prova no processo penal, imputando ao acusado a responsabilidade pela demonstração probatória dos pressupostos da tipicidade.

venha a ostentar a carga tática, oriunda de uma avaliação individualizada e estratégica do conjunto probatório, que nada mais é do que um juízo de prognose a aferir os riscos de eventual inércia. Com relação à terceira pergunta, por fim, acredita-se que a resposta é de entendimento majoritário: a inviabilidade de demonstração probatória não reside na natureza negativa do fato, mas na sua indeterminação.

Em suma, oferecer-se-á um contributo à conformação processual penal do instituto do ônus da prova, de modo a elucidar o tão difundido critério do “fato constitutivo do direito do autor” e a estabelecer os limites da oneração probatória do acusador e do acusado. Ao final, será proposta uma articulação entre a concepção teórica desenvolvida e alguns aspectos do cotidiano forense, no intuito de evitar que a prática se distancie excessivamente da teoria.

Em termos metodológicos, utilizar-se-á do método dedutivo, partindo de uma análise mais ampla de institutos dogmáticos e conceitos jurídicos, calcada na técnica da revisão bibliográfica, para que seja possível subsumi-la em casos específicos colocados à tutela jurisdicional.

Por último, é bom frisar que o presente trabalho possui como objeto de análise o ônus da prova tão somente nos sistemas afeitos à *civil law* e, mais especificamente, no processo penal de conhecimento (ou condenatório). Também adverte-se que o leitor encontrará, em algumas passagens, a expressão carga estática (ou ônus estático), que se refere à atribuição fixa do ônus da prova, conforme regras predefinidas em abstrato.

1. PRIMEIRAS LINHAS SOBRE O ÔNUS DA PROVA

O termo *ônus*² é usado para designar um encargo cuja inobservância pode gerar alguma sorte de prejuízo ao próprio onerado. Essa é a característica que o diferencia do *dever* e da *obrigação*: enquanto estes existem para com outrem, o *ônus* é um encargo para consigo mesmo.

A marca característica do *ônus* é a liberdade. Não traduz nenhum tipo de subordinação ao interesse alheio, como ocorre com o *dever* e a *obrigação*; no primeiro, tem-se um imperativo perante a coletividade, ao passo que no segundo tem-se um imperativo do interesse do credor³. Em ambos, há a imposição de um vínculo da vontade pela subordinação de um interesse, ensejando uma posição jurídica passiva⁴. No *ônus*, por sua vez, não há sujeição ao querer alheio, pelo que o seu descumprimento não enseja qualquer consequência sancionatória.

O sujeito obrigado não possui liberdade jurídica de atuar conforme o seu próprio querer, pois ocupa posição de obediência ao comando ou determinação do credor. Por isso se diz que a liberdade acaba onde aparece a sujeição⁵. De outro lado, não existe, no âmbito da faculdade de atuação do sujeito onerado, a correlação entre direito e *dever/obrigação*: o *ônus* é um imperativo em interesse próprio⁶. Assim, se o *dever* e a *obrigação* são marcados pela bilateralidade, o *ônus* é unilateral⁷.

O que ocorre é que a inobservância, pelo onerado, do *ônus* a ele atribuído, pode colocá-lo em situação desvantajosa; por isso, geralmente há um interesse em desincumbir-se do *ônus*:

² “Aquilo que sobrecarrega; carga; peso” (FERREIRA, *Miniauréli*, p. 593).

³ BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal*, p. 177.

⁴ Cf. MARQUES, *Do julgamento do fato incerto...*, p. 24: “Quando a norma estabelece para o sujeito uma possibilidade de executar livremente o ato processual em seu próprio benefício, ou então, assegura-lhe a possibilidade de exigir de outro sujeito a realização de determinado ato, de acordo com o seu interesse, configura-se uma situação jurídica ativa. Quando a norma compele o sujeito a praticar o ato processual ou a aceitar o ato praticado por outro sujeito, implicando ou não o sacrifício de seu interesse, caracteriza-se uma situação passiva”. Da mesma forma, BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal*, p. 177.

⁵ BUZAID, *Do ônus da prova*, p. 14.

⁶ Cf. GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, p. 203; GOLDSCHMIDT, *Derecho, derecho penal y proceso*, p. 356; CAMARGO ARANHA, *Da prova...*, p. 08; TORNAGHI, *Instituições...*, p. 230. Assim também RANGEL, *Direito processual penal*, p. 503: “Trata-se de uma obrigação para consigo mesmo que, se não for cumprida, ninguém, a não ser o encarregado, sairá prejudicado. Diferente do *dever*, que é sempre para com outrem e faz nascer o direito subjetivo. O *ônus* não, pois não corresponde a nenhum direito subjetivo e, se o encarregado de realizar o ato não o faz, apenas ele sofrerá com sua inércia ou ineficiência”.

⁷ JARDIM, *Direito processual penal*, p. 230: “Não é ele bilateral, o que torna fácil distingui-lo do direito subjetivo e do poder jurídico. O *ônus* não é algo impositivo, imperativo. Muito pelo contrário, é uma espécie de faculdade. É um campo de liberdade que tem um determinado sujeito de direito para atuar positivamente, a fim de que venha a alcançar algum benefício em seu favor”.

evitar uma possível desvantagem⁸. Ao não fazê-lo, é inegável que se acarreta uma debilitação da situação jurídica da parte onerada, potencializando o risco de uma solução processual desfavorável⁹. Não obstante, isso não significa que o seu cumprimento seja mandatório.

Em matéria de direito probatório, o ônus é um meio pelo qual se permite o julgamento da demanda mesmo diante de fato relevante incerto¹⁰. Situa-se, por isso, dentro dos chamados *sucedâneos de prova*¹¹. Como não possui o escopo de elucidar determinado fato, ou de perquirir a verdade¹² sobre ele, não pode ser tratado como meio de prova¹³. Assume, como corolário da liberdade que o caracteriza, a natureza de uma faculdade jurídica¹⁴, sendo explicado nos sistemas de *civil law* a partir de dois aspectos distintos: ônus subjetivo (formal) e ônus objetivo (material).

⁸ DIDIER JR., *Curso de direito processual civil*^{II}, p. 128.

⁹ GOLDSCHMIDT, *Derecho, derecho penal y proceso*, p. 356.

¹⁰ Ainda que se reconheça a importância de se investigar as evoluções históricas que moldaram o ônus da prova, o foco aqui será apontar as linhas gerais da compreensão atual sobre o instituto. Para uma abordagem histórica, remete-se o leitor à investigação conduzida em NIEVA FENOLL, *Carga de la prueba...*; NIEVA FENOLL, *Réquiem por la carga de la prueba*. Na literatura nacional, ver MARQUES, *Do julgamento do fato incerto...*, p. 53-95.

¹¹ BADARÓ, *Processo penal*, p. 580.

¹² O debate em torno da verdade no processo penal é extremamente rico e portador de diferentes posições doutrinárias. Em que pese fugir do escopo do presente trabalho, algumas notas introdutórias podem ser feitas. Durante muito tempo, assentou-se que o processo penal possuía como finalidade a busca por uma verdade real ou material, pelo que estaria o julgador autorizado a perquiri-la por contra própria, inclusive procurando provas e desconsiderando a atividade das partes. Nessa linha, por ex., tem-se MANZINI, *Tratado de derecho procesal penal*, p. 248 e ss. Na doutrina brasileira, TORNAGHI, *Instituições...*, p. 198 e ss. Isso sem falar na utilização dessa fórmula vaga como subterfúgio para legitimar arbitrariedades, isto é, como verdadeiro *standard justificatório* (GLOECKNER, *Autoritarismo e processo penal*, p. 396). Em contraposição, surgiu a noção de uma verdade processual ou formal, isto é, uma “verdade empiricamente controlável ou controlada, ainda que necessariamente reduzida e relativa” (FERRAJOLI, *Direito e razão*, p. 434). Segundo FERRAJOLI, *Direito e razão*, p. 54, “o único significado da palavra ‘verdadeiro’ [...] é a correspondência mais ou menos argumentada e aproximativa das proposições para com a realidade objetiva, a qual no processo vem constituída pelos fatos julgados e pelas normas aplicadas”. De modo semelhante, TARUFFO, *La prueba...*, p. 74, partidário da ideia de que “no processo não se trata de estabelecer verdades absolutas e imutáveis sobre nada e que, portanto, só tem sentido falar de verdades relativas” (tradução livre). Contrariamente, entendendo que a busca por uma verdade relativa é incapaz de superar o ranço inquisitório característico da busca por uma verdade real, tem-se KHALED JR., *A busca da verdade no processo penal*, p. 184 e p. 186, para quem “a maquiagem conceitual da busca da verdade sob o caráter matizado, relativo ou aproximativo acaba fundamentando a continuidade da estrutura inquisitória de forma velada, subvertendo o caráter democrático exigível a um processo respeitoso dos direitos fundamentais do acusado”. O problema, segundo o autor, “reside no fato de que a utilização do paradigma da verdade correspondente no processo penal – mesmo admitida como relativa ou aproximativa – desfigura o sistema acusatório, pois ocorre um nítido afastamento em relação ao que ele deve democraticamente representar”. Sem pretensão de definitividade, acredita-se que o melhor caminho seja assumir a busca da verdade como uma das finalidades do processo, porém restringi-la a partir da imposição de limites éticos e jurídicos, como quer ROXIN, *Derecho procesal penal*, p. 191, ou limites epistemológicos e políticos, como querem DE-LORENZI/CEOLIN, *O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo*, p. 105 e ss. Assim também BADARÓ, *Editorial...*, p. 46-50. No que se refere ao instituto do ônus da prova, pode-se dizer que ele se insere num contexto de superação da busca incessante pela verdade real: “Projetar as consequências desfavoráveis do fato não provado para quem promoveu a imputação é mais adequado do que perseguir eternamente a verdade absoluta” (MARQUES, *Do julgamento do fato incerto...*, p. 218).

¹³ Meios de prova, segundo POLASTRI LIMA, *A prova penal*, p. 11, “são os elementos que podem justificar ou esclarecer os fatos que se apuram, através dos quais se irá adquirir o conhecimento de um objeto de prova”.

¹⁴ RANGEL, *Direito processual penal*, p. 512.

O primeiro possui como enfoque a atividade das partes, sugerindo a evitação de eventual inércia probatória, ao passo que o segundo revela uma orientação pragmática ao julgador¹⁵. O aspecto subjetivo, portanto, opera na ordem privada, enquanto o aspecto objetivo, por outro lado, traduz um imperativo constitucional de ordem pública, relacionado à própria função jurisdicional¹⁶.

Antes de analisar tais aspectos, algumas considerações podem ser traçadas quanto ao tratamento dado ao instituto do ônus da prova nos sistemas afeitos à *common law*, ainda que não faça parte do contexto no qual se desenvolve o presente trabalho.

De forma bastante sucinta, existem quatro modalidades de ônus probatório no referido sistema: ônus de alegação (*burden of pleading*), ônus de produção (*burden of production* ou *burden of going forward*), ônus de persuasão (*burden of persuasion* ou *burden of proof*) e ônus tático (*tactical burden*)¹⁷. O procedimento pode ser resumido da seguinte forma: o acusador afirma a existência de um fato criminoso (ônus de alegação¹⁸) e, na sequência, deve demonstrar a existência de uma causa provável (*probable cause*) para que o caso possa ir adiante (ônus de produção ou ônus de ir adiante¹⁹); uma vez demonstrada, possibilita-se que o caso seja levado a julgamento, surgindo, aqui, o ônus de provar os fatos imputados acima de qualquer dúvida razoável (*beyond any reasonable doubt*), atribuído ao acusador (ônus de persuasão²⁰).

O ônus tático, a seu turno, “é uma avaliação estratégica que as partes devem realizar no curso da instrução processual sobre o estado atual da prova já produzida”²¹, no intuito de antecipar, ainda que de forma meramente conjectural, qual será o resultado da apreciação do

¹⁵ Cf. GIACOMOLLI, *O devido processo penal*, p. 179: “O encargo probatório abarca a introdução das provas ao processo (dimensão formal) e também a aceitabilidade da prova pelo julgador, a sua valoração positiva, na perspectiva da afirmação fática realizada na inicial (dimensão substancial).”

¹⁶ BUZAID, *Do ônus da prova*, p. 17.

¹⁷ Cf. SOUSA MENDES, *Causalidade complexa e prova penal*, p. 82-84; MORAIS, *A derrotabilidade da acusação...*, p. 81-95.

¹⁸ O ônus de alegar “especifica as condições fáticas e jurídicas, segundo as quais um determinado sujeito processual pretende ver atendida sua pretensão” (MORAIS, *A derrotabilidade da acusação...*, p. 82).

¹⁹ O ônus de produção “é o encargo de trazer ao processo meios de prova suficientes sobre uma alegação, de forma a atingir um determinado *standard* de prova”. (MORAIS, *A derrotabilidade da acusação...*, p. 83). Nos sistemas de *common law*, o acusado encontra-se onerado com a alegação e produção acerca das defesas afirmativas (*affirmative defenses*): “caso o acusado resolva alegar uma defesa afirmativa terá que se desincumbir do ônus de produção, o qual funcionará como uma espécie de *pré-condição* para se alegar tal *defense* na fase de julgamento.” (MORAIS, *A derrotabilidade da acusação...*, p. 88). Segundo MORAIS, *A derrotabilidade da acusação...*, p. 89, a diferença reside no *standard* probatório: enquanto a liberação do ônus acusatório de produção far-se-á por meio da causa provável (*probable cause*), a defesa se desincumbe do seu ônus por meio da mera centelha de prova (*scintilla of evidence*).

²⁰ É o ônus da prova propriamente dito, ou o “encargo de provar e convencer os julgadores acerca dos fatos alegados” (MORAIS, *A derrotabilidade da acusação...*, p. 85).

²¹ MORAIS, *A derrotabilidade da acusação...*, p. 95.

acervo probatório por parte do julgador. Em caso de avaliação negativa, o sujeito em desvantagem fica taticamente onerado com a produção de provas capazes de alterar o provável resultado do julgamento. Não é, portanto, um ônus da prova no sentido técnico-jurídico, mas algo que se insere na esfera de estratégia da parte para minimizar as chances de que a solução processual lhe seja desfavorável.

À exceção do ônus tático, que será abordado no momento oportuno, as demais modalidades do *onus probandi* na *common law* não serão utilizadas neste estudo.

1.1. Ônus subjetivo da prova

Na dimensão subjetiva, ou formal, o ônus da prova costuma ser tratado como um direcionamento da atividade das partes na produção de prova, constituindo uma predeterminação da responsabilidade pelos diferentes encargos probatórios²².

Trata-se, nessa perspectiva, de uma orientação à atividade probatória dos sujeitos processuais parciais, cientificando-os acerca da sua incumbência na construção conjunta do contexto probatório, que permitirá, ao final, a realização de um juízo fático²³. Por isso, há quem classifique o ônus subjetivo enquanto regras de conduta das partes²⁴.

A função subjetiva do ônus guarda relação com o sistema legal de provas, ou prova tarifada, no qual o valor da prova era preestabelecido por lei. Não havia propriamente uma valoração probatória, bastando a inserção, pela parte responsável, da prova hierarquicamente superior para que se resolvesse o litígio²⁵. Por essa razão, o julgador “se via limitado a aferir segundo os critérios previamente definidos em lei, sem espaço para sua sensibilidade ou eleições de significados a partir da especificidade do caso”²⁶.

A sua superação pelo sistema da persuasão racional, ou livre convencimento²⁷, fez com que a noção subjetiva do ônus da prova perdesse importância, uma vez que o cerne do sistema

²² DIDIER JR., *Curso de direito processual civil*^{II}, p. 129.

²³ Trata-se, segundo CARPES, *Ônus da prova no novo CPC*, p. 40, de um “critério de organização da atividade probatória, que informa às partes quanto à sua parcela de responsabilidade na formação da prova destinada à construção do juízo de fato”.

²⁴ LIMA, *Manual de processo penal*, p. 573.

²⁵ Antes de passar à prova tarifada propriamente dita, BADARÓ, *Processo penal*, p. 465 registra que o sistema operava por meio dos juízos divinos.

²⁶ LOPES JR., *Direito processual penal*, p. 367.

²⁷ A persuasão racional representou um progresso na transparência e no controle das decisões judiciais, exigindo não apenas a sua indispensável fundamentação, como vinculando o processo valorativo a outras áreas do conhecimento,

probatório deixa de residir na titularidade da prova e passa a integrar a sua valoração racional²⁸. Em virtude dessa relativização da função subjetiva, o que subsiste é um ônus atenuado²⁹.

Com o advento do novo sistema, há quem sustente o abandono do aspecto subjetivo³⁰, embora a tendência majoritária na doutrina brasileira seja reconhecer a sua mitigação, porém apontar importâncias secundárias³¹, inclusive de natureza psicológica³². Em suma, o que resta do ônus subjetivo da prova é a sua caracterização enquanto uma “faculdade probatória que, não sendo exercida pela parte interessada, *poderá* levar, mas não levará *necessariamente*, a uma situação de desvantagem”³³.

Entende-se que o aspecto subjetivo do ônus da prova continua sendo relevante no processo penal, seja no âmbito da perspectiva subjetiva do aspecto objetivo, seja no âmbito da regra probatória oriunda da presunção de inocência, questões estas que serão abordadas no momento oportuno. E também se mostra relevante no âmbito de sua dimensão subjacente, de mecanismo voltado à realização de interesse público (= administração da justiça³⁴). Nessa concepção, ainda que as regras subjetivas do ônus da prova se dirijam às partes, elas são

sobretudo a epistemologia, por meio das regras de lógica e experiência (BADARÓ, *Processo penal*, p. 466-467). Todavia, a livre convicção do julgador não é plena, irrestrita, mas limitada, de forma que a ele é defeso contrariar deliberada e indevidamente o conjunto probatório e o ordenamento jurídico. Deve, portanto, evitar qualquer sorte de conjectura e de “juízos apriorísticos de inverossimilitude das circunstâncias ou fatos alegados” (LOPES JR., *Direito processual penal*, p. 370). Diz-se, pois, que a liberdade do julgador é uma “liberdade para a objetividade” (SOUZA MENDES, *A incerteza factual e a prova no processo penal*, p. 1078). Assim, como sustenta GASCÓN ABELLÁN, *O problema de provar*, p. 32-33, “deve-se rejeitar categoricamente a tradicional interpretação subjetiva do princípio da livre convicção, que entende a valoração como *livre ou independente de qualquer regra*; como uma espécie de momento íntimo, místico, capaz de suplantar as provas, ou, quando menos, permitir sua ponderação discricionária e indiscutível”, pois é essa interpretação “que tem permitido a ciência e a práxis processual evitar o problema da justificação do juízo de fato”. Segundo a autora, “os modelos de valoração devem fornecer esquemas racionais para determinar o grau de probabilidade das hipóteses”: são modelos necessariamente probabilísticos.

²⁸ Agora, deve-se justificar racionalmente o resultado obtido: “o juiz deve explicar, de um lado, porque configurou os fatos relevantes *daquele modo*; de outro, porque considerou que era aplicável *aquela* norma, e porque lhe deu *aquela* entendimento” (BARBOSA MOREIRA, *Temas de direito processual*, p. 73).

²⁹ Ou ônus imperfeito: BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal*, p. 188. Isso pode ser percebido também pelo advento do princípio da comunhão da prova (ou aquisição processual): a prova pertence não mais às partes, mas ao processo, podendo a parte “X” aproveitar igualmente a prova produzida pela parte “Y”. Em síntese, tal princípio preconiza que a atividade probatória pertence à relação processual, de forma que o seu resultado é comum às partes em causa (CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*^{II}, p. 440).

³⁰ Cf. NIEVA FENOLL, *Réquiem por la carga de la prueba*, p. 42 e ss. Também contrário ao ônus subjetivo: PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 270-271, que defende a adoção do aspecto objetivo.

³¹ BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal*, p. 189; DIDIER JR., *Curso de direito processual civil*^{III}, p. 131-132; BARBOSA MOREIRA, *Temas de direito processual*, p. 79.

³² BARBOSA MOREIRA, *Temas de direito processual*, p. 75: “relevância mais psicológica do que jurídica”; BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal*, p. 190: “fator de pressão psicológica”.

³³ BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal*, p. 188, que complementa: “Trata-se de uma *possibilidade de gravame*, mas não de um *prejuízo irrevogável*”.

³⁴ TARUFFO, *L'onere come figura processuale*, p. 428.

estabelecidas no intuito de explorar os seus interesses para a consecução de uma finalidade precípua: possibilitar a construção de uma decisão judicial fundada na verdade (= verificação probatória) dos fatos relevantes³⁵. A partir dessa perspectiva, diz-se que o ônus da prova também apresenta uma função epistêmica³⁶.

1.2. Ônus objetivo da prova

Na dimensão objetiva, ou material, não se procura estabelecer um responsável pela produção de determinada prova; busca-se definir qual parte deverá suportar o prejuízo da ausência de prova sobre determinado fato³⁷.

Após a instrução, é possível que remanesça alguma dúvida sobre os fatos. Nessas situações, sendo vedado ao magistrado pronunciar o *non liquet*³⁸ e furtar-se de julgar a demanda, impõe-se a existência de uma regra de julgamento que o autorize a decidir mesmo na ausência de uma convicção plena.

Em outros termos, o julgamento é imperativo mesmo em caso de material probatório incompleto ou insuficiente³⁹. O que faz o ônus objetivo, portanto, é delinear um regramento destinado ao juiz para que decida mesmo quando houver dúvida quanto a algum fato relevante. A esse respeito, costuma-se afirmar que seria um ônus remoto, pois “inexiste interesse direto das partes, mas uma solução para o juiz que, somente de forma indireta, irá produzir reflexos negativos sobre as partes”⁴⁰.

³⁵ TARUFFO, *L'onere come figura processuale*, p. 429.

³⁶ TARUFFO, *L'onere come figura processuale*, p. 430. Dito de outra forma, o direcionamento da atividade probatória das partes “orienta-se no sentido de favorecer a apuração da verdade e de fazer com que a decisão final funde-se em tal apuração” (TARUFFO, *Uma simples verdade*, p. 260).

³⁷ NIEVA FENOLL, *Carga de la prueba...*, p. 124; DIDIER JR., *Curso de direito processual civil*^{II}, p. 129.

³⁸ A expressão *non liquet* remete ao direito romano e representava uma situação na qual não havia clareza suficiente para o julgamento da demanda, pelo que o juiz poderia se eximir da tutela jurisdicional. Atribui-se a sua gênese ao autor romano Aulus Gellius, mais especificamente no livro XIV da sua obra *Noctes Atticae*. Sobre isso, cf. SENTÍS MELENDO, *In dubio pro reo*, p. 70: “Na história, a dúvida quanto aos fatos se refletia na possibilidade que existia para o juiz romano de não decidir quando não via a questão com clareza: *non liquet*, dizia; e com essa expressão dava a sua missão por encerrada” (tradução livre).

³⁹ BARBOSA MOREIRA, *Temas de direito processual*, p. 74.

⁴⁰ BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal*, p. 238. Se o ônus é um encargo oriundo do próprio interesse, o termo não seria o mais adequado para representar uma regra destinada ao juiz, para quem inexiste – ou deveria inexistir – interesse no processo. Nesses termos, o aspecto objetivo não seria, tecnicamente, um ônus. Nesse sentido, BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal*, p. 241. Próximo: GRECO FILHO, *Manual do processo penal*, p. 243.

É aplicável ao momento decisório nos casos em que, após a instrução, permanece incerto algum fato relevante⁴¹. Se persistir um estado de incerteza sobre alguma alegação das partes ou algum elemento pertinente ao desfecho do processo, torna-se necessária a observância de regras que orientem o sentido a ser tomado pela decisão⁴². Por outro lado, não há que se falar em regra de julgamento quando inexiste dúvida para o julgador sobre os fatos colocados à sua disposição, isto é, quando o juiz atinge a devida convicção a partir dos segmentos probatórios disponíveis.

Há quem advogue por uma inaplicabilidade geral do instituto do ônus da prova no processo penal, o que incluiria o seu aspecto objetivo⁴³. Sucintamente, argumenta-se que os poderes instrutórios do julgador, somado ao princípio da comunhão da prova, à indisponibilidade do objeto do processo penal e ao dever de objetividade do órgão ministerial, conduziriam à inexistência de ônus da prova⁴⁴. Contudo, tais argumentos, ainda que se prestem a atenuar o ônus subjetivo da prova, não são capazes de infirmar o seu aspecto objetivo⁴⁵.

A posição contrária ao ônus da prova é reforçada pela resistência quanto ao reconhecimento do Ministério Público como parte processual, ao menos em caráter material, o que acabaria por impedir a sua oneração em sede probatória⁴⁶. A consequência disso, até mesmo para quem o trate como parte formal, é que o órgão ministerial não ostentaria ônus da prova enquanto sujeito do processo, de modo que onerada seria apenas a sua versão dos fatos. Dito de outra forma, diante da pobreza do resultado da atividade probatória, resolver-se-ia em favor do acusado porquanto a versão acusatória estaria objetivamente onerada.

Contudo, mesmo em se assumindo a condição de parte meramente formal, isso não lhe retira *per se* o ônus da prova, pois parece evidente que o aspecto objetivo, ao passo que onera uma versão dos fatos, preterindo a hipótese acusatória para privilegiar a da inocência, também

⁴¹ BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal*, p. 181; BARBOSA MOREIRA, *Temas de direito processual*, p. 76.

⁴² LIMA, *Manual de processo penal*, p. 572.

⁴³ Sobretudo na doutrina portuguesa: cf. FIGUEIREDO DIAS, *Ônus de alegar e provar em processo penal?*, p. 139-141; MONTE, *O problema do “ônus” de prova e da oneração...*, p. 51-53; SILVA, *Curso de processo penal*, p. 110-111). Fora dela, ainda que por razões diversas: COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 241; NIEVA FENOLL, *Carga de la prueba...*, p. 141; NIEVA FENOLL, *Réquiem por la carga de la prueba*, p. 51 e ss.; NIEVA FENOLL, *La razón de ser de la presunción de inocencia*, p. 10. Próximo: BINDER, *Introdução ao direito processual penal*, p. 89.

⁴⁴ Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, p. 213: “A absolvição por falta de prova, em todos os casos de persistência de dúvida no espírito do tribunal, não é consequência de qualquer ônus da prova mas sim da intervenção do princípio *in dubio pro reo*”. Da mesma forma, SILVA, *Curso de processo penal*, p. 110. Discorda-se de tal compreensão. Conforme MORAIS, *A derrotabilidade da acusação...*, p. 101, o *in dubio pro reo* não afasta o ônus objetivo, apenas orienta o seu sentido.

⁴⁵ MORAIS, *A derrotabilidade da acusação...*, p. 97.

⁴⁶ Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Ônus de alegar e provar em processo penal?*, p. 140.

surte efeitos à parte cuja versão se mostra onerada. Trata-se, em síntese, da perspectiva subjetiva do ônus objetivo da prova, “segundo a qual haveria uma correlação entre a versão onerada e a parte onerada, bem como entre a versão privilegiada e a parte privilegiada”⁴⁷.

Portanto, mesmo aceitando apenas a condição de parte formal, isso não impossibilita o acusador de ser uma parte onerada em termos probatórios. A discussão acerca do papel exercido pelo acusador e a sua natureza jurídica será mais bem explorada na subseção seguinte, oportunidade em que pretende-se apresentar uma tomada de posição.

1.3. Fundamentos para a distribuição do ônus da prova no processo judicial

Ao refletir sobre a distribuição do ônus da prova entre as partes litigantes em um processo judicial, a primeira questão que se impõe envolve a sua razão de ser: possui a distribuição do *onus probandi* um caráter obrigatório e necessário, ou tal escolha segue um critério de mera conveniência? Para encontrar uma resposta a esses questionamentos, há de se abordar os diferentes fundamentos tradicionalmente elencados para justificar a imposição de regras de distribuição do ônus da prova no direito processual.

No que diz à necessidade de distribuição do ônus da prova, o fundamento mais comum sustenta-se em um princípio de *equidade*: a igualdade entre as partes litigantes. Tal corrente é capitaneada por Wach⁴⁸, que entende ser injusto onerar tão somente uma das partes, considerando a exigência de preservação de condições minimamente equilibradas entre os lados contrapostos no processo⁴⁹.

Ainda que mediante outras terminologias, a mesma linha de raciocínio é exposta por Chiovenda quando erige um princípio de *justiça distributiva* como razão para a distribuição do ônus⁵⁰. Em ambos os casos, segue-se uma tendência de visualizar as partes em posições equidistantes, pelo que seria necessário equilibrar a responsabilidade probatória entre elas. Isso é feito, para essa corrente, por meio da distribuição proporcional do ônus da prova conforme as possibilidades e os interesses das partes.

⁴⁷ MORAIS, A *derrotabilidade da acusação...*, p. 100.

⁴⁸ WACH, *Vorträge über die Reichs-Zivilprozessordnung*, p. 210 e ss. *apud* BUZAID, *Do ônus da prova*, p. 15.

⁴⁹ BUZAID, *Do ônus da prova*, p. 15; CINTRA/GRINOVER/DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, p. 434.

⁵⁰ CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*^{II}, p. 448: “É, portanto, antes de tudo, uma razão de oportunidade que compele a repartir o ônus da prova. Mas há mais, para fazê-lo, um princípio de justiça distributiva, o princípio da *igualdade das partes*”.

Desse modo, parte da doutrina entende que a necessidade de distribuição da carga probatória entre as partes decorre de critérios de equidade, de forma a privilegiar uma repartição igualitária. Ocorre que a adoção desse fundamento em sede criminal, com a consequente manutenção da distribuição do ônus da prova, ignora ao menos dois aspectos basilares do direito processual penal.

O primeiro deles consiste na controvérsia sobre a viabilidade de se conceber uma estrutura paritária entre as partes no processo penal, como se houvesse igualdade de condições entre acusador e acusado. O segundo diz respeito à presunção de inocência, princípio de hierarquia constitucional, que impõe um tratamento assimétrico entre as partes no processo penal.

Percebe-se, assim, que ambos se complementam. É impossível vislumbrar uma paridade de armas entre acusador e acusado⁵¹, e o que faz a presunção de inocência é reconhecer essa assimetria estrutural para privilegiar, mediante critério de opção político-civilizatória, a parte débil da relação processual.

A impossibilidade de se enxergar as partes em condições igualitárias no processo penal assenta-se em razões objetivas. Embora o atual estágio da democracia constitucional tenha mitigado a discrepância entre elas por meio da imposição de direitos e garantias de observância obrigatória pelo Estado, permanece o fato de que o acusador, na maioria dos casos, atua na condição de ente estatal, usufruindo de possibilidades e condições intangíveis ao acusado.

O reconhecimento dessas diferenças insuperáveis entre as partes no processo penal levou à afirmação de que o Ministério Público não seria uma parte propriamente dita, ainda que tal corrente não subsista atualmente⁵². Apesar da nomenclatura que se queira conferir ao *Parquet*, fato é que a sua posição no processo penal não é passível de equiparação com o cidadão denunciado⁵³, dada a desigualdade entre eles.

Por isso, considera-se necessário reconhecer que o acusador público ocupa uma posição de parte *sui generis*. Todavia, essa designação costuma vir acompanhada de duas posturas

⁵¹ ROXIN, *Derecho procesal penal*, p. 80 adjetiva como *enganosa* a paridade de armas no processo penal.

⁵² Para uma leitura aprofundada de tal discussão, cf. GUARNERI, *Las partes en el proceso penal*, *passim*.

⁵³ Cf. MAIER, *Derecho procesal penal*, p. 578, para quem a concepção de um processo penal de partes seria um ideal utópico. Diante das amplas faculdades e dos distintos poderes de que dispõe o Ministério Público, a manutenção de uma discussão abstrata sobre um processo penal fundado na paridade entre as partes parece, na realidade, servir ao obscurecimento das posições assimétricas ocupadas por acusador e acusado (BAUMANN, *Derecho procesal penal*, p. 50-56).

distintas: a primeira, que impõe à parte um dever de imparcialidade⁵⁴, e a segunda, que despreza o “*bis in idem* de todo prescindível e inútil”⁵⁵ materializado na figura do acusador imparcial.

Ambas as concepções apresentam limitações.

A primeira é, sobretudo, paradoxal: a manutenção da condição de parte pelo órgão ministerial é logicamente incompatível com a exigência de um dever de imparcialidade⁵⁶. Assim, o seu caráter *sui generis* não implica necessariamente numa imparcialidade objetiva⁵⁷. Por mais que se entenda a utilização de tal nomenclatura, comumente utilizada para representar a objetividade e o papel fiscalizatório do Ministério Público, ela não é a mais correta em termos técnicos⁵⁸.

A segunda acerta em rechaçar a noção de parte imparcial, mas erra ao tratar o *Parquet* como representante do “interesse punitivo do Estado”⁵⁹. Por mais não seja possível atribuir deveres objetivos de imparcialidade ao acusador público, isso não conduz ao afastamento do compromisso ético que assume enquanto órgão estatal, consubstanciado na necessidade de uma atuação isenta, impessoal e pautada em critérios de lealdade processual⁶⁰.

Apesar de não ser objetivamente imparcial, é fundamental reconhecer que a atuação ministerial transcende o papel de uma parte litigante ordinária⁶¹. Diferentemente do defensor, que

⁵⁴ É o que sustenta, por ex., MAGALHÃES NORONHA, *Curso de direito processual penal*, p. 133: “Não obstante parte, deve ser dotado de imparcialidade”.

⁵⁵ FREDERICO MARQUES, *Elementos de direito processual penal*^{II}, p. 32.

⁵⁶ Cf. GUARNERI, *Las partes en el proceso penal*, p. 144: “aquele que promove a ação nunca pode ser imparcial no seu julgamento, pelo fato de ser ele o acusador. O próprio mecanismo do raciocínio que o leva a formular a acusação, com efeito, domina todos os desdobramentos sucessivos, influenciando poderosamente em seu julgamento” (tradução livre).

⁵⁷ Próximo: SOUSA MENDES, *Causalidade complexa e prova penal*, p. 81. Sobre os sentidos da imparcialidade, cf. subseção 2.3.3 e notas nº 217 e 218.

⁵⁸ Além disso, BADARÓ, *Processo penal*, p. 334 registra que a assunção de uma parte dotada de imparcialidade gera o risco de esvaziamento da dialética de partes e do contraditório efetivo, essenciais à estrutura acusatória do processo penal, tornando “a contraposição entre tese e antítese algo artificial ou meramente formal”. O autor entende que a estrutura acusatória pressupõe partes com interesses antagônicos: “No processo penal acusatório, em que se acentua a relação dialética entre as partes, o Ministério Público deve ser uma parte verdadeira, isto é, uma parte parcial” (BADARÓ, *Processo penal*, p. 334). Igualmente: SANTIAGO NETO, *Estado democrático de direito e processo penal acusatório*, p. 145.

⁵⁹ FREDERICO MARQUES, *Elementos de direito processual penal*^{II}, p. 32.

⁶⁰ Poder-se-ia afirmar uma espécie de imparcialidade moral: CRUZ, *Garantias processuais nos recursos criminais*, p. 69-70. Assim também MAZZILLI, *Introdução ao Ministério Público*, p. 295-296: “Quando inicia a ação, produz provas, debate a causa ou recorre, é parte, no sentido técnico e processual. Sua imparcialidade somente pode ser compreendida no sentido moral, portanto (de objetividade, serenidade e fiscalização da lei, pois não tem um interesse material fora do processo contraposto ao interesse do réu). Mesmo quando pede a absolvição de um réu (por ser moralmente imparcial), continua sendo parte”. Nesse viés, o “dever ministerial de imparcialidade” seria traduzido como a “isenção de ânimo para atuar” (MORAIS, *A derrotabilidade da acusação...*, p. 114).

⁶¹ Nesse sentido, relatório da Comissão Europeia para a Democracia Através do Direito (ou Comissão de Veneza): “o promotor, por agir em nome da sociedade como um todo e por causa das graves consequências da condenação

tem o dever inerente à sua função de representar os interesses de seu constituinte, o Ministério Público tem a obrigação de atuar *secundum ius*, o que pressupõe um equilíbrio na função acusatória, garantindo que inocentes não sejam penalizados ou submetidos à persecução penal indevidamente⁶². Isso quer dizer que, mesmo assumindo o papel de parte⁶³, não pode ser de todo parcial. Não pode ser indiferente ao vilipêndio de direitos e garantias fundamentais e complacente com o atropelo procedimental⁶⁴.

criminal, deve agir de acordo com um padrão mais elevado do que um litigante em matéria civil” (“*The prosecutor, because he or she acts on behalf of society as a whole and because of the serious consequences of criminal conviction, must act to a higher standard than a litigant in a civil matter*”. In: Report On European Standards As Regards The Independence Of The Judicial System: part II – the prosecution service).

⁶² Nesse sentido, STRECK, *A concepção cênica da sala de audiência...*, p. 186 entende “que é equivocada a cisão – porque todo dualismo é metafísico – entre Ministério Público “fiscal da lei” e Ministério Público “parte” (por exemplo, o júri), como se houvesse diferença na atuação. Fazer essa cisão é o mesmo que pensar que o juiz do cível – ao julgar ações de caráter interindividual – é diferente do juiz que decide uma ação civil pública. O Ministério Público possui prerrogativas institucionais e garantias constitucionais exatamente porque não atua por si; sempre atua em nome da sociedade”. O mesmo entendimento foi seguido pelo Plenário do STF no julgamento da ADI 4768, na qual se discutia a (in)constitucionalidade da prerrogativa dos membros do Ministério Público de se apresentar no mesmo plano e à direita dos magistrados nas audiências e sessões de julgamento. Em uma passagem de seu voto, a relatora, Ministra Cármen Lúcia, consignou que “a natureza das funções desempenhadas pelo Ministério Público, sempre voltadas à proteção do interesse público e dos valores constitucionais a ele confiados, não permite dissociar completamente a sua atuação como parte processual e fiscal da lei” (STF, ADI 4768, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/2022; DJe 28/04/2023).

⁶³ A bem da verdade, as particularidades do Ministério Público já levaram à negação da sua condição de parte, ou, quando muito, à atribuição da mera condição de parte formal (no âmbito da doutrina portuguesa, cf. referências citadas em MORAIS, *A derrotabilidade da acusação...*, p. 102), assumida, grosso modo, por todos que pleiteiam, processualmente, uma decisão judicial acerca de uma pretensão contestada ou não pela parte contrária (GUARNERI, *Las partes en el proceso penal*, p. 31). Concorde-se com o segundo posicionamento, vez que, além de ser um dos sujeitos da relação processual, ainda ostenta ônus, faculdades e deveres processuais (MAZZILLI, *Introdução ao Ministério Público*, p. 295), motivo pelo qual deve o acusador público ser formalmente tratado como parte. Já com relação à condição de parte material, a situação é um pouco mais complexa. Como tal condição costuma ser definida pela titularidade de direitos próprios em relação ao conteúdo do processo (FREDERICO MARQUES, *Elementos de direito processual penal*^{II}, p. 33), a sua assunção depende de uma melhor compreensão sobre o que o acusador representa em juízo. Assim, há quem entenda que o Ministério Público seria parte material porquanto titular de um direito subjetivo público, geralmente identificado como o direito de punir (FREDERICO MARQUES, *Elementos de direito processual penal*^{II}, p. 32), com o que discordamos: primeiro, porque sequer há direito estatal à punição do indivíduo, mas poder-dever de puni-lo quando atendidas determinadas condicionantes; segundo, porque tal poder incumbe ao Estado-juiz, não ao acusador. Assim, tendo em vista a ausência de um interesse material próprio (MORAIS, *A derrotabilidade da acusação...*, p. 114-115), conclui-se que a condição de parte material só poderia ser imputada ao acusador se o direito por ele titularizado fosse identificado como o direito potestativo característico do exercício de sua pretensão acusatória, constituindo, por assim dizer, um interesse no processo (LOPES JR., *Fundamentos do processo penal*, p. 267 e ss.). Nos demais casos, não seria parte material, pois não pleiteia direito próprio em juízo (GUARNERI, *Las partes en el proceso penal*, p. 99). Tais considerações relativas à natureza jurídica da atividade desenvolvida pelo acusador no processo penal serão retomadas na seção 2.

⁶⁴ PINTO/BRENER, *A eficácia do contraditório no processo penal*, p. 40: “A atuação [do Ministério Público] no processo penal deixa de ser uma busca incessante por uma condenação, para se tornar o exercício de um mandato outorgado pela Constituição para representar os interesses da sociedade no processo. Esses interesses somente podem ser validamente extraídos da lei, a qual constitui a manifestação democrática e legítima da vontade social. Assim, atua o Ministério Público vinculado à estrita legalidade”. Em outros termos, trata-se de preservar a “função de uma instituição de promoção da Justiça, e não a de um órgão exclusivamente vocacionado à acusação, focado na obtenção da condenação do réu a qualquer preço” (ARAS, *O projeto Streck-Anastasia de Ministério Público*, n.p.). Por vezes,

Em outras palavras, deve o Ministério Público, enquanto acusador público⁶⁵, atuar com um *mínimo ético*: assumir a condição de parte não significa necessariamente abdicar da condição, constitucionalmente assegurada, de defensor e garante da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses indisponíveis (art. 127, CRFB⁶⁶).

Apenas destaque-se que tais reflexões, a nível do *dever-ser*, não podem ser transpostas acriticamente para o plano do *ser*, como se a simples vinculação do acusador público à legalidade fosse suficiente para conferir autoridade hierárquica aos seus posicionamentos em detrimento dos da defesa. A expectativa normativa de que o órgão ministerial atue conforme o seu compromisso ético não pode servir para legitimar, a nível prático, a maximização do valor de suas manifestações e a minimização das garantias processuais do acusado (como se o acusador público, por ser “moralmente imparcial”, estivesse atuando para efetivá-las ou assegurasse *per se* o equilíbrio do processo). Assim, é preciso ter cuidado para não cair nessa armadilha.

Diante dessas considerações, percebe-se que o processo penal se revela, em grande medida, como um processo de partes assimétricas, no qual há uma parte estruturalmente favorecida: o Ministério Público dispõe de recursos, prerrogativas e poderes que não se estendem

tais ponderações ecoam nos Tribunais Superiores, como, por ex., na seguinte passagem proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 758/MG, na qual atesta o desinteresse que deve nortear a atuação ministerial e a plena compatibilidade das funções fiscalizatórias e de parte: “A instituição foi arquitetada, portanto, para atuar desinteressadamente no arrimo dos valores mais encarecidos da ordem constitucional, razão pela qual o legislador conferiu inclusive a atribuição para impetrar *habeas corpus* em favor de pessoas submetidas a restrições indevidas em sua liberdade de locomoção (art. 654 do CPP). [...] No que se refere à atuação em processos penais, ainda que os membros dessa instituição possam ocupar posições processuais distintas, entende-se que é dever do *Parquet*, mesmo nos casos em que atua como parte no processo, postular medidas que possam proteger os direitos fundamentais dos réus e condenados em geral” (STF, ADPF 758/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 03/12/2020; DJe 10/12/2020). Tais considerações parecem óbvias, pois, se o interesse ministerial resume-se na correta aplicação do direito penal (MAIER, *Derecho procesal penal*, p. 581), isso pressupõe o respeito aos direitos e garantias fundamentais e a defesa da ordem jurídica na sua plenitude.

⁶⁵ Esses fundamentos podem e devem ser estendidos ao querelante nos casos cujo oferecimento da acusação, por razões de política criminal, é de iniciativa privada. Isso porque o aspecto fundacional do compromisso ético assumido pelo acusador advém da assunção da pretensão processual acusatória em detrimento da pretensão material punitiva, de modo que, mesmo quando o acusador é o sujeito passivo da relação de direito material, a sua atuação continua sendo condicionada por critérios jurídico-normativos e limitada às funções tipicamente persecutórias. É claro que, tratando-se do Ministério Público, a observância de um agir ético é ainda mais impositiva, órgão estatal que é. Contudo, isso não significa que a atuação do acusador privado seja livre de amarras. De fato, ele não é um fiscal da lei, mas também não pode ser um acusador de exceção, um vingador privado. Aliás, a participação do *Parquet* nos processos penais de natureza privada, na condição de órgão fiscalizatório, também reforça a necessidade de observância dos parâmetros constitucionais da acusação criminal. Não obstante, reconhece-se que o caminho mais adequado talvez fosse a abolição da atribuição acusatória dos particulares, conferindo-a exclusivamente ao Ministério Público, mediante prévia representação da vítima, mas este trabalho não entrará nessa discussão.

⁶⁶ “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

à advocacia privada ou mesmo à Defensoria Pública. A discussão teórica sobre sua condição de parte apenas evidencia a posição diferenciada que ocupa dentro da dinâmica processual.

Retornando à indagação acerca do fundamento para a distribuição do ônus da prova, uma vez compreendido o desequilíbrio estrutural entre as partes no processo penal, tem-se que a resposta não pode sustentar-se em razões de equidade e justiça distributiva⁶⁷. A necessidade de se observar um parâmetro equitativo de distribuição das cargas processuais probatórias não encontra guarida no processo penal. É possível – e quiçá recomendável – que a distribuição seja assimétrica, tal como o é a própria estruturação das partes.

Por conseguinte, é preciso perquirir um fundamento que não implique necessariamente a repartição do ônus da prova entre as partes, mas que permita a imposição unilateral de tal ônus à parte estruturalmente favorecida.

Tal fundamento pode ser encontrado na vedação ao *non liquet*⁶⁸.

O motivo é simples: se a razão de existência do ônus probatório reside na concessão de critérios para que se decida a causa mesmo diante da incerteza, isso não resulta na imprescindibilidade de distribuir a carga probatória, pois o importante é tão somente que alguém suporte a insuficiência de provas⁶⁹. Nada impede, nesse sentido, que apenas uma das partes seja responsável por assumir esse encargo, ao invés de encarregar ambas proporcionalmente.

Em suma, assumindo a indeclinabilidade da jurisdição como fundamento do ônus da prova⁷⁰, prescinde-se da distribuição da carga probatória. Por isso, no processo penal, a opção mais constitucionalmente conformada é negar a existência dessa distribuição, atribuindo o *onus probandi* integralmente à parte acusadora⁷¹, como se verá adiante.

⁶⁷ Como sustenta HAMILTON, *Uma releitura a respeito do ônus da prova no processo penal*, p. 353, “a igualdade das partes não assume o caráter de dogma no processo penal.”

⁶⁸ Nesse sentido: BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal*, p. 243-244; JARDIM, *Direito processual penal*, p. 233; KARAM, *Sobre o ônus da prova...*, p. 58; MARQUES, *Do julgamento do fato incerto...*, p. 273. Na literatura estrangeira: TARUFFO, *L'onere come figura processuale*, p. 430.

⁶⁹ BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal*, p. 243-244.

⁷⁰ Cf. MARQUES, *Do julgamento do fato incerto...*, p. 273: “Com a cláusula da indeclinabilidade, o Juiz moderno não pode mais se escusar de decidir a controvérsia penal. Encerrada a instrução, ele deve se manifestar sobre a ofensa ou ameaça ao bem jurídico alegada na Denúncia, tomando por base as provas produzidas e as teses sustentadas. Na moderna teoria do processo penal, o princípio da indeclinabilidade adquire contornos de garantia constitucional, pois constitui um dos desdobramentos da garantia de acesso ao Poder Judiciário, especificamente a garantia ao pronunciamento jurisdicional. Particularmente, o princípio da indeclinabilidade ajuda a sedimentar o conceito de ônus da prova”.

⁷¹ Cf. MARQUES, *Do julgamento do fato incerto...*, p. 202: “Teoricamente, não é possível dividir proporcionalmente a responsabilidade entre as partes. Isso significaria desconsiderar a situação de desvantagem do acusado em toda a persecução penal e negar vigência à dimensão material da igualdade.”

1.4. Critérios de distribuição do ônus da prova

1.4.1. No processo civil

Durante muito tempo, a abordagem acerca da distribuição do ônus da prova não foi objeto de maiores distinções entre o processo civil e o processo penal. É possível dizer que a forma com que tradicionalmente se distribuiu o ônus da prova no processo penal não só guarda considerável similitude com o critério processual civil, como, em verdade, é nele inspirada.

É comum deparar-se com explicações que pautam a distribuição do ônus probatório a partir do interesse daquele que alega determinado fato, ou seja, caberia a cada um provar aquilo que alega no seu próprio interesse, visto que o ônus da prova compete àquele que aproveitará o reconhecimento do fato⁷². A consequência disso é que, do autor, haveria de se exigir a prova dos fatos que possuem o condão de gerar o direito por ele invocado; do réu, aqueles que possuem o condão de excepcionar o direito alegado pelo autor, ou seja, os pressupostos de exceção⁷³.

Essa forma de se repartir o ônus da prova entre as partes em contenda judicial foi materializada em critério legal, segundo o qual incumbe ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito, enquanto o réu fica encarregado de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alegado pelo autor (art. 373, I e II, CPC⁷⁴). O critério, portanto, se funda na relação jurídica material⁷⁵.

Em linhas gerais, trata-se como constitutivo o fato a partir do qual origina-se uma relação jurídica, assumindo as vestes de fato gerador de um direito⁷⁶: compõe “o suporte fático que, enquadrado em dada hipótese normativa, constitui uma determinada situação jurídica, de que o autor afirma ser titular”⁷⁷. Reside nele, portanto, todos os pressupostos de existência daquele direito.

⁷² CINTRA/GRINOVER/DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, p. 435.

⁷³ BUZAID, *Do ônus da prova*, p. 15; CINTRA/GRINOVER/DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, p. 434.

⁷⁴ “Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

⁷⁵ BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal*, p. 247; CARPES, *Ônus da prova no novo CPC*, p. 35.

⁷⁶ São os fatos capazes de “fazer nascer, de constituir, uma relação jurídica” (BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal*, p. 247).

⁷⁷ DIDIER JR., *Curso de direito processual civil*^{II}, p. 133.

O fato impeditivo, por sua vez, é aquele cuja ausência é condição para a plena eficácia jurídica advinda do fato gerador⁷⁸. A *contrario sensu*, é dizer que a sua presença impede o surgimento do direito, pois o fato constitutivo não produzirá os seus efeitos. Geralmente, define-se o fato impeditivo em termos negativos, ou seja, na falta de uma circunstância cuja concorrência era fundamental à regular produção dos efeitos do fato constitutivo⁷⁹.

O fato extintivo, como o próprio nome sugere, extingue a relação jurídica anteriormente constituída, retirando a sua eficácia por completo⁸⁰. Já o fato modificativo tem o potencial de alterar a eficácia jurídica produzida pela relação paradigma: uma vez constituído o direito do autor, o fato modificativo se dá com o escopo de alterá-lo⁸¹.

Distinguir estes dois últimos do fato constitutivo é relativamente simples, haja vista a ausência de sincronicidade entre eles⁸². O critério para tanto é meramente cronológico: os fatos extintivos e modificativos ocorrem após a produção de efeitos pelo fato gerador⁸³.

Com relação à distinção entre o fato constitutivo e o fato impeditivo, a solução não é tão simples. Há, entre eles, um caráter sincrônico, daí não ser possível solucionar o problema por meio do critério cronológico⁸⁴. No seu lugar, surgem a critérios de natureza empírica. Apesar de não ser o único⁸⁵, o mais importante deles é o critério da normalidade, que decompõe o direito em elementos genéricos e essenciais⁸⁶.

Os elementos genéricos exigidos para que se tenha por eficaz o fato gerador são aqueles que normalmente estão presentes⁸⁷. Quando ausentes, impedem a produção dos efeitos jurídicos (= fatos impeditivos). Ambos se retroalimentam: são complementares na composição da relação

⁷⁸ BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal*, p. 248.

⁷⁹ Nesse sentido, CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*^l, p. 23: “Exprime-se positivamente com o nome de *fato impeditivo* um fato de natureza negativa, a saber, a *falta* de uma das circunstâncias que devem concorrer com os fatos constitutivos a fim de que estes produzam os efeitos que lhes são peculiares e normais. Não se pode, portanto, entender a categoria dos fatos impeditivos se não se consideram as circunstâncias necessárias ao surgimento de um direito, reagrupadas nas duas categorias de causas *eficientes* (fatos *constitutivos*) e causas *concorrentes* (cuja falta constitui o fato *impeditivo*)”. Da mesma forma, tem-se DIDIER JR., *Curso de direito processual civil*^{ll}, p. 135.

⁸⁰ BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal*, p. 247; DIDIER JR., *Curso de direito processual civil*^{ll}, p. 134.

⁸¹ BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal*, p. 247; DIDIER JR., *Curso de direito processual civil*^{ll}, p. 135.

⁸² BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal*, p. 248.

⁸³ Diversamente, DIDIER JR., *Curso de direito processual civil*^{ll}, p. 134 afirma que o fato extintivo pode operar de forma simultânea, como, por ex., nos casos em que há estipulação de um termo ou condição para o exercício de certo direito. Contudo, em tal situação, ainda que a previsão possa ser concomitante, a sua ocorrência continua sendo posterior, tornando desnecessária tal ponderação.

⁸⁴ BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal*, p. 249.

⁸⁵ Cf. BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal*, p. 249-250.

⁸⁶ BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal*, p. 250.

⁸⁷ Agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104, I, II e III, CC).

jurídica. Ao passo que os elementos genéricos são presumidos, os elementos essenciais do direito devem ser demonstrados. Se a parte contrária suscitar o não preenchimento de algum elemento genérico, será dela o ônus da prova. Pauta-se o critério da normalidade em uma lógica de regra e exceção: presume-se o normal; demonstra-se o anormal⁸⁸.

Essa lógica, por vezes, é utilizada para fundamentar o ônus do acusado de provar as excludentes de antijuridicidade e de culpabilidade por ele alegadas⁸⁹. A ideia é que, “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”⁹⁰.

Todavia, nem o fato constitutivo nem o ônus da prova, em matéria penal, podem ser resumidos ao critério da normalidade⁹¹. O primeiro (= fato constitutivo) vincula-se aos fatos que possuem o condão de dar vida à pretensão exercida pelo acusador, condicionando, assim, a determinação do segundo (= ônus da prova). Quando muito, admite-se que determinados dados fáticos sejam implicitamente afirmados pelo acusador, que assumirá o risco da sua inércia caso sobrevenha elemento que sugira o contrário. Tal questão será retomada no momento oportuno.

1.4.2. No processo penal

⁸⁸ Cf. BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal*, p. 245: “Exemplo clássico é o da compra e venda. Quem invoca em juízo um contrato de compra e venda terá de provar seus elementos essenciais: a existência do acordo de vontades, a entrega da coisa e o pagamento do preço. Porém, não necessitará demonstrar que o objeto é lícito ou que o agente é capaz, porque estas são circunstâncias normais, que em regra estão presentes nos negócios jurídicos. Diversamente, se a parte contrária alegar a menoridade ou a ilicitude do objeto, por estar aduzindo fatos anormais, terá de provar a ocorrência dos mesmos”.

⁸⁹ Cf. MARQUES, *Do julgamento do fato incerto...*, p. 227: “os elementos ilicitude e culpabilidade dispensariam a prova e valer-se-iam da presunção, sempre que a Defesa não se desincumbisse do ônus que lhe fora atribuído”.

⁹⁰ WEBER, *Reflexões sobre o ônus da prova no processo penal condenatório*, p. 304.

⁹¹ Do contrário, solidificar-se-ia uma modificação das regras do ônus da prova, tornando desnecessária a produção de quaisquer provas acerca dos fatos cuja ocorrência não é incomum, exigindo-se tão somente a demonstração do fato anormal. Contra o critério da normalidade, ainda que num contexto mais amplo, TARUFFO, *Uma simples verdade*, p. 267-268: “o que parece corresponder a acontecimentos típicos ou ao *id quod plerumque accidit* pode ser falso no caso concreto: portanto, o que aconteceu (normal ou anormal, típico ou atípico) deve, de qualquer modo, ser provado de modo específico”. Em outra oportunidade, o autor aduz que o critério da normalidade carrega uma ambiguidade semântica: pode ser usado de maneira descritiva (= aquilo que frequentemente acontece) e mediante juízo valorativo do intérprete (= normal é bom, anormal é ruim), o que evidencia o seu caráter ambíguo (TARUFFO, *L'onere come figura processuale*, p. 434). Outro problema apontado é a significação do termo, que pode soar arbitrária: quais critérios devem ser observados e quem será o responsável pela definição do que vem a ser um fato normal? Se no processo penal, diferentemente do que ocorre no processo civil (art. 374, I, CPC), nem mesmo os fatos notórios afastam o ônus que recai sobre o acusador, com muito menos razão poderiam fazê-lo os fatos apenas tidos por comuns. A recusa ao critério da normalidade em sede processual penal também é sustentada por KARAM, *Sobre o ônus da prova...*, p. 69-70, que enxerga uma ofensa à presunção de inocência: “O ordinário, o comum, as supostas generalidades não encontram espaço na ação penal condenatória, até porque se cuida, em matéria penal, de condutas individualizadas, que, ao contrário, dizem respeito ao particular, ao concreto, podendo sempre acabar se revelando inusitadas, extraordinárias ou incomuns”. (KARAM, *Sobre o ônus da prova...*, p. 70).

Em relação à distribuição do ônus da prova no âmbito penal, pode-se dizer que houve uma nítida reutilização do critério supramencionado, caracterizada pela transposição das regras elaboradas sob a ótica civilista. Na legislação, na doutrina e na jurisprudência, consagrou-se a máxima do interesse como critério basilar para a repartição do *onus probandi* no processo penal.

A formulação do critério processual penal não foi objeto de maiores cautelas pelo legislador: definiu-se que a prova da alegação incumbe a quem a fizer (art. 156, *caput*, CPP⁹²).

O critério também se pauta numa noção de interesse. O problema é que, ao contrário do que ocorre no processo civil, o legislador não especificou qual tipo de alegação deve ser provada e por quem. Em razão disso, doutrina e jurisprudência têm buscado delinear o tema com a precisão que lhe é devida; todavia, não parecem ter logrado êxito. Em resumo, passou-se a operar, no processo penal, com o mesmo critério civilista, porém com uma sutil adaptação: entende-se como *fato constitutivo da pretensão acusatória*⁹³ o fato típico.

A razão para tanto reside na consolidação de uma interpretação equivocada acerca do fato capaz de constituir a exigibilidade do preceito secundário da norma penal incriminadora, como se o simples preenchimento da tipicidade – por vezes, sem a demonstração do elemento subjetivo, como será abordado adiante – fosse suficiente para o oferecimento da peça acusatória.

Por muito tempo, foi isenta de críticas a ideia de que o fato constitutivo, em matéria penal, se restringiria tão somente ao primeiro elemento do crime: o acusador haveria de provar apenas “a existência de um fato previsto em lei como ilícito penal e o seu realizador, isto é, demonstrar a existência concreta do tipo e de sua realização pelo acusado”⁹⁴.

Uma síntese de tal pensamento está exposta na seguinte passagem:

Portanto, oferecida a denúncia ou queixa, o autor deverá fazer a prova da ocorrência do fato e sua autoria, conforme imputado na petição inicial, e, quanto ao acusado, caberá

⁹² “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: [...]”.

⁹³ É comum encontrar nomenclaturas divergentes: HORTA, *Do ônus...*, p. 197: “fato constitutivo do *ius puniendi*”; BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal*, p. 297; 313; 319 *et passim*: “fato constitutivo do **direito de punir**”; TORNAGHI, *Instituições...*, p. 232: “fato constitutivo da **pretensão punitiva**”; BETTIOL, *Instituições...*, p. 299: “fatos constitutivos da **pretensão punitiva**”. Por coerência, optou-se por manter, no corpo do texto, o termo “pretensão acusatória”, conforme será abordado na sequência deste trabalho. O que se constitui a partir do fato criminoso é a pretensão processual acusatória, que será objeto do processo correspondente; fala-se em poder punitivo somente depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Adotando essa nomenclatura, NOGUEIRA, *Ônus da prova das excludentes...*, p. 265: “fato constitutivo da **pretensão acusatória**”.

⁹⁴ CAMARGO ARANHA, *Da prova...*, p. 11. Igualmente: MAGALHÃES NORONHA, *Curso de direito processual penal*, p. 88.

fazer a prova em relação à inexistência do fato, ou que este esteja amparado por excludentes de ilicitude, culpabilidade e punibilidade, ou qualquer circunstância que implique em benefício para o acusado (atenuantes, causas especiais de diminuição de pena, direito à substituição da pena privativa de liberdade, imposição de regime menos severo etc.).⁹⁵

Dito de outra forma, incumbe àquele que acusa a prova da materialidade e da autoria, representativos da tipicidade, enquanto eventuais excludentes de antijuridicidade ou culpabilidade seriam fatos impeditivos⁹⁶ e, por conseguinte, caberia ao réu prová-las.

Considerando que a tipicidade compreende o elemento subjetivo da conduta, faz-se necessário esclarecer que, tradicionalmente, operava-se uma indevida presunção do dolo⁹⁷. Tendo o acusador demonstrado a existência do fato e a sua autoria, a afirmação do dolo seria uma consequência normal⁹⁸. Se o fato comprovadamente existiu, presumir-se-ia o dolo da conduta por ser correspondente tanto à “normalidade psíquica quanto à figura delituosa”⁹⁹.

Entretanto, como reflexo de uma interpretação constitucionalmente orientada da presunção de inocência, passou-se a recusar, no direito processual, o recurso à presunção do elemento subjetivo¹⁰⁰. Não obstante, a dificuldade probatória faz com que se lance mão da

⁹⁵ POLASTRI LIMA, *A prova penal*, p. 15.

⁹⁶ Nem todos os autores compreendem as causas de justificação e de exculpação como fatos impeditivos; há quem entenda que poderiam vir a constituir fatos modificativos ou extintivos. Isso, porém, é secundário à finalidade a que se propõe o presente estudo, visto que pretende-se abordar tais causas como integrantes do fato constitutivo.

⁹⁷ Dois exemplos significativos podem ser encontrados em MAGALHÃES NORONHA, *Curso de direito processual penal*, p. 88, quando afirma que “o acusado, em regra, é que se esforça por demonstrar não ter agido dolosamente”; e em TORNAGHI, *Instituições...*, p. 232: “quando alguém mata outrem, o que se presume é que o fez injustamente, porque isso é o que geralmente acontece e as presunções se baseiam em *id quod plerumque accidit* [aquilo que geralmente acontece]”. Segundo este último autor, é esse o “sentido de certas presunções, como, por ex., a presunção de dolo, a presunção de culpa” (TORNAGHI, *Instituições...*, p. 232).

⁹⁸ CAMARGO ARANHA, *Da prova...*, p. 11. Para uma síntese dessa corrente, cf. KHADER, *A prova do dolo*, p. 84: “Tal método se baseia na premissa de que, normalmente, as pessoas sabem o que fazem, isto é, as pessoas agem ciente de seus atos. Partindo de tal premissa, os defensores desse método afirmam que, como o normal é que as pessoas saibam o que estão fazendo, as consequências e resultados de seus atos devem ser considerados produtos de condutas dolosas. Desde que reste provado o nexo de causalidade entre a conduta da pessoa (causa) e o resultado delitivo (resultado), e desde que não haja outras evidências que comprovem o contrário, o dolo restará provado”.

⁹⁹ CAMARGO ARANHA, *Da prova...*, p. 13.

¹⁰⁰ Acerca do ônus de provar o elemento subjetivo: “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” (TOURINHO FILHO, *Manual de processo penal*, p. 565). Tal passagem representa a instabilidade da doutrina do processo penal: apesar de rejeitar a presunção do dolo, dada a hierarquia constitucional da presunção de inocência, ao mesmo tempo parece afirmar que, para o acusador, basta a demonstração do fato típico (= autoria e materialidade), não fazendo menção à prova dos demais níveis analíticos do delito (= ausência de causas excludentes). Na sequência, quando refere-se à “*prova do crime*”, vinculando-a à presunção de inocência para atribuí-la ao acusador, duas interpretações parecem possíveis. Ou o autor identificou o fato típico *per se* como “*crime*” – o que suscita uma contradição: a presunção de inocência vincula tão somente o elemento da tipicidade? –, ou quis afirmar o crime como tradução da construção analítica tripartida, pelo que a crítica anterior também seria

temática dos indicadores da conduta dolosa¹⁰¹. Em suma, como a imputação dos *atos psicológicos*¹⁰² não poderá ser diretamente objeto de prova, analisa-se a compatibilidade dos elementos externos disponíveis para com o elemento subjetivo da conduta imputada¹⁰³.

Costuma-se mencionar determinadas experiências do cotidiano a partir das quais tiram-se conclusões a respeito do estado interno de outrem: quando, por ex., escuta-se um cão ganir de maneira contínua, é possível deduzir que o animal está com dor¹⁰⁴. Isso nada mais é do que inferir um elemento interno a partir de circunstâncias externas.

Ainda que sejam aparentemente semelhantes, as concepções supracitadas não se confundem. A presunção do dolo dá como provado o tipo subjetivo a partir da mera constatação da ocorrência do tipo objetivo, ao passo que as deduções *ex re* demandam uma análise adicional do tipo subjetivo com base nos elementos externos, partindo, assim, das circunstâncias relevantes do caso concreto¹⁰⁵. Dessa forma, no segundo caso, será “o conjunto de circunstâncias extraídas da realidade fática que auxiliará o intérprete a identificar a existência do dolo”¹⁰⁶.

Embora seja criticável a repartição das cargas probatórias entre acusador e acusado no processo penal, ao menos vislumbra-se uma certa aproximação entre o direito processual e o

desnecessária. Contudo, esse não parece ser o caso, visto que o autor, em outra obra, salientou que a prova de eventual causa excludente de antijuricidade, culpabilidade ou punibilidade incumbe ao acusado: TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, p. 245.

¹⁰¹ Os indicadores externos e observáveis operam como sintomas a partir dos quais torna-se possível uma aferição da disposição interna do agente (PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 595).

¹⁰² Fatos psicológicos são aqueles que revelam aspectos internos da conduta. Em outros termos, “os fatos *internos* ou *psicológicos* denotam os motivos, intenções ou finalidade de uma conduta, ou o conhecimento de um fato por parte de alguém” (tradução livre de GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho*, p. 70).

¹⁰³ A jurisprudência segue a mesma linha de raciocínio. Veja-se, por ex., o seguinte excerto, extraído de julgado do Superior Tribunal de Justiça: “Com efeito, diante da impossibilidade de adentrar-se no ânimo do agente, o dolo ou a culpa devem ser extraídos de elementos externos, cabendo a cada uma das partes comprovar o alegado, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal, não se identificando nesse procedimento a inversão do ônus da prova” (HC n. 374.013/SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 18/10/2018, DJe 31/10/2018). A despeito da compreensão sobre o dolo, vê-se que o julgado sustenta a não ocorrência de inversão do ônus probatório com base no art. 156 do CPP. Contudo, até mesmo para as posições doutrinárias mais desfavoráveis ao acusado, os elementos da tipicidade integram a carga probatória do acusador. Assim, referido entendimento jurisprudencial parte de premissa doutrinariamente minoritária, além de rigorosamente excessiva ao acusado (cf. nota nº 333).

¹⁰⁴ Vários outros exemplos podem ser citados: “Quando uma pessoa em uma determinada situação fica “vermelha de raiva”, deduzimos que ela está furiosa. Quando outra pessoa fica pálida e começa a tremer, deduzimos que ela está com medo. Quando alguém se contorce e grita inarticuladamente, deduzimos que está sentindo dor. Quando alguém atira flechas em um alvo e, geralmente, acerta o alvo, deduzimos que ele está “mirando” e, portanto, está agindo com a intenção de acertar o alvo” (tradução livre de HRUSCHKA, *Imputación y derecho penal*, p. 190).

¹⁰⁵ HRUSCHKA, *Imputación y derecho penal*, p. 190-192; PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 588; KHADER, *A prova do dolo*, p. 97.

¹⁰⁶ KHADER, *A prova do dolo*, p. 95.

direito penal. Isso se dá uma vez que a distribuição, em sede processual, é materializada nos elementos constitutivos do conceito analítico de crime¹⁰⁷.

A despeito das críticas que serão feitas, a tentativa de aproximar a dimensão probatória no processo penal da definição analítica dada pela teoria do crime deve ser exaltada porquanto constitui inegável avanço rumo à racionalização do poder de punir. Isso porque, mesmo reconhecendo o caráter autônomo do direito processual, fato é que o método penal¹⁰⁸ confere cientificidade ao exercício do poder punitivo e permite que ele seja racionalmente limitado¹⁰⁹, sendo louvável, sempre que possível, buscar a sua concretização no processo correspondente¹¹⁰.

Apesar desse acerto, acredita-se que a adaptação proposta não pode ser aceita. Ao assumir o fato típico como constitutivo da pretensão acusatória, parte-se de uma premissa flagrantemente equivocada; com efeito, a tipicidade, isoladamente, não constitui nada. Embora tal constatação já venha sendo feita pela doutrina especializada, muitas das tentativas de solucionar o problema parecem desaguar em ainda mais polêmicas e incertezas.

A principal tentativa parte da discussão acerca da relação entre tipicidade e antijuridicidade. A depender da posição adotada, mostra-se mais ou menos coerente construir

¹⁰⁷ Por exemplo, TORNAGHI, *Instituições...*, p. 231-232 entende ser “errado supor que o acusador tem de provar tudo quanto alega contra o réu. Assim, por ex., não lhe é necessário provar a ilicitude do fato, desde que ele seja típico, isto é, adequado à descrição legal”. E exemplifica: “se o promotor denuncia Tício por haver morto Caio, não precisa provar aquele que o fez antijuridicamente. Ao contrário: Tício, o denunciado, é que terá de provar que o fato por ele praticado, apesar de típico, foi lícito” (TORNAGHI, *Instituições...*, p. 232). Essa também é a interpretação dada por FREDERICO MARQUES, *Elementos de direito processual penal*^{II}, p. 281, quando sustenta que compete ao réu o ônus da prova “no que tange às justificativas penais, à exclusão da imputabilidade e à existência de condições anormais que tornaram inexigível outra conduta”. Na sequência, o autor traz a seguinte passagem: “O Ministério Público deve provar a prática do fato típico. Feita essa demonstração fundamental, segue-se o juízo de valor sobre a licitude 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*” (FREDERICO MARQUES, *Elementos de direito processual penal*^{II}, p. 281-282). Na literatura nacional mais recente, seguindo a mesma lógica: FLORÊNCIO FILHO/TAMER, *Princípio da presunção de inocência e sua dimensão principiológica e material*, p. 375.

¹⁰⁸ Diz-se que a teoria do crime representa um método ao “constituir um arcabouço conceitual para que a ação seja convertida em delito” (BRANDÃO, *Tipicidade e Interpretação...*, p. 63). Todavia, isso não quer dizer que ela esgote o método penal, pois, ao esquematizar a conformação de um comportamento como criminoso a partir da sua definição analítica, não adentra a consequência do crime – que é a aplicação da pena. Conforme BRANDÃO, *Tipicidade e Interpretação...*, p. 64, o direito penal opera por meio de dois métodos sucessivos: um relativo à causa, outro à consequência.

¹⁰⁹ BRANDÃO, *Tipicidade e Interpretação...*, p. 71.

¹¹⁰ Sobre as relações entre o direito penal e o direito processual penal, DE-LORENZI/CEOLIN/BUONICORE, *As relações de complementaridade...*, p. 20, tratam de três etapas distintas: a primeira é marcada pela unicidade científica, em tratamento conjunto; a segunda denota a autonomização das disciplinas; a terceira, a seu turno, revela uma tentativa de reaproximação. É nessa terceira fase que se insere a presente exposição: não é uma reaproximação fundada na confusão entre os diferentes objetos de análise, mas como “resultado da descoberta, sem perda analítica, da mútua imbricação entre os elementos do direito penal e do processo penal” (DE-LORENZI/CEOLIN/BUONICORE, *As relações de complementaridade...*, p. 25).

uma linha argumentativa que contemple, enquanto fato constitutivo, ambos os elementos supracitados. Tal proposição será abordada no terceiro capítulo.

Em arremate, no instituto do ônus da prova, diferentemente do que pode ocorrer com outros institutos processuais, o problema central não parece residir na simples reutilização do critério civilista¹¹¹, mas nas errôneas adaptações que historicamente lhe foram feitas. Em outras palavras: é possível reaproveitá-lo, desde que a sua adaptação seja feita com cautela, respeitando os contornos próprios do direito processual penal.

1.5. Colocação do problema: investigação analítica sobre a adaptação do critério do “fato constitutivo do direito do autor” aos fenômenos do processo penal

Apresentadas essas notas introdutórias, iniciar-se-á, nos próximos capítulos, a investigação propriamente dita deste trabalho, cuja finalidade é destrinchar analiticamente o critério do “fato constitutivo do direito do autor”, comum à distribuição do ônus da prova, quando aplicado ao processo penal. Assim, num primeiro momento, a análise centrar-se-á no suposto “direito do autor”, aqui representado pela figura do acusador, perquirindo se ele existe e qual é a sua real natureza jurídica (seção 2). Após, analisar-se-á o fato constitutivo do exercício acusatório e seus reflexos no ônus da prova (seção 3). Por fim, abordar-se-á como a compreensão delineada neste estudo se coaduna com a prática forense (seção 4).

¹¹¹ Em sentido contrário, VILELA, *Standards probatórios e processo penal*, p. 35: “O primeiro ponto consiste na tentativa frustrada de transposição de categorias próprias do processo civil para o processo penal, sendo cega quanto às diferenças insuperáveis entre os dois ramos. Os fatos impeditivos, modificativos e extintivos fazem parte da teoria geral prova no processo civil e não possuem espaço no processo penal.”

2. QUAL É O “DIREITO DO AUTOR”? UM ESTUDO SOBRE A PRETENSÃO DO ACUSADOR NO PROCESSO PENAL

2.1. Breves apontamentos sobre o direito de ação

No processo penal, como visto, a adaptação do critério do “fato constitutivo do direito do autor” costuma substituir o termo “direito do autor” por expressões diversas; na maior parte das vezes, os termos eleitos são “direito de punir”, “pretensão punitiva” e “pretensão acusatória”. Isso revela que há, no mínimo, alguma divergência sobre o interesse do acusador e aquilo que ele representa em juízo, além de uma nítida confusão entre os termos “direito” e “pretensão”.

Essa confusão conceitual não é exclusiva do processo penal, afetando o desenvolvimento da dogmática processual indistintamente. O próprio conceito de “pretensão” foi preterido pela doutrina processualista, em especial pelo enfoque dado ao conceito de “ação”, que por muito tempo ocupou – e talvez ainda ocupe – papel central nos debates.

Nesse sentido, o primeiro passo deste capítulo consiste numa sucinta, porém satisfatória, definição do significado de tais conceitos, para que depois possa-se afunilar a investigação a fim de analisar qual é o papel do acusador no processo penal e o que ele exerce em juízo – se “ação”, se “direito” ou se “pretensão” –, bem como a sua estruturação. Ao final, pretende-se vincular o resultado dessa investigação a uma escoreta compreensão do ônus da prova no processo penal.

No âmbito do conceito processual de ação, pode-se dizer que o “excesso de teorização foi um dos responsáveis pela confusão conceitual”¹¹² que o assola, fazendo com que atingisse uma não recomendável polissemia. Aliás, o acréscimo do adjetivo “processual” ao substantivo “conceito” não foi mero acaso, visto que o termo ostenta significados diversos em todas as áreas do Direito¹¹³. No direito penal, por ex., o conceito de ação, enquanto sinônimo de conduta, assume a condição de verdadeira pedra angular da teoria do crime¹¹⁴.

Por isso que as abordagens sobre o conceito de ação geralmente são acompanhadas de um esclarecimento prévio acerca do significado que empregarão ao termo, com vistas a evitar eventual incompreensão ou interpretação equivocada, vez que existem dezenas de significados

¹¹² AMARAL/GLOECKNER, *Direito de ação no processo penal*, p. 1021.

¹¹³ COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 59.

¹¹⁴ BRANDÃO, *Teoria jurídica do crime*, p. 59.

distintos¹¹⁵. No intuito de simplificar a exposição, pode-se separá-los em três grandes acepções: ação como sinônimo de direito, como sinônimo de pretensão e, por fim, como sinônimo do poder de invocar a atividade jurisdicional¹¹⁶.

A primeira concepção, da ação como o direito em movimento, provém do direito romano, notadamente da fórmula de Celso, segundo a qual a ação é o direito de perseguir em juízo o que nos é devido¹¹⁷, e acabou sedimentando-se com as lições de Savigny, para quem a lesão ou ameaça a um direito transformava-se no próprio direito à tutela jurisdicional¹¹⁸. Denota-se, assim, a total ausência de autonomia do conceito para com o direito material em si.

A superação dessa concepção teve seu início com a polêmica entre Bernhard Windscheid e Theodor Muther sobre o significado da *actio*, instituto próprio do direito romano, e a sua relação com o conceito de ação. Pelo corte epistemológico proporcionado, a polêmica é tratada como “marco fundamental das concepções modernas de ação”¹¹⁹.

Por óbvio, abordar exaustivamente os contornos da referida polêmica extrapolaria o escopo do presente trabalho¹²⁰. Para os fins deste estudo, destacam-se três pontos: **(i)** a inovação trazida por Windscheid ao demonstrar a impropriedade de se equiparar a *actio* com aquilo que se entendia por “ação”, sustentando, ao contrário, que ela deveria ser identificada com a “pretensão”¹²¹; **(ii)** a divergência de Muther, que buscou vincular a *actio* a um direito à tutela jurisdicional¹²², oponível em face do magistrado¹²³; **(iii)** a réplica de Windscheid, mais especificamente quando, sem prejuízo dos dissensos entre os autores, concorda com Muther a respeito do conceito moderno de direito de ação¹²⁴.

¹¹⁵ COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 59.

¹¹⁶ COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 60-61.

¹¹⁷ No original: “*nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi*” (D. 44, 7, 51).

¹¹⁸ KHALED JR., *Windscheid & Muther*, p. 100.

¹¹⁹ KHALED JR., *Windscheid & Muther*, p. 99.

¹²⁰ Sobre a polêmica da *actio*, para além das referências supracitadas, ver, dentre outros, CAMARGO, *Windscheid e o rompimento com a fórmula de Celso*, 2001; CHIOVENDA, *A ação no sistema dos direitos*, 2003; PUGLIESE, *Introducción*, 1974. Ver, também, a fonte primária: WINDSCHEID/MUTHER, *Polemica sobre la "actio"*, 1974.

¹²¹ WINDSCHEID, *La “actio” del derecho civil romano...*, p. 12 e ss.

¹²² BOSCHI, *Ação, pretensão e processo penal*, p. 69.

¹²³ GLOECKNER, *Inaplicabilidade do conceito de ação ao processo penal*, p. 49, que complementa: tratava-se de “um direito contra o Estado para a prestação da tutela jurídica”.

¹²⁴ Segundo KHALED JR., *Windscheid & Muther*, p. 104, é improvável que a *actio* significasse uma espécie de direito à jurisdição, motivo pelo qual a importância da opinião de Muther reside na concepção de um direito de ação capaz de traduzir “um direito de acesso à proteção judiciária do Estado.” Assim, faz-se necessário aclarar que a concordância de Windscheid não foi sobre o significado da *actio* em si, já que essa pertencia ao plano do direito material. O próprio Windscheid registra que o direito de acionar, trabalhado por Muther, pertencia ao âmbito do direito processual: WINDSCHEID, *La “actio”*, p. 320 e ss. A concordância era circunscrita ao aspecto processual, que não integrava o seu objeto de estudo: a existência de um moderno direito de ação contra o Estado. Nessa linha,

Foi tão somente após a polêmica que se rompeu com a fórmula de Celso e a concepção de Savigny, tornando-se possível o desenvolvimento da autonomia do direito processual¹²⁵. Isso porque, apesar das discordâncias com relação à *actio*, os autores acabaram concordando em um aspecto secundário: a constatação de uma relação entre as partes e o Estado¹²⁶, concebendo o direito de ação a partir de uma nova acepção, enquanto direito do lesionado frente ao Estado¹²⁷.

Após a polêmica, passou a ação a constituir “um direito a ser exercitado contra o Estado e não contra o réu”¹²⁸, permitindo a fixação do caráter autônomo da ação em relação aos conceitos de direito e pretensão material¹²⁹. Os reflexos dessa nova concepção foram tomados como uma verdadeira revolução pela doutrina processualista¹³⁰, pois foi a partir desse momento “que o direito processual adquiriu personalidade e se desprende do velho tronco do direito civil”¹³¹.

A um só tempo, restou superada tanto a relação condicional entre o direito de ação e o direito material, quanto a confusão ou mescla de significados entre ação e pretensão¹³². Ato contínuo, ao abrir espaço à autonomia do direito processual, possibilitou-se a emergência tanto de outras teorizações sobre o conceito de ação, quanto de um conceito de pretensão processual, apartado daquele adstrito ao direito material.

A fim de evitar maiores prolixidades, não serão abordadas as várias teorias acerca da natureza jurídica da ação¹³³, pois não é essa a proposta do trabalho, bastando ressaltar-se, por ora, que o direito de ação não se confunde com o direito material e tampouco com a pretensão¹³⁴.

CINTRA/GRINOVER/DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, p. 286 atestam que “Windscheid acabou por aceitar algumas ideias do adversário, admitindo um direito de agir, exercível contra o Estado e contra o devedor”.

¹²⁵ KHALED JR., *Windscheid & Muther*, p. 100.

¹²⁶ PUGLIESE, *Introducción*, p. 36.

¹²⁷ MUTHER, *Sobre la doctrina de la “actio” romana...*, p. 244.

¹²⁸ KHALED JR., *Windscheid & Muther*, p. 105.

¹²⁹ Conforme ressalta DIDIER JR., *Curso de direito processual civil*¹, p. 338, “direito de ação e direito afirmado são distintos e autônomos: o direito de ação não pressupõe a titularidade do direito afirmado”.

¹³⁰ Nessa linha, COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 63, para quem a separação entre direito e ação representou, no âmbito do direito processual, fenômeno análogo à divisão do átomo para a física. Assim também CINTRA/GRINOVER/DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, p. 285: “Constitui conquista definitiva da ciência processual o reconhecimento da autonomia do direito de ação, o qual se desprende por completo do direito subjetivo material”.

¹³¹ Tradução livre de COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 64.

¹³² COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 63-64.

¹³³ As principais teorias são aquelas que percebem o direito de ação como direito concreto, potestativo, abstrato e, por fim, a teoria eclética. A teoria da ação como direito concreto vincula a sua existência à procedência da pretensão processual, de forma que o direito de ação “só existiria quando a sentença fosse favorável” (CINTRA/GRINOVER/DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, p. 287). Por isso é que JARDIM, *Direito processual penal*, p. 99 afirma que essa teoria “condiciona a existência da ação a um evento futuro e incerto”. A teoria da ação como direito abstrato funda-se na completa separação entre o direito de ação e o direito subjetivo invocado pela parte, sendo irrelevante a (in)existência deste último: “não deixa de haver ação quando uma sentença

Agora, a proposta é conceituar os termos “ação” e “pretensão”, a partir dos quais se desenvolverá a premissa central do presente capítulo. Por isso, a abordagem limitar-se-á à adoção de uma posição quanto ao primeiro conceito, explicando-se a sua relação com o segundo: uma vez definido o que se deve interpretar por direito de ação, será o momento de apresentar a sua derivação imediata, a pretensão processual, diferenciando-a da pretensão material.

Tendo em vista que a profusão de diversas teorias sobre o direito de ação resulta numa pluralidade de interpretações que acaba por dificultar a formação de um entendimento unívoco¹³⁵, e, mais, que o termo é utilizado sobremaneira em diversas áreas do Direito, especialmente no direito penal, entende-se que o melhor caminho é restringi-lo à seara constitucional.

Trata-se de interpretá-lo como direito constitucionalmente assegurado de acesso à jurisdição, que, ao ser exercido, faz surgir um novo direito: o direito de deduzir pretensões em juízo. Dito de outra forma, o direito de ação “nada mais é do que um direito constitucional de

justa nega a pretensão do autor ou quando uma sentença injusta a acolhe sem que exista na realidade o direito subjetivo material” (CINTRA/GRINOVER/DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, p. 288). A seu turno, a teoria do direito potestativo entende que a ação não poderia constituir um direito subjetivo porquanto não lhe corresponde uma obrigação do Estado (CINTRA/GRINOVER/DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, p. 287), sendo mais plausível tratá-la como um direito potestativo, visto, nos dizeres de CHIOVENDA, *A ação no sistema dos direitos*, p. 28, como um poder de produzir algum efeito jurídico, ao qual corresponde a mera sujeição daquele contra quem o poder é direcionado. Em suma, se os direitos potestativos se esgotam, como registra BONACCORSI, *Lavagem de dinheiro e imputação*, p. 204, “no poder jurídico de produzir um efeito e se exercitam com simples declaração de vontade”, prescindindo da obrigação de realização de alguma prestação por outrem, essa teoria concebe o direito de ação como um poder de movimentar a máquina estatal (BONACCORSI, *Lavagem de dinheiro e imputação*, p. 204), ou, dito de outra forma, como “poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei” (CINTRA/GRINOVER/DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, p. 287). Por último, tem-se a teoria eclética formulada por Liebman, cujo objetivo era estabelecer um meio-termo entre as teorias concreta e abstrata: se a absoluta abstração faria com que o direito de ação se isolasse do direito processual, confundindo-se com o direito constitucional de petição, a teoria concreta não conseguia explicar os processos cuja finalidade era a declaração de inexistência da relação material ou até mesmo os processos que culminassem em decisão de improcedência. Assim, passou-se a sustentar que a ação seria uma espécie de direito instrumental, pois, embora não se confunda com o direito material, é a ele conexa: seria um direito abstrato, porém instrumentalmente conexo a uma pretensão material (CINTRA/GRINOVER/DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, p. 289). Nas palavras de LIEBMAN, *O despacho saneador e o julgamento de mérito*, p. 225: “A ação, como direito de provocar o exercício da jurisdição, significa o direito de provocar o julgamento do pedido, a decisão da lide. É abstrata, porque, tendo por conteúdo o julgamento do pedido, inclui ambas as hipóteses em que este for julgado procedente ou improcedente, mas é subjetiva determinada, porque é condicionada à existência dos requisitos definidos como condições da ação.” A teoria eclética, consolidada no direito processual brasileiro, diferencia o direito de petição do direito de ação: enquanto o primeiro “será absolutamente abstrato, incondicionado e ausente de qualquer restrição ao seu exercício (condições), o direito processual de ação será igualmente abstrato, embora condicionado pelo preenchimento de certos requisitos (condições da ação).” (AMARAL/GLOECKNER, *Direito de ação no processo penal*, p. 1026). Em suma, a solução de Liebman foi conceber uma fase intermediária entre os pressupostos processuais e o mérito, aferindo determinados requisitos que, uma vez preenchidos, garantiriam ao autor o direito à ação (LIEBMAN, *Manual de Direito Processual Civil*, p. 199).

¹³⁴ Por isso, remete-se o leitor às referências mencionadas na nota anterior.

¹³⁵ DIAS, *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 102.

possuir outro direito”¹³⁶, caracterizando-se como um direito universal e abstrato, pois socorre a todos indistintamente, não sofrendo limitações de qualquer natureza¹³⁷.

Constitui, desse modo, um direito estático de natureza política, que se esgota no momento do seu exercício: o caráter dinâmico deve ser reservado à pretensão deduzida em juízo, derivada do exercício prévio do direito de ação, pois é ela que se coloca em movimento e que pode ser limitada¹³⁸. A ação, nesse viés, “não passa de um mero poder em eterna latência”¹³⁹: jamais será exercido no processo, tendo em vista o seu caráter extraprocessual¹⁴⁰, apenas autorizando o exercício de seu direito correlato.

Resumidamente, é conferido a todos o direito de provocar um pronunciamento do Poder Judiciário a respeito da pretensão que deduzimos em juízo. Até mesmo quando nega-se o exame de mérito, o peticionário está, no final das contas, obtendo alguma resposta estatal: uma vez exercido o direito de ação, algum pronunciamento há de se obter do Poder Judiciário¹⁴¹; se tal pronunciamento de fato analisará o mérito daquela reivindicação, é problema da pretensão processual e do preenchimento dos seus requisitos: o direito de ação se esauriu, abrindo lugar ao direito de deduzir pretensões¹⁴².

Ao se desvincular o direito de ação do seu sentido processual, enfatizando-se a sua índole exclusivamente político-constitucional, busca-se, primeiro, frisar a sua função precípua, que é a proteção do acesso ao Poder Judiciário, e, segundo, permitir uma compreensão mais precisa sobre a atuação dos sujeitos do processo – o que é feito por meio da pretensão processual¹⁴³.

¹³⁶ BOSCHI, *Ação, pretensão e processo penal*, p. 85.

¹³⁷ BOSCHI, *Ação, pretensão e processo penal*, p. 85.

¹³⁸ BOSCHI, *Ação, pretensão e processo penal*, p. 84-85. A partir desse entendimento, seria equivocado falar-se em “condições da ação”, como proposto por Liebman na sua teoria eclética e adotado pelo direito processual penal brasileiro: tratar-se-iam de condições ao regular exercício e desenvolvimento da pretensão processual, vez que o direito de ação já teria se materializado. Há, portanto, uma coexistência entre a abstração, própria do direito de ação, e a concretude, própria da pretensão processual.

¹³⁹ BOSCHI, *Ação, pretensão e processo penal*, p. 86. Em outra passagem, o autor a define como um “poder abstrato inserido dentro da estrutura dos Estados Democráticos” (BOSCHI, *Ação, pretensão e processo penal*, p. 136).

¹⁴⁰ Nesse sentido, aduzindo que a natureza e o conteúdo do direito de ação não pertencem ao direito processual, tratando-se, antes, de poder político: GUASP DELGADO, *La pretensión procesal*, p. 52-53.

¹⁴¹ Nesse ponto, poder-se-ia suscitar uma confusão entre o direito de petição e o direito de ação. Porém, BOSCHI, *Ação, pretensão e processo penal*, p. 19, apresenta uma solução possível: embora ambos os direitos permitam o acesso aos órgãos públicos, eles possuem destinatários distintos: o direito de petição é direcionado aos órgãos da Administração Pública e ao Poder Legislativo, ao passo que o direito de ação dirige-se ao Poder Judiciário.

¹⁴² BOSCHI, *Ação, pretensão e processo penal*, p. 133: “Exposta a pretensão, não há mais espaço à interferência do direito de ação”.

¹⁴³ Cf. BOSCHI, *Ação, pretensão e processo penal*, p. 123: “Se, de um lado, o direito de acesso à jurisdição foi alçado à categoria de direito fundamental, assumindo dentro da estrutura normativa do Estado, patamar de hierarquia superior, e submetido a cláusulas de barreira não dispensadas a outros tantos, o efetivo acesso ao Estado-Juiz não se realiza por ele mesmo, mas, sim, pelo exercício de uma pretensão de natureza processual”.

Antes, contudo, de expor a pretensão de natureza processual e seus elementos integrantes, é importante conceituar a já referida pretensão de direito material.

2.2. Breves apontamentos sobre os conceitos de pretensão material e processual

Tal como ocorre com o direito de ação, também não se deve confundir a pretensão com o direito material. A bem da verdade, a pretensão material nada mais é do que a exigibilidade desse direito¹⁴⁴. Em suma, o direito é preexistente à pretensão: uma vez violado, surge para o seu titular a possibilidade de exigir do violador alguma prestação, seja ela positiva ou negativa, a fim de satisfazê-lo¹⁴⁵. Essa possibilidade é que constitui a pretensão material: a exigência de subordinação do interesse alheio ao interesse próprio¹⁴⁶.

Nesse momento, a parte contra quem se dirige a pretensão material pode satisfazê-la mediante ato voluntário, ou pode negar-se a fazê-lo, caracterizando aquilo que se denomina de resistência (pretensão resistida)¹⁴⁷. O ato de resistir à pretensão de outrem inaugura um conflito de interesses ao qual dá-se o nome de lide¹⁴⁸. Esse conflito deverá, então, ser levado ao conhecimento do Poder Judiciário para que o resolva por meio da prestação da atividade jurisdicional.

É nesse contexto que se insere a pretensão processual: como forma de canalizar, por meio do processo judicial, a pretensão material resistida¹⁴⁹. Resumidamente, a pretensão material surge em face do conflito de interesses, podendo ser satisfeita de forma extraprocessual ou resistida¹⁵⁰; nessa segunda hipótese, a pretensão material sai de cena e é substituída pela pretensão de

¹⁴⁴ Segundo SILVA, *Curso de processo civil*, p. 58, trata-se da “faculdade de se poder exigir a satisfação do direito”.

¹⁴⁵ BADARÓ, *Correlação entre acusação e sentença*, p. 72. Também nesse sentido, AMARAL/GLOECKNER, *Direito de ação no processo penal*, p. 1030 aduzem que a pretensão é um meio para satisfazer o direito subjetivo.

¹⁴⁶ CARNELUTTI, *Lecciones sobre el proceso penal*, p. 191.

¹⁴⁷ BADARÓ, *Correlação entre acusação e sentença*, p. 67: “Em suma, a resistência pode dar-se através de um efetivo contraste, consistente na lesão ao interesse (insatisfação), ou de uma forma mais tênue, consistente na simples contestação.”

¹⁴⁸ Ver-se-á, mais adiante, que o conceito de lide é inaplicável – ou, no mínimo, irrelevante – no processo penal.

¹⁴⁹ Como registra BOSCHI, *Ação, pretensão e processo penal*, p. 124-125, o principal responsável pela distinção entre pretensão material e pretensão processual foi Wach: o autor alemão estabeleceu que, ao lado da pretensão material direcionada ao particular, haveria de se reconhecer a existência de uma pretensão direcionada ao Estado. É o que WACH, *La pretensión de declaración*, p. 39 denomina de pretensão de proteção do Direito: trata-se do ato de amparo judicial que forma o objetivo do processo. É dirigida ao Estado, pois ele é o responsável por tal amparo, e perfaz o “objeto imediato do processo” (WACH, *La pretensión de declaración*, p. 39-40).

¹⁵⁰ BADARÓ, *Correlação entre acusação e sentença*, p. 74.

natureza processual que será dirigida ao Estado, responsável por “atuar a vontade concreta do direito objetivo”¹⁵¹.

A pretensão material e a pretensão processual, portanto, não se confundem: embora relacionadas, ostentam diferenças insuperáveis entre si¹⁵². A relação entre elas decorre do fato de que a pretensão processual é diretamente informada por determinados elementos da pretensão material.

O que faz a pretensão processual nada mais é do que retirar a questão litigiosa do âmbito sociológico para tutelá-la dentro de formas e instituições jurídicas artificiais¹⁵³, nas quais serão espelhadas as características do problema social: “a forma ou figura jurídica aparece sempre como substituição da matéria social autêntica”¹⁵⁴, canalizando-a por meio de uma construção artificial do legislador.

Assim, se aquele conflito material de interesses, enquanto problema sociológico, requer do Estado alguma forma de remediá-lo¹⁵⁵, a forma encontrada é a pretensão jurídico-processual que substituirá a pretensão social¹⁵⁶, dando a ela tratamento específico dentro do processo correspondente, entendido como “instrumento de satisfação de pretensões”¹⁵⁷.

Fazendo um apanhado dos parágrafos anteriores, após a distinção entre direito de ação e direito material, viu-se que a violação do direito subjetivo gera ao ofendido a possibilidade de exigir a sua satisfação do ofensor; viu-se, ainda, que, se essa pretensão não for voluntariamente

¹⁵¹ BADARÓ, *Correlação entre acusação e sentença*, p. 75.

¹⁵² Sobre as principais diferenças entre elas, cf. RIBEIRO, *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*, p. 204-205, dentre as quais destacam-se as seguintes: **(i)** a pretensão material possui como destinatário o particular, enquanto a pretensão processual é direcionada ao Estado; **(ii)** a pretensão material exige do particular o cumprimento de uma prestação, enquanto a pretensão processual exige do Estado a prestação da tutela jurisdicional; **(iii)** a satisfação da pretensão material pode advir do próprio particular ou do Estado, mas a pretensão processual somente será satisfeita pela atividade jurisdicional estatal; **(iv)** diferentemente da pretensão material, a pretensão processual sempre restará satisfeita, independentemente do desfecho do processo; **(v)** a pretensão processual é objeto do processo, enquanto a pretensão material se identifica com o objeto da relação material, isto é, com o “conteúdo material da pretensão processual” (RIBEIRO, *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*, p. 205).

¹⁵³ A questão é retirada do terreno sociológico e levada ao terreno jurídico: “O Direito se aproxima da Sociologia sempre da mesma maneira; toma dela os problemas cuja solução postula a comunidade, estabelece um esquema de instituições artificiais, em que trata de refletir ou substituir as estruturas e funções puramente sociais do fenômeno, e, uma vez realizado este trabalho de alquimia, se despreocupa integralmente da matéria social para operar tão somente com as novas formas criadas. A verdade é que o Direito, para salvar a Sociologia, não tem outro remédio senão matá-la” (tradução livre de GUASP DELGADO, *La pretensión procesal*, p. 42). Sobre isso, ver também LOPES JR., *Fundamentos do processo penal*, p. 256 e ss.

¹⁵⁴ GUASP DELGADO, *La pretensión procesal*, p. 42.

¹⁵⁵ GUASP DELGADO, *La pretensión procesal*, p. 41.

¹⁵⁶ Cf. LOPES JR., *Fundamentos do processo penal*, p. 257: “a pretensão jurídica é um produto que o direito retira da pretensão social.”

¹⁵⁷ GUASP DELGADO, *La pretensión procesal*, p. 44, que complementa: é “uma construção jurídica destinada a remediar, no Direito, o problema apresentado pela reivindicação de uma pessoa frente a outra.”

atendida, ela será abrangida pela pretensão de natureza processual, que poderá ser deduzida pelo ofendido após o exercício do direito de ação contra o Estado, pedindo a justa composição daquele litígio. Agora, ver-se-á como tais concepções costumam ser transplantadas ao processo penal.

2.3. Delimitação dos espaços legítimos de atuação dos sujeitos do processo

2.3.1. Considerações sobre a (in)existência do direito subjetivo de punir

Por muito tempo, afirmou-se na doutrina a existência de um direito subjetivo do Estado de punir o responsável pela prática delitiva. Ainda que existam diferentes formas de fundamentá-lo, a mais difundida encontra seus contornos em Binding, que propôs um sistema geral acerca das normas e suas violações, emanando-se delas o direito penal subjetivo¹⁵⁸.

Para o citado autor, a relação entre Estado e indivíduo em matéria penal é marcada pela obediência: o primeiro possui um direito à obediência por parte dos seus súditos, que seria uma espécie de “direito público que pertence ao Estado frente ao delinquente”¹⁵⁹, ao qual incumbe um correlato dever de obedecer os preceitos normativos¹⁶⁰.

Se o indivíduo viola o seu dever de obediência por meio da prática de um crime, o direito à obediência “daria forma ao direito subjetivo à punição”¹⁶¹. Em outros termos, o direito subjetivo de punir seria um direito estatal derivado do descumprimento, pelo indivíduo, do seu dever de obediência; por meio desse descumprimento é que o direito à obediência “extingue-se para então deixar espaço para o direito subjetivo de punir”¹⁶². Com efeito, o direito cuja lesão acaba por legitimar a imposição da sanção penal é o direito à obediência¹⁶³.

Nos dizeres do autor, o direito à obediência “transforma-se, diante da desobediência, num direito à coação”¹⁶⁴, restando ao indivíduo que praticou o fato criminoso a “submissão à coação

¹⁵⁸ BRANDÃO, *Significado político-constitucional do direito penal*, p. 37.

¹⁵⁹ BINDING, *As normas e suas infrações*, p. 269. Não foram encontrados os dados completos da tradução, mas a obra traduzida está disponível na biblioteca do Superior Tribunal de Justiça, ainda que sem todas as informações necessárias para referenciá-la. A versão traduzida é BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. 4. ed. Leipzig: Scientia Verlag Aalen, 1965.

¹⁶⁰ Como registra ROCCO, *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*, p. 101, todo delito, na visão de Binding, representa necessariamente uma violação de um direito subjetivo, materializado no direito estatal à obediência, e do seu correlato dever de obediência à norma.

¹⁶¹ GLOECKNER, *Inaplicabilidade do conceito de ação ao processo penal*, p. 50.

¹⁶² GLOECKNER, *Inaplicabilidade do conceito de ação ao processo penal*, p. 50.

¹⁶³ PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, p. 321.

¹⁶⁴ BINDING, *As normas e suas infrações*, p. 258. Assim também KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 20.

para preservação do direito”¹⁶⁵. Tem-se, aqui, a gênese da pretensão punitiva: o direito estatal à coação, que surge por meio dessa transformação, resume-se numa espécie de exigibilidade da punição: a exigência de submissão do transgressor ao poder jurídico por ele desrespeitado¹⁶⁶.

A relação, portanto, caracteriza-se pela primazia de um direito de supremacia, derivado do *status* de subordinação e de obediência política dos súditos perante o Estado¹⁶⁷, “criando-se um estado de completa sujeição dos indivíduos em detrimento da *potestas puniendi* estatal”¹⁶⁸.

Em síntese, verifica-se a sucessão de dois direitos subjetivos do Estado: enquanto o primeiro se faz presente no “momento da norma em posição estática”¹⁶⁹, o segundo aparece com a sua transgressão¹⁷⁰. Desse segundo direito subjetivo, origina-se uma *relação jurídica*¹⁷¹ marcada pela existência de um direito subjetivo estatal de punir e de uma obrigação do indivíduo de submeter-se à punição¹⁷².

Em arremate, Binding faz uma evidente correlação para com os fenômenos do direito e do processo civil: se a lesão ao patrimônio gera para o ofendido o direito à indenização, a violação do direito à obediência gera para o Estado o direito de punir¹⁷³. Assim, o direito de punir seria pleiteado em juízo por meio do exercício da pretensão punitiva, figurando o acusador como espécie de credor da pena¹⁷⁴.

Trata-se de um nítido processo de “expropriação estatal da questão penal”¹⁷⁵, vez que o crime passa a ser interpretado como uma forma de ofensa ao soberano (= desobediência), que ostenta a faculdade de castigar o criminoso para restabelecer a autoridade violada¹⁷⁶.

Essa concepção carrega sérios problemas¹⁷⁷.

¹⁶⁵ BINDING, *As normas e suas infrações*, p. 258.

¹⁶⁶ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 20.

¹⁶⁷ Esses contornos foram dados por ROCCO, *Sobre el concepto del derecho subjetivo de punir*, p. 19-20: “o direito de punir aparece como um direito subjetivo público do Estado e, precisamente, como um particular direito de supremacia, derivado do *status subiectionis* e da relação geral de subordinação e obediência política.” Igualmente, na literatura pátria: FREDERICO MARQUES, *Elementos de direito processual penal* l. 2. ed., p. 5.

¹⁶⁸ GLOECKNER, *Inaplicabilidade do conceito de ação ao processo penal*, p. 51.

¹⁶⁹ BRUNO, *Direito penal*, p. 21.

¹⁷⁰ Cf. BRUNO, *Direito penal*, p. 21: “Um direito subjetivo do Estado à obediência à regra de comportamento por ele ditada, e, violada esta, um direito subjetivo, derivado daquele, o de aplicar ao transgressor a medida penal que a lei comina.”

¹⁷¹ Tratada por ROCCO, *Sobre el concepto del derecho subjetivo de punir*, p. 29 como uma relação jurídica punitiva de caráter obrigatório.

¹⁷² BRUNO, *Direito penal*, p. 21; VASSALLI, *La potestà punitiva*, p. 29.

¹⁷³ BINDING, *As normas e suas infrações*, p. 270.

¹⁷⁴ LOPES JR., *Fundamentos do processo penal*, p. 268.

¹⁷⁵ Tradução livre de VÁZQUEZ ROSSI, *Derecho procesal penal*, p. 304.

¹⁷⁶ VÁZQUEZ ROSSI, *Derecho procesal penal*, p. 304.

Não serão destinados maiores esforços críticos à tese segundo a qual o Estado possuiria direitos próprios em virtude da uma pretensa supremacia sobre os indivíduos, pois tal construção teórica afronta aquilo de mais básico que se espera de uma democracia constitucional. Acaba, ainda, por reduzir o processo penal a mero instrumento da atividade punitiva e, mais grave, colocar o Estado a serviço dele próprio, relegando a dignidade do ser humano a um patamar secundário¹⁷⁸.

A aceitação de um direito estatal de punir, cujo marco inicial seria a prática delitiva, revela-se em franca contrariedade a uma interpretação constitucional do direito penal¹⁷⁹. Se o Estado não é um fim em si mesmo, mas um meio de salvaguarda ao indivíduo e à coletividade, e se todas as suas bases constitucionais convergem à proteção da dignidade humana, “seria uma contradição reconhecer o direito subjetivo do Estado de violar direitos subjetivos constitucionais do sujeito”¹⁸⁰.

Além disso, quando se trata de averiguar e, eventualmente, processar, julgar e punir o fato criminoso, a persecução penal se faz necessária, não podendo ser compreendida dentro da lógica

¹⁷⁷ Inclusive a nível normativo, pois a finalidade da norma não pode ser resumida à mera noção de obediência dos cidadãos (ROXIN/GRECO, *Direito penal*, p. 165). É bem verdade que a concepção do direito subjetivo de punir nem sempre acompanhou *in totum* a linha de raciocínio trilhada, grosso modo, por Binding e Rocco, tendo sofrido adaptações por parte de alguns autores: é o caso, por ex., de BETTIOL, *Direito penal*, p. 193 e ss. Apesar de atestar a impossibilidade de equipará-lo substancialmente aos demais direitos subjetivos privados, visto que não traduz uma simples relação entre credor e devedor, o autor mantém-se de acordo com a existência do direito subjetivo de punir, atribuindo-o ao Ministério Público: “a obrigação pressupõe um comportamento necessário e alguém que possa exigir referido comportamento; e este alguém é o Estado-administração, titular do direito subjetivo de punir” (BETTIOL, *Direito penal*, p. 204). No entanto, ainda que as tentativas de adequá-lo aos fenômenos do direito penal sejam elogiáveis, elas acabam por desnaturar a essência do conceito, pois buscam inseri-lo em contextos para os quais não foi pensado. Essa é a conclusão a que chega BRUNO, *Direito penal*, p. 23: “A tentativa da dogmática, de estender o conceito de direito subjetivo ao domínio do direito penal e nele traduzir a natureza do poder punitivo estatal, procura estabelecer unidade sistemática na noção dos poderes jurídicos, mas o que resulta é uma turbação da pureza daquele conceito”. Na sequência, o autor conclui que as pretensas adequações ao direito subjetivo de punir resultam em duas consequências possíveis: ou “se deforma o conceito até aqui elaborado no Direito privado ou na teoria geral do Direito, ou se deturpa a natureza própria do Direito Penal. Introduce-se na matéria um elemento de confusão, nocivo à precisão de conceitos, que é exigência de toda elaboração científica” (BRUNO, *Direito penal*, p. 24).

¹⁷⁸ Cf. VÁZQUEZ ROSSI, *Derecho procesal penal*, p. 306: “O Estado, que não é outra coisa senão uma realidade institucional e um ponto de referência normativa, não possui faculdade nem direitos por si próprio, mas surge para assegurar a coexistência e organizar a sociedade em liberdade. Sua legitimidade não é uma mera questão de poder, senão que deriva das bases constitucionais e do cumprimento das finalidades sociais que o justificam e explicam. É óbvio que as ideias de Binding têm uma clara ressonância hegeliana e que, em sua própria dinâmica, conduzem a um intolerável esquema de potencialização da autoridade pela autoridade mesma.”

¹⁷⁹ BRANDÃO, *Significado político-constitucional do direito penal*, p. 37. Assim também BATISTA, *O poder punitivo...*, p. 12, para quem o direito penal subjetivo, enquanto faculdade estatal correlacionável à obrigação do réu de submeter-se à pena, “é artificiosa e, a rigor, incompatível com o próprio Estado de direito respeitoso da estrita legalidade.” Próximo: VÁZQUEZ ROSSI, *Derecho procesal penal*, p. 308-309.

¹⁸⁰ BRANDÃO, *Significado político-constitucional do direito penal*, p. 37.

clássica do direito subjetivo, que é a faculdade de agir¹⁸¹. Não há, de um lado, faculdade do Estado em relação ao poder punitivo, que não pode ser objeto de disposição; assim como não há, de outro lado, obrigação ou dever de submissão à pena por parte do indivíduo¹⁸².

Por esses motivos, inexistente qualquer direito subjetivo do Estado à punição de eventual criminoso – muito menos titularizado pelo Ministério Público. O acusador não age conforme a exigibilidade, originada com a prática criminosa, de um suposto direito de punir. O delito, por assim dizer, não faz nascer uma exigência punitiva a ser efetivada pelo acusador.

O que existe é o *poder-dever*¹⁸³ estatal de punir a pessoa cuja responsabilidade penal tenha sido afirmada por meio de provimento jurisdicional transitado em julgado, e o seu exercício fica a cargo do Estado-juiz. Além da titularidade desse poder, isso também denota qual é o marco inicial do seu exercício: não é o cometimento do delito, mas a “possibilidade jurídica de aplicação da sanção penal”¹⁸⁴, cujo atingimento se dá com a definitividade dos efeitos da condenação¹⁸⁵. Ao menos em tese, é somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória que se permite a punição do acusado, daí a irrelevância de se falar em poder punitivo antes disso¹⁸⁶.

¹⁸¹ Trata-se, segundo GUSMÃO, *Introdução ao estudo do direito*, p. 253, da “faculdade, assegurada por lei, de exigir determinada conduta de alguém, que, por lei ou ato ou negócio jurídico, está obrigado a observá-la”. Em matéria penal, não há espaço para essa faculdade, daí a incompatibilidade conceitual entre o dever estatal de punir e o direito subjetivo: inexistente para o Estado a faculdade de disposição que é característica do segundo (*facultas agendi*). Nesse sentido: BRANDÃO, *Significado político-constitucional do direito penal*, p. 37.

¹⁸² Esse raciocínio crítico é empregado por VASSALLI, *La potestà punitiva, passim*, quando nega a existência do direito subjetivo de punir com base em dois fundamentos: primeiro, na inexistência de uma obrigação do réu de submeter-se à pena; segundo, no fato de que o poder de punir, diferentemente dos direitos subjetivos privados, é indisponível, não podendo ser alienado ou renunciado. Assim também BATISTA, *O poder punitivo...*, p. 12; BRUNO, *Direito penal*, p. 21.

¹⁸³ Trata-se, segundo BATISTA, *O poder punitivo...*, p. 12 de um “poder cuja regulamentação jurídica atrela sua realização a um dever”. O autor sustenta o abandono do termo *ius puniendi*, substituindo-o por *potestas puniendi*.

¹⁸⁴ JARDIM, *Direito processual penal*, p. 89. É possível constatar, contudo, certa contradição do referido autor, pois, em outra passagem de sua obra, sustenta que o poder-dever de punir surge com a prática da infração penal (JARDIM, *Direito processual penal*, p. 191). A prática do crime e a possibilidade jurídica de aplicação da sanção não se confundem, pois a segunda só se concretiza após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; antes disso, a aplicação da pena não é juridicamente possível.

¹⁸⁵ O que dá azo à punição, como registram DE-LORENZI/CEOLIN/BUONICORE, *As relações de complementaridade...*, p. 25, “é a constatação, por um órgão jurisdicional competente, mediante um processo penal válido, de que determinado sujeito infringiu uma norma penal de forma culpável e que essa conduta é punível.”

¹⁸⁶ É óbvio que o poder punitivo em abstrato é preexistente não só ao trânsito em julgado da decisão, como ao próprio crime em si; na verdade, esse tema remete à fundação do Estado e aos poderes a ele constituídos pelo pacto social, tendo sido amplamente discutido pelos contratualistas. De forma bastante simplificada, pode-se dizer que os indivíduos resolvem, em comum acordo, ceder parte de sua liberdade para gozar de mais segurança, e o fundamento do poder estatal de punir o cidadão advém da soma dessas parcelas renunciadas de liberdade (cf. BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, p. 22 e ss.). Além disso, por mais que a discussão sobre a existência de um poder punitivo em abstrato, distinto do poder punitivo em concreto, traduza uma espécie de problema metafísico, nos moldes criticados por BARRETO, *Estudos de direito*, p. 161, um esclarecimento deve ser feito: a fixação do trânsito em julgado da

A essa altura, tem-se que o poder punitivo não traduz um direito subjetivo do acusador, mas um poder-dever atribuído ao Estado-juiz após o cumprimento de determinadas condicionantes. E se ele é de atribuição exclusiva do Poder Judiciário, resta analisar quais são os poderes do acusador que circundam a pretensão por ele exercida, delimitando, com isso, a atuação dos sujeitos processuais estatais.

2.3.2. *Considerações sobre o caráter extraprocessual da pretensão punitiva e a sua substituição pela pretensão acusatória*

De antemão, deve-se fixar uma premissa necessária: a pretensão punitiva, nos moldes vistos acima, nada mais é do que uma espécie de pretensão material¹⁸⁷.

A exigência de que o indivíduo se submeta ao interesse estatal de aplicação da pena¹⁸⁸ amolda-se taxativamente ao conceito de pretensão material (= exigência de subordinação do interesse alheio ao interesse próprio): se a pretensão é um “ato mediante o qual se manifesta a exigência de subordinação de um interesse a outro superior”¹⁸⁹, a pretensão punitiva, surgida a partir da prática do crime, seria a exigência de que o sujeito “sacrifique sua liberdade para que prevaleça a punição estatal”¹⁹⁰.

Tal definição não parece a mais adequada. O Estado não possui o interesse de que a pessoa suspeita se submeta à pena sem a observância do processo. Por isso, considera-se mais plausível afirmar que a pretensão punitiva seria expressão do interesse da sociedade em ver a pessoa suspeita processada e julgada pelo órgão jurisdicional competente: é, por assim dizer, uma pretensão social que espelha a juridicização da questão penal. Tal ponderação, entretanto, é secundária, pois concorda-se com a tese central: o caráter naturalmente insatisfeito da pretensão material. Sendo ela um reflexo do interesse do Estado, este interesse deve ser canalizado pela via

sentença condenatória como marco inicial ao exercício do poder de punir contribui à delimitação dos espaços de atuação de cada sujeito processual e privilegia a função garantística do processo penal em relação aos direitos fundamentais, impedindo a punição antecipada do acusado, isto é, antes da ocorrência desse marco. Por mais que se trate de exigência da presunção de inocência, e, portanto, basilar, nem sempre possui respaldo na prática: exemplo disso é o uso abusivo das prisões cautelares.

¹⁸⁷ BADARÓ, *Correlação entre acusação e sentença*, p. 75 e ss.

¹⁸⁸ CARNELUTTI, *Lecciones sobre el proceso penal*, p. 191.

¹⁸⁹ BADARÓ, *Correlação entre acusação e sentença*, p. 76.

¹⁹⁰ BADARÓ, *Correlação entre acusação e sentença*, p. 76.

processual; sendo ela um reflexo do interesse social no processo, é justamente a sua instauração que se almeja: em ambos os casos, a pretensão é insatisfeita e requer a existência do processo¹⁹¹.

A insatisfação da pretensão material advém do monopólio estatal da jurisdição penal: a imposição de uma sanção penal pressupõe a observância do devido processo, não podendo dele prescindir¹⁹². Isso nada mais é do que a necessidade do processo em relação à pena, consequência do princípio da submissão à jurisdição e do seu derivado brocardo *nulla poena sine iudicio*¹⁹³. Em suma, o processo penal é o meio necessário para a legítima aplicação da pena¹⁹⁴.

Se a resposta estatal à prática delitiva deve advir do regular desenvolvimento do processo penal, com todas as garantias a ele inerentes, não há possibilidade de se satisfazer qualquer pretensão de forma extraprocessual¹⁹⁵. Em outras palavras, a pretensão punitiva será sempre uma pretensão insatisfeita, visto que “não poderá ser voluntariamente resolvida sem um processo, não podendo nem o Estado impor a sanção penal, nem o infrator submeter-se à pena”¹⁹⁶. Essa é a mesma razão pela qual não se admite, no direito processual penal, o conceito de lide: pouco

¹⁹¹ BOSCHI, *Ação, pretensão e processo penal*, p. 137 registra que, em matéria penal, diferentemente do que ocorre no direito privado, essa pretensão não poderá ser objeto de reconhecimento espontâneo ou não judicializado.

¹⁹² Como destacam DE-LORENZI/CEOLIN/BUONICORE, *As relações de complementaridade...*, p. 25, a aplicação da pena não é um efeito imediato e necessário da existência de uma conduta infratora da norma penal, pois, entre ambas, situa-se a exigência do processo penal: “Por um lado, o Direito Penal somente se efetiva por meio do processo, uma vez que a constatação da existência de um crime e a consequente imposição da pena dependem sempre de um processo penal válido, que esclareça o fato histórico supostamente criminoso e possibilite a aplicação das teorias do delito e da determinação da pena. Sem o processo e a observância de suas regras, é impossível afastar a presunção de inocência que protege os cidadãos, constatar a existência de um crime e impor a pena prevista em lei. Em outras palavras: sem ele, o Direito Penal não alcança a realidade. Por outro lado, o Direito Processual Penal é um instrumento para a aplicação das normas materiais, pois está voltado a esclarecer, mediante um procedimento constitucionalmente legítimo, aqueles elementos por elas estabelecidos — é dizer: sem o Direito Penal, o processo carece de objeto”. Contudo, os autores também esclarecem que a instrumentalidade do processo não se resume numa busca pela punição, isto é, pela aplicação do preceito secundário da norma incriminadora, pois ele cumpre funções distintas: há uma função esclarecedora, esta sim instrumental ao direito penal, mas há também uma função de garantia, que protege o acusado contra arbitrariedades estatais (DE-LORENZI/CEOLIN/BUONICORE, *As relações de complementaridade...*, p. 26). Sobre o processo penal enquanto instrumento de garantia, cf. nota nº 308.

¹⁹³ Sobre o princípio da submissão à jurisdição, pressuposto de todas as garantias processuais, ver FERRAJOLI, *Direito e razão*, p. 431 e ss. Sobre o princípio da necessidade, LOPES JR., *Fundamentos do processo penal*, p. 53 registra que ele “resulta da efetiva aplicação no campo penal do adágio latino *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*, expressando o monopólio da jurisdição penal por parte do Estado e também a instrumentalidade do processo penal.”

¹⁹⁴ Nessa linha, LOPES JR., *Fundamentos do processo penal*, p. 52 aduz que o direito penal “é despido de coerção direta e, ao contrário do direito privado, não tem atuação nem realidade concreta fora do processo correspondente.” De igual forma, GOMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal*, p. 01-02.

¹⁹⁵ Apesar da inserção dos mecanismos de consenso e da expansão da lógica negocial no processo penal brasileiro, em nítida mitigação à obrigatoriedade da persecução penal, isso não significa que há solução extraprocessual e tampouco que a atividade jurisdicional seja prescindível, pois ainda exige-se controle e homologação judicial.

¹⁹⁶ BADARÓ, *Correlação entre acusação e sentença*, p. 77.

importa se há resistência à pretensão material e, mais, pouco importa se há até mesmo conflito de interesses, uma vez que a existência do processo será inexorável em todas essas situações¹⁹⁷.

Em síntese, com a monopolização do poder de punir pelo Estado, “o conflito penal é sacado do âmbito de vontade e controle dos seus protagonistas reais”¹⁹⁸ e converte-se em assunto de interesse estatal¹⁹⁹; deixa, com isso, de pertencer às partes envolvidas (= ofensor e ofendido), transformando-se “em tema de estrita incumbência da autoridade oficial”²⁰⁰. Portanto, diante da questão penal, o acusador, seja ele público ou privado, quando dotado de elementos razoáveis de prova, sempre deverá levá-la ao crivo do Poder Judiciário por meio da formulação de uma pretensão acusatória, que será objeto do processo correspondente.

Tal pretensão, como visto, não se confunde com a pretensão material, pois o acusador não exerce a pretensão punitiva e não pleiteia, em juízo, um direito próprio de punir²⁰¹. Com efeito, incumbe à parte acusadora um “poder de submeter alguém a um juízo cognitivo”²⁰², cujo

¹⁹⁷ Sobre a existência de lide no processo penal, vale registrar que o próprio Carnelutti, idealizador do conceito, mudou várias vezes de opinião: “o pensamento *carneluttiano* evoluiu de um processo tipicamente contencioso, em que estava presente a lide penal, para um processo voluntário, onde não há lide, mas um mero negócio. Houve, ainda, uma fase de transição, quando se reconheceu ao processo penal uma natureza intermediária entre o processo contencioso e o voluntário” (BADARÓ, *Correlação entre acusação e sentença*, p. 102). Na literatura nacional, sustentando a inexistência e/ou a irrelevância da lide no processo penal: AMARAL/GLOECKNER, *Direito de ação no processo penal*, p. 1036 e ss.; BADARÓ, *Correlação entre acusação e sentença*, p. 102; BOSCHI, *Ação, pretensão e processo penal*, p. 140 e 209 e ss.; COUTINHO, *A lide e o conteúdo do processo penal*, p. 129 e ss.; LOPES JR., *Direito processual penal*, p. 52; RANGEL, *Direito processual penal*, p. 739.

¹⁹⁸ VÁZQUEZ ROSSI, *Derecho procesal penal*, p. 327.

¹⁹⁹ Sintetizando bem a questão, BINDER, *Introdução ao direito processual penal*, p. 252: “Do ponto de vista da evolução histórica, a figura do promotor no exercício da ação penal corresponde a um estágio de maior evolução da sociedade e de maior centralização do poder. Na medida em que a sociedade se foi organizando de maneira mais estável juridicamente e, sobretudo, na medida em que o Estado começou a constituir uma realidade importante e estável, a vingança pessoal ou a simples acusação privada foram cedendo terreno. A vítima, por seu turno, foi perdendo atribuições pelo simples fato de que sua vingança em potencial poderia gerar um novo conflito, tornando-se impossível deter essa espiral de violência. Como consequência, na medida em que o Estado começa a assumir como uma de suas tarefas primordiais a manutenção da ordem e da segurança pública, procura apelar os conflitos. Para isso, já que o conflito inicial – o delito – não pode ser evitado, tenta evitar, pelo menos, a vingança da vítima. Assim, produz uma figura que, de certo modo, apropria-se do direito da vítima de vingar-se, de pedir uma reparação etc. e o exerce em nome do Estado”.

²⁰⁰ VÁZQUEZ ROSSI, *Derecho procesal penal*, p. 327.

²⁰¹ Conforme registram GOMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal*, p. 86-87, diferentemente da parte autora no processo civil, o acusador “não faz valer (ainda que o afirme) um direito material concreto, nem próprio nem alheio, cujo conteúdo fosse o pronunciamento condenatório” (tradução livre).

²⁰² LOPES JR., *Fundamentos do processo penal*, p. 252. Também tratado por VASSALLI, *La potestà punitiva*, p. 289 como um “poder de colocar em movimento o mecanismo do processo” (tradução livre). Já MARQUES, *Do julgamento do fato incerto...*, p. 223 o descreve como um “poder de promover a imputação”, o que está em consonância com a perspectiva deste trabalho. Contudo, ao tratá-lo, na sequência, como “poder de deduzir a pretensão punitiva”, o autor incorre em certa imprecisão terminológica. Ainda assim, como o conteúdo da imputação a ser veiculada permanece o mesmo, tem-se que a divergência, aqui, é muito mais conceitual do que substancial, restringindo-se à distinção entre pretensão acusatória e pretensão punitiva.

exercício é imprescindível à prestação da atividade jurisdicional e, conseqüentemente, ao eventual exercício do poder punitivo²⁰³.

Trata-se, portanto, de um “direito meramente formal de acusar”²⁰⁴, estabelecido por uma norma jurídica, que se materializa com a proposição da pretensão acusatória e cria o pressuposto necessário para que se possa aferir a responsabilidade penal do acusado²⁰⁵.

Em suma, há dois poderes distintos: por parte do acusador, o poder de proceder em desfavor da pessoa contra quem pesam elementos razoáveis de prova da prática do fato criminoso; por parte do julgador, o poder de punir após a afirmação judicial da culpa²⁰⁶⁻²⁰⁷. O segundo (= poder de punir) é condicionado pelo primeiro (= poder de invocação); e o primeiro segue a relação entre direito de ação e pretensão processual: uma vez exercido, a pretensão acusatória terá o seu regular desenvolvimento condicionado pelo preenchimento de determinados requisitos²⁰⁸.

2.3.3. O sistema acusatório de processo penal como pressuposto da pretensão acusatória

Uma vez delimitado o âmbito de atuação dos sujeitos processuais estatais, afastando-se do acusador qualquer incumbência relativa ao poder punitivo e, do julgador, qualquer função ligada à atividade persecutória, frisa-se que essa compreensão pressupõe a observância da estrutura acusatória de processo penal²⁰⁹. A divisão dos poderes estatais exercidos no processo, mais especificamente por meio da separação funcional entre acusador e julgador, constitui o mais

²⁰³ Segundo BOSCHI, *Ação, pretensão e processo penal*, p. 14, tem-se, entre eles, um “processo autorreferencial ou de autodependência”.

²⁰⁴ GOMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal*, p. 89.

²⁰⁵ GOMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal*, p. 89-90.

²⁰⁶ Cf. LOPES JR., *Fundamentos do processo penal*, p. 274.

²⁰⁷ Cf. LOPES JR., *Direito processual penal*, p. 53: “O titular da pretensão acusatória será o Ministério Público ou o particular. Ao acusador (público ou privado) corresponde apenas o poder de invocação (acusação), pois o Estado é o titular soberano do poder de punir, que será exercido no processo penal através do juiz, e não do Ministério Público (e muito menos do acusador privado)”.

²⁰⁸ A abstração e a concretude não são excludentes entre si: a primeira socorre o mero acesso ao Poder Judiciário, enquanto a segunda é a marca da pretensão processual. Cf. BOSCHI, *Ação, pretensão e processo penal*, p. 90: “nos parece mais adequado que se compreenda o direito de ação como um direito abstrato, autônomo e universal e a pretensão, essa sim, ante o seu elemento objetivo, dotada de concretude ou “conexa ao caso penal”. A concretude e a abstração coexistem no sistema, porém alocadas em pontos distintos”. Esse entendimento, grosso modo, também é compartilhado por LOPES JR., *Fundamentos do processo penal*, p. 253.

²⁰⁹ Cf. GOMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal*, p. 86; VÁZQUEZ ROSSI, *Derecho procesal penal*, p. 310.

basilar elemento constitutivo do modelo acusatório²¹⁰, vez que é “estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros”²¹¹.

Dita separação não se resume à cisão inicial, marcada pelo oferecimento da peça acusatória por órgão estatal diverso daquele incumbido do seu recebimento, pois estende-se à atribuição da iniciativa probatória, condicionando-a ao longo de todo o curso procedimental: não basta uma separação inicial de funções se o julgador, durante o processo, puder intervir em papel tipicamente persecutório e participar ativamente da produção de provas²¹². Por isso, trata-se de uma separação verdadeiramente estrutural.

O sistema processual será definido pela (in)observância dessa característica: como a reconstrução de um fato histórico pressupõe a instrução probatória, é por meio da análise da forma pela qual essa instrução se materializa no processo que se constata o seu núcleo, isto é, se inquisitivo ou acusatório. Assim, o critério da gestão da prova²¹³, enquanto atribuição da iniciativa probatória, é que determina o princípio unificador do sistema processual: será um processo regido pelo princípio inquisitivo quando a gestão da prova couber ao julgador ou, quando incumbir às partes, pelo princípio dispositivo²¹⁴. Em outras palavras, “a posição do juiz no processo penal é fundante do sistema processual”²¹⁵.

Nesse contexto, ao extrapolar os contornos de sua posição institucional no processo penal e envolver-se na atividade probatória das partes, o julgador renuncia à função que lhe foi

²¹⁰ Cf. MAIER, *Derecho procesal penal*, p. 444.

²¹¹ FERRAJOLI, *Direito e razão*, p. 454.

²¹² LOPES JR., *Fundamentos do processo penal*, p. 194.

²¹³ Trata-se do “núcleo fundante da diferenciação sistêmica no processo penal” (AMARAL, *A pré-ocupação de inocência...*, p. 93). A utilização desse critério revela *per se* a impropriedade de se conceber um “sistema processual misto”, fruto da junção de características acusatórias e inquisitórias. Ainda que na prática assumam um caráter misto, todo sistema é idealmente definido pela titularidade da iniciativa probatória, sendo esse o seu núcleo fundante (cf. COUTINHO, *Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro*, p. 165; LOPES JR., *Fundamentos do processo penal*, p. 190-191; SANTIAGO NETO, *Estado democrático de direito e processo penal acusatório*, p. 89 e ss.). Por esse motivo, enquanto determinadas normas permanecerem em vigor, o sistema processual penal brasileiro – ainda que se pretenda acusatório – poderá continuar a ser definido como materialmente inquisitório: embora incorpore elementos acusatórios, incluindo a função primária de produção de prova às partes, o julgador ainda conserva poderes instrutórios (cf. COUTINHO, *Sistema acusatório*, p. 109; LOPES JR., *Fundamentos do processo penal*, p. 189; SANTIAGO NETO, *Estado democrático de direito e processo penal acusatório*, p. 94). Como exemplo dessas normas: art. 156, I e II, e art. 385, ambos do Código de Processo Penal. O primeiro possibilita ao juiz a produção de provas, ainda que de forma suplementar; o segundo permite a prolação de sentença condenatória mesmo com a discordância do titular da pretensão acusatória, em uma espécie de condenação sem invocação (cf. LOPES JR., *Fundamentos do processo penal*, p. 274 e ss.).

²¹⁴ Ou “acusatório”: PRADO, *Sistema acusatório*, p. 126 e ss.

²¹⁵ LOPES JR., *Fundamentos do processo penal*, p. 172.

constitucionalmente confiada e viola outra garantia inafastável do modelo acusatório: a imparcialidade²¹⁶, assegurada pela separação funcional.

Não pretende-se expor, de forma ampla, o conceito e as nuances da imparcialidade no processo penal; por ora, busca-se apenas destacar a articulação dessa importante garantia com a separação de funções. Assim, é suficiente pontuar que a imparcialidade costuma ser subdividida em duas dimensões: subjetiva²¹⁷ e objetiva²¹⁸.

Dada a dificuldade inerente à verificação da imparcialidade subjetiva²¹⁹, a dimensão objetiva torna-se crucial para o exame de tal garantia²²⁰: sempre que o julgador abandona o seu lugar institucional no processo, imiscuindo-se em funções persecutórias, compromete-se a imparcialidade objetiva²²¹. Isso é reflexo da demarcação dos espaços estruturais de atuação legítima dos sujeitos processuais, em especial do julgador²²², que deve ater-se à sua colocação institucional no processo, sob pena de violação à imparcialidade.

²¹⁶ Conforme registra LOPES JR., *Fundamentos do processo penal*, p. 179, “é a separação de funções (e, por decorrência, a gestão da prova na mão das partes e não do juiz) que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive”.

²¹⁷ LOPES JR., *Fundamentos do processo penal*, p. 99 explica a dimensão subjetiva da imparcialidade como algo pertencente ao “estado anímico do juiz, isto é, à ausência de prejulgamentos em relação àquele caso penal e seu autor”. Impõe-se, ao julgador, um “hábito intelectual e moral” (FERRAJOLI, *Direito e razão*, p. 465).

²¹⁸ A imparcialidade objetiva exige a visibilidade, aparência ou estética do juiz imparcial. Como sustenta LOPES JR., *Fundamentos do processo penal*, p. 103, “não basta estar subjetivamente protegido; é importante que se encontre em uma situação jurídica objetivamente imparcial”.

²¹⁹ Não significa que o juiz não precise efetivamente ser imparcial, mas que se exige, além da imprescindível preservação da imparcialidade em sua dimensão interna, uma correspondente estética de imparcialidade em sua dimensão externa, a partir do lugar institucional que lhe é constitucionalmente demarcado. Por isso, PRADO, *Sistema acusatório*, p. 131 entende ser “necessário garantir que, independentemente da integridade pessoal e intelectual do magistrado, sua apreciação não esteja em concreto comprometida em virtude de algum juízo apriorístico.” Sintetizando bem a questão, FIGUEIREDO DIAS/BRANDÃO, *Sujeitos processuais penais*, p. 12: “O princípio da imparcialidade do juiz repudia o exercício de funções judiciais no processo por quem tenha ou se possa objetivamente recear que tenha uma ideia pré-concebida sobre a responsabilidade penal do arguido; bem como por quem não esteja em condições ou se possa objetivamente temer que não esteja em condições de as desempenhar de forma totalmente desinteressada, neutral e isenta”. O importante, para os autores, não é o fato do juiz, ao final, “ter conseguido ou não manter a imparcialidade, mas sim *defendê-lo da suspeita* de a não ter conservado, não dar azo a qualquer *dúvida*, por esta via reforçando a *confiança* da comunidade nas decisões dos seus magistrados” (FIGUEIREDO DIAS/BRANDÃO, *Sujeitos processuais penais*, p. 12-13).

²²⁰ Cf. LOPES JR., *Fundamentos do processo penal*, p. 104: “Já que é discutível a possibilidade de “entrar na cabeça do juiz” para verificar seu estado anímico, sua interioridade, sua subjetividade, entendemos que o verdadeiro controle passa a ser feito a partir das suas condutas, na dimensão objetiva, estrutural”.

²²¹ Cf. LOPES JR., *Fundamentos do processo penal*, p. 104-105: “Quando o juiz sai desse lugar de estranhamento e, descendo, se mistura na ‘arena das partes’, praticando atos típicos das partes (como é a iniciativa probatória, por exemplo), ele estruturalmente se coloca em posição de parcialidade (ou *parcialidade*, na medida em que se confunde com as partes), ferindo de morte a garantia constitucional. É uma questão estrutural, objetivamente comprovável: basta que saia do seu lugar para decretar a quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Inclusive, evidencia-se falta de uma estética (ou visibilidade) de imparcialidade”.

²²² Sobre a transgressão, pelo Ministério Público, de suas funções institucionais, remete-se o leitor à subseção 1.3.

A partir da exposição supra, denota-se, ainda que de forma superficial, que a adequada interpretação dos poderes conferidos aos sujeitos processuais estatais, longe de se tratar de um problema meramente conceitual, teórico ou metafísico, apresenta consequências práticas significativas.

2.4. A estrutura da pretensão acusatória e a imputação do fato criminoso

Como visto, o exercício da pretensão acusatória é expressão do poder persecutório que incumbe ao acusador e que se apresenta como pressuposto necessário ao posterior e eventual exercício do poder punitivo. Viu-se, ainda, que o regular desenvolvimento da pretensão acusatória pressupõe a observância de alguns requisitos.

No *iter* procedimental, uma vez superadas essas condições de desenvolvimento, será recebida a peça acusatória e instaurado o processo penal correspondente, que terá, como objeto, a pretensão acusatória, pois é ela que proporciona o complexo de elementos que integram o processo²²³.

Assim, a pretensão não apenas permitirá o início do processo, como determinará a sua manutenção, permanecendo até que atinja a sua finalidade instrumental, de modo que o segundo será vinculado ao desenvolvimento da primeira²²⁴: se a pretensão deixa de existir, o processo também o faz – ou deveria fazê-lo; se a pretensão resta satisfeita, independentemente da sua procedência ou não, o processo atinge o seu fim normal²²⁵. Em outras palavras, sob uma ótica funcional, “a pretensão pode ser definida como a atividade que origina, mantém e conclui um processo com seu próprio nascimento, manutenção e conclusão”²²⁶.

A fim de proporcionar uma melhor compreensão sobre o real significado e alcance da pretensão processual, passar-se-á a uma breve análise da sua estruturação, para que, ao final, seja possível ressaltar a sua relação para com a atividade probatória do acusador.

A pretensão processual se apresenta como substituição da pretensão social, retirando dela alguns caracteres essenciais para trazê-los ao crivo do processo judicial: em matéria penal, após

²²³ GUASP DELGADO, *La pretensión procesal*, p. 58. No mesmo sentido, compreendendo a pretensão processual como objeto do processo: BADARÓ, *Correlação entre acusação e sentença*, p. 70 e ss.; BOSCHI, *Ação, pretensão e processo penal*, p. 14; LOPES JR., *Fundamentos do processo penal*, p. 250 e ss.; RANGEL, *Direito processual penal*, p. 65 e ss. e p. 336 e ss.; RIBEIRO, *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*, p. 126 e ss.

²²⁴ GUASP DELGADO, *La pretensión procesal*, p. 85.

²²⁵ GUASP DELGADO, *La pretensión procesal*, p. 87.

²²⁶ Tradução livre de GUASP DELGADO, *La pretensión procesal*, p. 88.

angariados elementos suficientes à convicção do acusador, este apresentará uma acusação formal perante o órgão judiciário competente, imputando ao suspeito a prática de um fato criminoso e pleiteando a sua condenação criminal. Por conseguinte, a pretensão processual se decompõe em três elementos²²⁷: envolve diferentes sujeitos (= elemento subjetivo), diz respeito a um fato específico (= elemento objetivo) e pressupõe uma manifestação de vontade visando a solução do problema social (= elemento de atividade).

Com relação ao elemento subjetivo, os sujeitos envolvidos não necessariamente serão aqueles que compõem a relação material. Isso é ainda mais notório em matéria penal, visto que o Ministério Público, por atribuição constitucional e legal, será o sujeito ativo da relação processual na maior parte dos casos, responsável por formular a pretensão processual²²⁸. A seu turno, o acusado, enquanto “elemento subjetivo determinante”²²⁹, deverá sempre ser individualizado na pessoa do sujeito ativo da relação material. Por último, tem-se o julgador, como “terceiro supraordenado”²³⁰, a quem será destinada a pretensão²³¹.

O elemento objetivo é o que mais interessa aos fins deste trabalho, pois ele comporta o substrato material da pretensão processual²³². Nada mais é do que o fato, caracterizado pelo problema social, que deu azo à pretensão processual. É ele que permite afirmar a relação entre pretensão material e pretensão processual: embora não se confundam e sejam fenômenos distintos, a pretensão material é um dos substratos da pretensão processual, vez que alguns aspectos da primeira informam os elementos da segunda²³³.

Assim, durante todo o procedimento, é o elemento objetivo que deverá ser explorado pelas partes, recaindo sobre ele a atividade probatória²³⁴. No processo penal, trata-se do fato criminoso que será objeto da imputação formulada em desfavor do acusado²³⁵.

²²⁷ GUASP DELGADO, *La pretensión procesal*, p. 68.

²²⁸ Excepcionalmente, nos crimes processados mediante iniciativa privada, o acusador poderá ser o sujeito passivo da relação material (= vítima). Sobre a natureza do Ministério Público no processo penal, cf. subseção 1.3.

²²⁹ LOPES JR., *Fundamentos do processo penal*, p. 261.

²³⁰ GUASP DELGADO, *La pretensión procesal*, p. 70.

²³¹ GUASP DELGADO, *La pretensión procesal*, p. 70.

²³² GUASP DELGADO, *La pretensión procesal*, p. 69.

²³³ BADARÓ, *Correlação entre acusação e sentença*, p. 78. Nesse sentido, GUASP DELGADO, *La pretensión procesal*, p. 71 afirma que toda pretensão processual exige a presença de “um *quid* material ao qual se refiram os sujeitos e as atividades que a pretensão encerra”.

²³⁴ Como registra BOSCHI, *Ação, pretensão e processo penal*, p. 156, o elemento objetivo “imprime os contornos e confere a profundidade, a latitude e a longitude da acusação, o legítimo âmbito de defesa e os limites impostos ao ato de sentenciar”.

²³⁵ Segundo LOPES JR., *Fundamentos do processo penal*, p. 262, é “o fato aparentemente punível, aquela conduta que reveste uma verossimilitude de tipicidade, ilicitude e culpabilidade”.

O fato criminoso que constitui o elemento objetivo da pretensão acusatória deve ser abordado em sua integralidade, enquanto fato concreto capaz de traduzir todos os requisitos normativos à afirmação do delito e de sua autoria, ou seja: deve compreender todas as circunstâncias fáticas aptas a preencher o mosaico do conceito analítico de crime. Em suma, contempla a somatória das circunstâncias que permitem a sua caracterização como típico e antijurídico, praticado por um sujeito dotado de culpabilidade.

No próximo capítulo, será problematizada a relação do conceito analítico com o elemento objetivo da pretensão acusatória e com o tema do ônus da prova. Pretende-se demonstrar que, embora não se preste à finalidade de partilha da carga probatória – visto que o regular exercício da pretensão pauta-se, desde o início, na demonstração de todos os enunciados necessários à caracterização de determinado fato como criminoso, e não na demonstração de um ou outro elemento constitutivo do delito –, o conceito analítico representa aquilo que deve ser provado. De um lado, ele define o rumo da atividade probatória; de outro, não pode ser fragmentado e distribuído entre as partes, pois seus três elementos analíticos integram o fato constitutivo sustentado pelo acusador.

Importa frisar que a indivisibilidade do conceito analítico para fins de distribuição do ônus da prova não significa a diminuição de sua importância: é ele que fornece os predicados sobre os quais deverão se ajustar os enunciados fáticos que serão objeto de prova. O que se está ressaltando é a impossibilidade de que ele seja desmembrado a fim de distribuir a carga da prova: embora ofereça o núcleo a moldar a atividade probatória, a estratificação normativa do conceito não faz com que o fato criminoso, na sua realidade fenomênica, deixe de ser uma unidade²³⁶.

Em suma, os elementos do conceito analítico são imprescindíveis e deverão ser demonstrados pelo acusador. O fato concreto, enquanto constitutivo do elemento objetivo da pretensão acusatória, não é o fato típico isoladamente, mas a somatória de todas as circunstâncias alusivas aos demais elementos do crime²³⁷.

²³⁶ Cf. ASSIS TOLEDO, *Princípios básicos de direito penal*, p. 79; BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal*, p. 310 e ss.; FRAGOSO, *Lições de direito penal*, p. 178; HORTA, *Do ônus...*, p. 200; JARDIM, *O ônus da prova...*, p. 34; NOGUEIRA, *Ônus da prova das excludentes...*, p. 262; ZAFFARONI/PIERANGELI, *Manual de direito penal brasileiro*, p. 334.

²³⁷ Nessa linha, NOGUEIRA, *Ônus da prova das excludentes...*, p. 263: “Definitivamente, o que o direito processual civil chama de fato constitutivo do direito do autor o direito penal chama de crime, a dizer, um fato típico, ilícito e culpável, ou seja, um fenômeno único. Não se pode, portanto, desmembrar o conceito analítico de crime para o fim de repartir o ônus da prova entre as partes.” Na sequência, o autor argumenta que, se ao acusador incumbe a prova do crime, a ele incumbe a prova de um injusto culpável, de modo que a afirmação de uma causa de justificação ou de exculpação pela defesa “não institui um ônus dessa prova ao acusado, mas a própria contraprova do fato

Esse debate será retomado no capítulo seguinte, quando abordar-se-á especificamente a matéria do ônus da prova a partir do fato constitutivo da pretensão acusatória, e, consequentemente, do seu elemento objetivo, relacionando-o com o conceito analítico.

Já delineada praticamente toda a estrutura da pretensão acusatória, resta abordar apenas o elemento que a submete ao crivo do julgador: a formalização da acusação. Estando preenchidos os elementos subjetivo e objetivo, tem-se o substrato necessário para o oferecimento da peça acusatória, faltando tão somente a atividade capaz de permitir o surgimento do processo, proporcionando-lhe o suporte jurídico necessário²³⁸.

Em outros termos, o que falta é “a declaração de vontade que pede a realização da pretensão”²³⁹, cuja materialização se dá por meio de uma petição fundada²⁴⁰. Por isso, não é uma declaração de vontade qualquer, mas uma declaração petitória²⁴¹: trata-se de manifestação de vontade exarada em uma peça acusatória, descrevendo a prática de uma infração penal e atribuindo-a ao acusado. Essa declaração petitória, portanto, solicitará o reconhecimento da existência do fato criminoso imputado e de sua realização pelo acusado, afirmando a sua responsabilidade penal e condenando-o às sanções penais aplicáveis²⁴².

Por meio desse elemento de atividade, o acusador atribuirá ao acusado o cometimento de um crime, perfazendo aquilo que se entende por imputação²⁴³. Ao imputar a prática delitiva, o

constitutivo” (NOGUEIRA, *Ônus da prova das excludentes...*, p. 270). De igual modo, SANTIAGO NETO, *Estado democrático de direito e processo penal acusatório*, p. 134: “todo ônus probatório da existência do crime (fato típico, ilícito e culpável) deve ser atribuído à parte de acusação (Ministério Público ou querelante), enquanto à defesa restará o papel de fazer a contraprova.”

²³⁸ LOPES JR., *Fundamentos do processo penal*, p. 265. Por esse motivo, GUASP DELGADO, *La pretensión procesal*, p. 69 tratou o elemento faltante como um elemento modificativo da realidade.

²³⁹ LOPES JR., *Fundamentos do processo penal*, p. 265.

²⁴⁰ GUASP DELGADO, *La pretensión procesal*, p. 73; RIBEIRO, *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*, p. 131 e ss. Nesse ponto, dois esclarecimentos se mostram necessários. Primeiro, que não se deve confundir petição fundada com petição procedente: GUASP DELGADO, *La pretensión procesal*, p. 77 esclarece que a petição deve possuir significação para o mundo do Direito, elencando algum fundamento jurídico válido; caso contrário, a pretensão seria irrealizável e, por assim dizer, sequer atingiria o *status* de pretensão jurídico-processual. Em síntese, essa petição deve abranger uma “declaração de vontade que solicita que se faça algo jurídico, isto é, que se operem ou manejem situações estritamente de direito” (tradução livre de GUASP DELGADO, *La pretensión procesal*, p. 76). Isso, contudo, não conduz necessariamente à sua procedência. Sobre isso, ver também BOSCHI, *Ação, pretensão e processo penal*, p. 148. Segundo, que embora toda manifestação de vontade seja inserida no processo por meio de uma petição, nem toda petição espelha uma pretensão processual, mas apenas aquela que constitui o “fundamento objetivo do processo” (GUASP DELGADO, *La pretensión procesal*, p. 76).

²⁴¹ GUASP DELGADO, *La pretensión procesal*, p. 75. Nessa linha, LOPES JR., *Fundamentos do processo penal*, p. 259, entende tratar-se de uma “declaração petitória de que existe o direito potestativo de acusar e que procede a aplicação do poder punitivo estatal”.

²⁴² LOPES JR., *Fundamentos do processo penal*, p. 267.

²⁴³ BADARÓ, *Correlação entre acusação e sentença*, p. 89: “A imputação penal não é uma simples adução, mas uma verdadeira atribuição de um fato criminoso a alguém. Não há uma simples dedução da premissa de fato e de

acusador congrega, de uma só vez, os três elementos constitutivos do delito, pois todos eles são requisitos necessários para que se possa atribuir um fato criminoso a alguém²⁴⁴.

Dizer que a imputação deve englobar o injusto culpável é dizer que a demonstração desses elementos incumbe ao acusador. Por outro lado, não quer dizer que ele deverá, em toda e qualquer acusação, demonstrar empiricamente a inexistência de causas excludentes. Explica-se: a antijuridicidade e a culpabilidade são aferidas em termos negativos, isto é, se não há causa excludente, consideram-se provadas. Ocorre que ambas encerram juízos normativos, de modo que não podem ser objeto direto de prova²⁴⁵. Tecnicamente, o que se prova não é a presença da antijuridicidade e da culpabilidade, mas a inexistência de fatos que possuem o condão de afastá-las²⁴⁶. Assim, existirão contextos fáticos que prescindirão da demonstração específica e empírica da inexistência de fatos capazes de afastar os juízos de antijuridicidade e de culpabilidade²⁴⁷.

No entanto, mesmo quando os juízos de antijuridicidade e de culpabilidade se revelem evidentes, dispensando atividade probatória específica, isso não significa que a imputação se limitará ao fato típico. Ainda que a peça acusatória descreva a mera adequação típica da conduta, ela estará, implicitamente, afirmando que o fato também é antijurídico e foi praticado por um sujeito culpável²⁴⁸. Assim, se o acusador considerou prescindível a produção de prova sobre determinado dado fático, ele assumirá o risco dessa inércia: se porventura surgir algum elemento que denote o contrário, isto é, que determinada circunstância antes implícita se mostrou minimamente controversa, caberá ao acusador suportar o prejuízo pela ausência de prova.

direito e a formulação de um pedido que lhe seja consequência. O pedido que existe na imputação penal é de verificação, de investigação, do fato que se atribui ao imputado, para que se passe da suspeita à certeza de sua ocorrência, com a consequente condenação, se aquela restar provada”.

²⁴⁴ MIR PUIG, *Significado y alcance de la imputación...*, p. 10. Além disso, como registra BADARÓ, *Correlação entre acusação e sentença*, p. 89, a imputação há de espelhar a integralidade do fato, não podendo haver fragmentação para excluir algum dado fático. Também nesse sentido, JARDIM, *O ônus da prova...*, p. 36: “A imputação, destarte, é a atribuição ao réu da prática de determinada conduta típica, ilícita e culpável, bem como todas as circunstâncias juridicamente relevantes”.

²⁴⁵ MORAIS, *A derrotabilidade da acusação...*, p. 173 explica que os elementos do delito “são predicados que se agregam aos fatos investigados. E são os (enunciados sobre os) fatos que podem ser provados e não seus predicados”.

²⁴⁶ MORAIS, *A derrotabilidade da acusação...*, p. 173.

²⁴⁷ Imagine-se a seguinte situação: “X” efetua disparos de arma de fogo contra a vítima “Y”, pegando-a de surpresa, pelas costas, e o fato é captado por câmeras de vigilância. Nesse caso, ao menos em tese, não haverá dúvidas de que a conduta de “X” não se deu em contexto de legítima defesa. Por isso, seria desnecessário que o acusador orientasse a sua atividade probatória à demonstração, por ex., da inexistência de uma agressão injusta por parte de “Y”.

²⁴⁸ Não se trata de admitir a existência de imputações implícitas. Não se está legitimando a imputação velada de crimes, qualificadoras, agravantes ou majorantes, pois isso implicaria “evidente prejuízo ao exercício do direito de defesa” (LIMA, *Manual de processo penal*, p. 336). Assim, é preciso ter cuidado com essa ideia para não se avalizar uma permissividade perigosa. O caráter implícito de determinados dados fáticos decorre da estrutura própria da linguagem: uma afirmação não pode coexistir, logicamente, com a negação dos seus pressupostos.

A adoção dessa forma de imputação permite definir com mais precisão os diferentes encargos probatórios das partes no processo penal, o que será explorado no último capítulo, quando também será feita uma diferenciação entre ônus estático e tático da prova.

Enfim, esses três elementos em conjunto (= subjetivo, objetivo e de atividade) constituirão a pretensão acusatória. A despeito da importância do tema como um todo, que possui reflexos em diversos institutos jurídicos, como a coisa julgada, a litispendência e a correlação entre acusação e sentença²⁴⁹, a finalidade aqui é destacar como essa estruturação é capaz de moldar, por meio do seu elemento objetivo, uma esboçada compreensão da atribuição probatória do acusador e, por consequência, do instituto do ônus da prova no processo penal.

2.4.1. O elemento objetivo da pretensão acusatória como objeto da prova e a sua gradual demonstração pelo acusador

O elemento objetivo da pretensão acusatória identifica-se com o fato criminoso. A sua alegação, pelo acusador, será objeto da prova no processo penal²⁵⁰. E como tal, sofrerá uma “constante valoração ao longo de toda a persecução”²⁵¹, de modo que os sucessivos juízos a serem realizados sobre ele se diferirão na quantidade, mas não na qualidade²⁵².

O que muda não é a substância da decisão, mas o grau de demonstração exigido do acusador, e, por consequência, de convencimento exigido do julgador: por mais que se alterem as

²⁴⁹ Cf. BADARÓ, *Correlação entre acusação e sentença*, p. 49.

²⁵⁰ Cf. BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal*, p. 159-160: “Os fatos, em si mesmos, são acontecimentos que têm existência no mundo real. O fato ocorreu ou não, existiu ou não, não comportando adjetivações ou valorações. Aquilo que existe na realidade não pode ser verdadeiro ou falso; simplesmente existe. Verdadeiros ou falsos só podem ser nossos conhecimentos, nossas percepções, nossas opiniões, nossos conceitos ou nossos juízos a respeito de um objeto. Os “fatos” debatidos no processo são enunciados sobre os fatos do mundo real, isto é, aquilo que se diz em torno de um fato: é a enunciação de um fato e não o próprio fato. Em consequência, o objeto da prova não é o próprio fato. O que se prova são as alegações dos fatos feitas pelas partes como fundamentos da acusação e da defesa. O que pode ser verdadeiro ou falso, verídico ou inverídico, ou “probo”, são as alegações sobre o fato.” Assim também CINTRA/GRINOVER/DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, p. 433.

²⁵¹ BADARÓ, *Correlação entre acusação e sentença*, p. 85.

²⁵² CARNELUTTI, *Cenni sull'imputazione penale*, p. 206. No mesmo sentido, BADARÓ, *Correlação entre acusação e sentença*, p. 86: “Sobre o objeto da imputação incidirão as cogitações que, em uma curva ascendente, vão crescendo desde o grau da mera suspeita até a certeza judicial. A formação do convencimento do juiz sobre tal conteúdo, ao longo do processo, dá-se através de sucessivos juízos que, gradualmente, avançam do desconhecido para o conhecido, da incerteza para a certeza, da dúvida para a confirmação. Trata-se de juízos sucessivos com diferenças de quantidade, mas não de qualidade”.

medidas de prova sobre ele, o fato imputado será o mesmo da imputação à sentença²⁵³, pois o objeto da segunda deve ser o mesmo da primeira²⁵⁴.

Nesse diapasão, pode-se dizer que haverá uma “formulação progressiva de juízos sobre o mesmo tema”²⁵⁵, que será objeto de praticamente todas as fases da persecução, desde a investigação, passando pela imputação e pelo juízo de admissibilidade da peça acusatória, até que se chegue na sentença²⁵⁶⁻²⁵⁷.

Conclui-se, então, que o fato criminoso imputado ao acusado será objeto da prova ao longo da persecução penal, alterando-se apenas o *standard* de prova exigido sobre ele conforme a fase processual. Isso se aplica, por óbvio, ao momento da formulação da pretensão acusatória: inexistindo substrato probatório quanto ao elemento objetivo, não seria possível falar-se na concretização do seu fato constitutivo, faltando-lhe um pressuposto necessário ao seu regular desenvolvimento. Nesses casos, efetivou-se o poder invocatório e deduziu-se a pretensão processual, porém, na ausência de demonstração do seu elemento objetivo, a partir da medida de prova necessária à instauração do processo, ela não poderá ir adiante.

O acusador deve possuir, já no oferecimento da acusação, um lastro de provas sobre o fato criminoso imputado – e a sua incumbência de provar a integralidade desse fato permanecerá durante todo o processo penal²⁵⁸. A diferença é que, nessa fase incipiente, o *standard* de prova

²⁵³ BADARÓ, *Correlação entre acusação e sentença*, p. 85.

²⁵⁴ BADARÓ, *Correlação entre acusação e sentença*, p. 87. Por isso, JARDIM, *Direito processual penal*, p. 238 sustenta que a imputação delimita o *thema decidendum* e a extensão da prestação jurisdicional. Da mesma forma, RANGEL, *Direito processual penal*, p. 507.

²⁵⁵ BADARÓ, *Processo penal*, p. 478. Assim também BINDER, *Introdução ao direito processual penal*, p. 87: “Certamente, no processo penal existe uma aquisição de conhecimentos progressiva cujo resultado pode ser um aumento da suspeita existente com relação a uma pessoa.”

²⁵⁶ BADARÓ, *Processo penal*, p. 478.

²⁵⁷ Cf. CARNELUTTI, *Cenni sull'imputazione penale*, p. 207: “Para julgar definitivamente, é preciso passar por uma série de juízos provisórios; a escada dos juízos, precisamente. A escada da paciência, afinal de contas. O processo penal deve ser um jogo de paciência mais longo do que o processo civil. Antes de poder punir um homem, ele deve ser condenado; mas antes de condená-lo, é preciso julgar se ele pode ser submetido a um julgamento; e antes de submetê-lo ao juízo acerca da possibilidade de submetê-lo a um julgamento, há um juízo situado ainda mais atrás. Esse juízo é a imputação: o primeiro degrau da escada” (tradução livre).

²⁵⁸ Nesse sentido, NOGUEIRA, *Ônus da prova das excludentes...*, p. 264: “Por meio da análise sistemática do ordenamento processual penal, ao se dispor a necessidade de exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, conforme consta no artigo 41, do Código de Processo penal, devem estas ser compreendidas como as fáticas e as jurídicas, i.e., todos os fatos envolvidos, bem como todas as circunstâncias jurídicas daquele fato criminoso, quais sejam, sua tipicidade, ilicitude e culpabilidade. O ônus da acusação de provar a ausência das excludentes de ilicitude, dessa maneira, restaria evidente já no momento do oferecimento da denúncia e o acompanharia durante todo o processo”.

será reduzido: trata-se da justa causa²⁵⁹ sobre o elemento objetivo da pretensão acusatória, ou, se quiser, sobre o conteúdo da imputação; a admissão da peça acusatória pressupõe “um *fumus commissi delicti* amparado por um suporte probatório suficiente”²⁶⁰.

É verdade que essa compreensão pressupõe a superação do entendimento até então majoritário, segundo o qual a justa causa seria demonstrada por meio da prova da materialidade e dos indícios de autoria²⁶¹. A plausibilidade da acusação deve incidir sobre a totalidade dos elementos imputados: os requisitos exigidos para a condenação também devem ser exigidos para

²⁵⁹ Embora enraizado na dogmática processual penal e exaustivamente utilizado na prática jurídica, o conceito de justa causa ainda se mostra portador de um significado indefinido, seja na doutrina, na legislação ou na jurisprudência. Doutrinariamente, a justa causa costuma ser compreendida no bojo das condições da ação da teoria eclética de Liebman (= legitimidade de parte, interesse de agir e possibilidade jurídica – apesar das divergências quanto à última). O problema é que, diante do amadurecimento do instituto no âmbito civilista, surgiram dúvidas sobre a correta alocação da justa causa: se nos conceitos já consolidados; se como condição autônoma, com novo significado; se como representação da totalidade das demais condições, entre outras hipóteses. A título exemplificativo, parcela da doutrina a insere no interesse de agir (FREDERICO MARQUES, *Elementos de direito processual penal*¹. 3. ed., p. 271 e ss.; TOURINHO FILHO, *Manual de processo penal*, p. 243), mas também há quem a interprete como (im)possibilidade jurídica (GRINOVER, *As condições da ação penal*, p. 188). Entretanto, atualmente aparenta ser majoritária a corrente que compreende a justa causa como condição autônoma (JARDIM, *Ação penal pública*, p. 36 e ss.; LOPES JR., *Direito processual penal*, p. 197 e ss.; RANGEL, *Direito processual penal*, p. 289 e ss.), apesar de também ser definida, por vezes, como espécie de síntese de todas as demais condições (MOURA, *Justa causa para a ação penal*, p. 221 e ss.). De mais a mais, a tentativa de incluir a demonstração mínima dos elementos constitutivos do delito e da punibilidade no rol das condições da ação provocou certa controvérsia na doutrina do processo penal, que passou a enfrentar o tema, porém sem atingir um entendimento unívoco. Por causa disso, alguns autores passaram a sustentar que uma releitura geral do instituto das condições da ação seria mais adequada para representar as particularidades do processo penal, abandonando as nomenclaturas advindas da teoria geral do processo para cunhar requisitos da acusação (COUTINHO, *A lide e o conteúdo do processo penal*, p. 143; LOPES JR., *Fundamentos do processo penal*, p. 151 e ss.). Em coerência àquilo que foi sustentado neste capítulo, entende-se que tais condições, independentemente de quais sejam, não se referem ao direito de ação, mas ao regular desenvolvimento da pretensão processual. Na legislação, o instituto é objeto de tratamento heterogêneo. Sucintamente, a justa causa está prevista no art. 395, III, e no art. 648, I, ambos do CPP: no primeiro caso, a sua ausência figura como causa de rejeição da peça acusatória, enquanto no segundo caracteriza coação ilegal a ensejar concessão de *habeas corpus*. Percebe-se, assim, que não foi devidamente esclarecido qual o seu real significado, visto que, de um lado, a justa causa abrange questões materiais para trancamento do processo; de outro, o seu significado parece estar mais restrito a questões processuais (OLIVEIRA, *Curso de processo penal*, p. 118), em que pese ter sido colocada em inciso distinto daquele destinado à ausência de condições da ação (art. 395, II, CPP). Isso sugere, segundo BADARÓ, *Processo penal*, p. 213, que a ausência de justa causa constitui fenômeno distinto aos olhos do legislador. Entretanto, também não se descarta que seja fruto de mera atecnia. Na jurisprudência, analisando alguns *habeas corpus* que chegaram à alçada do STF, percebe-se que a ausência de justa causa costuma ser reconhecida por motivos diversos. Em geral, o entendimento pacificado reconhece, como fundamentos aptos a ensejar a concessão da ordem por ausência de justa causa, a manifesta atipicidade da conduta, a presença de causa excludente de punibilidade e a ausência de indícios de autoria e prova da materialidade. Nesse sentido: AP 1109, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 03.10.2023, DJe 24.11.2023; HC 173055/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 15.05.2020, DJe 13.08.2020; RHC 129043/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 04.10.2016, DJe 26.10.2016; AgR no HC 132170/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 12.02.2016, DJe 02.03.2016.

²⁶⁰ LOPES JR., *Fundamentos do processo penal*, p. 259.

²⁶¹ Por todos, CINTRA/GRINOVER/DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, p. 296.

a admissibilidade da peça acusatória; a diferença é que, exceto em relação à materialidade delitiva, o juízo é de probabilidade²⁶².

Assim, superado o *standard* reduzido da justa causa, a atividade probatória continuará adstrita ao elemento objetivo, mas deverá proporcionar um *standard* elevado para que se permita a condenação. O atingimento desse parâmetro é de estrita incumbência do acusador: como é seu dever demonstrar a presença do elemento objetivo *ab initio*, a sua atribuição probatória será mantida durante as demais fases processuais, sendo dele o ônus da prova.

²⁶² Tal entendimento, no entanto, não implica a invalidade do recebimento ante a ausência de verificação específica da inexistência de causas excludentes, pois tal situação se amolda ao caráter implícito de determinados dados imputados. Logo, o recebimento será inválido apenas se, já nessa fase incipiente, houver *mínima suspeita* da ocorrência de alguma causa excludente, hipótese que atrairá a necessidade de demonstração mínima de sua inocorrência. Essas questões serão retomadas nos próximos capítulos.

3. QUAL É O “FATO CONSTITUTIVO”? UM ESTUDO SOBRE O ÔNUS DE PROVAR O ELEMENTO OBJETIVO DA PRETENSÃO ACUSATÓRIA

No presente capítulo, serão explicadas as especificidades que adquire o *onus probandi* no processo penal. Iniciar-se-á com uma sucinta exposição das propostas que visam adaptá-lo à dogmática penal, cujo foco costuma ser a relação entre tipicidade e antijuridicidade, apontando-se a insuficiência dessa discussão para os fins a que se propõe. Em seguida, abordar-se-ão os reflexos da presunção de inocência sobre o instituto do ônus da prova, para, ao final, direcionar a investigação à fundamentação pautada na dogmática da pretensão acusatória.

3.1. Percurso histórico da relação entre tipicidade e antijuridicidade na dogmática penal e a sua insuficiência para explicar o regramento do ônus da prova no processo penal

Como visto no primeiro capítulo²⁶³, as regras de distribuição do ônus da prova no processo penal foram tradicionalmente pautadas numa repartição, entre as partes, das categorias sistemáticas do conceito analítico de crime. Interpretando a tipicidade como constitutiva da pretensão exercida pelo acusador, bastaria a ele demonstrar os elementos que a integram, enquanto a inexistência de causas de justificação e de exculpação seria de responsabilidade do acusado. Viu-se, ainda, que uma das tentativas de solucionar esse problema pode ser encontrada nas discussões dogmáticas sobre a relação entre tipicidade e antijuridicidade: a depender da corrente adotada, a antijuridicidade poderia ser alocada junto à tipicidade, constituindo em conjunto a pretensão acusatória. Embora seja insuficiente essa solução, faz-se necessário contextualizar o percurso histórico de tal relação, ainda que sem exaurir o tema, e abordar como as diferentes posições influenciam no objeto deste estudo.

Historicamente, é bem verdade que a doutrina jurídico-penal não segue um caminho linear. Não obstante, em relação ao tipo e à tipicidade, ainda que se corra o risco de reducionismo, é possível abordar o seu percurso histórico dentro da dogmática penal a partir de certa linearidade²⁶⁴.

²⁶³ Cf. subseção 1.4.2.

²⁶⁴ É o que faz JIMÉNEZ DE ASÚA, *Principios de derecho penal*, p. 237-247 quando expõe as diferentes fases pelas quais perpassou o conceito de tipo.

A inserção da tipicidade na teoria do crime, no início do século passado, suscitou inúmeras discussões dogmáticas, fazendo com que se aprimorasse gradativamente a sua significação jurídico-penal. O termo, aliás, foi cunhado a partir de uma tradução do vocábulo alemão *Tatbestand*, sobre o qual será feita uma curta exposição, apenas para permitir uma melhor abordagem das três primeiras – e, acredita-se, principais – fases do tipo penal: tipo avalorado, tipo indiciário e tipo total. Essas três fases são suficientes para a explicação dos diferentes influxos que proporcionam na seara do ônus da prova.

Genericamente, é possível definir o significado do termo da seguinte forma:

O substantivo masculino da língua alemã *Tatbestand*, provém da união de dois outros substantivos: a) o substantivo feminino *Tat*, que significa: ato; e b) o substantivo masculino *Bestand*, que significa: existência. Literalmente, pois, *Tatbestand* significa um ato que existiu no tempo e no espaço, isto é, um fato concreto produzido pelo homem que pode ser individualizado e conhecido²⁶⁵.

O seu significado sofreu um processo de atualização cujas consequências foram cruciais para que posteriormente fosse identificado com a tipicidade. A propósito das origens históricas do *Tatbestand* e de suas diferentes implicações, transcreve-se a seguinte passagem:

Foi o §133 da Ordenança Criminal da Prússia, de 1805, que se utilizou desse vocábulo pela primeira vez em uma norma alemã. Com efeito, ele foi empregado como a tradução da expressão latina *corpus delicti*.

[...] Assim, pelo vocábulo *Tatbestand* surgir ligado ao procedimento inquisitorial e, em especial, ao conceito de *corpus delicti*, ele tinha um sentido eminentemente probatório. Na sua origem, pois, a palavra significava o conjunto de elementos materiais que corroboravam a existência do crime. Isso posto, há um grande distanciamento entre a concepção pretérita da palavra e seu significado atual, qual seja, a tipicidade.

É certo que a mais importante norma penal do século XIX, na Alemanha, foi o primeiro código penal do império. Com a unificação do império alemão, que se deu com a proclamação de Guilherme da Prússia como primeiro imperador, em janeiro de 1871, um dos primeiros atos dos novéis detentores do poder político foi a elaboração de um código penal para toda Alemanha. Dito código penal do império (*Reichsstrafgesetzbuch*) foi anunciado em 15 de maio de 1871 e entrou em vigor em 1º de janeiro de 1872. Pois bem, naquele código no §59, que tratava do instituto do erro, encontrava-se a expressão aqui investigada: *Tatbestand*. *In verbis*: “1. Quando alguém pratica uma ação apenas ignorando as circunstâncias de fato pertencentes ao ato existente (*Tatbestand*) legal, ou que aumentam a pena, essas circunstâncias não se lhes imputa”.

Com a adjetivação da palavra *Tatbestand* pelo vocábulo legal, há uma guinada no seu sentido: está-se, agora, a falar em um ato que existe em uma previsão legal. Portanto, o código penal imperial alemão aproxima o termo em análise do direito penal, afastando-o, por conseguinte, do sentido processual original. A partir dessa adjetivação, goza de

²⁶⁵ BRANDÃO, *Tipicidade e Interpretação...*, p. 67.

pleno sentido a tradução livre proposta por Jiménez de Asúa, que reconhece nesse termo um conteúdo de direito material, denominando-o de tipicidade²⁶⁶.

Denota-se, portanto, que inicialmente o *Tatbestand* traduzia o delito na integralidade dos seus elementos²⁶⁷. Tal acepção acabava por conferir ao termo uma essência processual, relacionando-o ao direito probatório. Foi apenas com o código penal imperial alemão, como visto acima, que passou o *Tatbestand* a ostentar um sentido mais restritivo, e apenas a partir do início do século XX passou a ser objeto de um constante processo de aprimoramento conceitual.

Em 1906, Beling afastou a noção do tipo como representativo da soma de todos os elementos do crime e passou a tratá-lo dentro de uma lógica simplificada²⁶⁸. Apesar da devida inaceitabilidade doutrinária de sua proposta, ela foi precursora na imputação de um novo significado para o tipo, conferindo-lhe uma função na dogmática penal²⁶⁹. De fato, pode-se dizer que a sua elaboração revolucionou a teoria do crime²⁷⁰.

A princípio, seguindo a proposta de Beling, interpretou-se a tipicidade de forma independente da antijuridicidade. Entre ambos, não havia uma relação valorativa, mas puramente lógica. Para o autor, resume-se o direito penal a um *catálogo de tipos*, sendo a tipicidade a adequação da conduta para com este catálogo²⁷¹. Nessa ótica, a tipicidade não suporia “nenhum juízo de desvalor jurídico sobre o fato, mas tão somente a constatação lógica de que o mesmo é subsumível a uma figura de delito”²⁷². É dizer: o tipo constituía mera descrição objetiva despida de elementos subjetivos ou anímicos²⁷³.

²⁶⁶ BRANDÃO, *Tipicidade e Interpretação...*, p. 68-70.

²⁶⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Principios de derecho penal*, p. 237.

²⁶⁸ Como registra WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal*, p. 78, é nesse momento que o tipo abandona a sua antiga definição e se converte em elemento constitutivo da estrutura tripartida do delito.

²⁶⁹ BRANDÃO, *Tipicidade e Interpretação...*, p. 70; BITENCOURT, *Tratado de direito penal*, p. 351.

²⁷⁰ TAVARES, *Teoria do injusto penal*, p. 150: “a noção de tipo constituiu dogmaticamente uma verdadeira revolução no direito penal, de tal modo que, depois disso, todas as construções sistemáticas do delito partem inquestionavelmente de seu pressuposto. Com o conceito de tipo foi possível a formulação do conceito analítico de delito e a própria elaboração do conceito de ação, pois proporcionara a distinção entre a conduta, tomada como corpo de delito e sua previsão legal”. Na mesma linha, MARQUES, *Elementos subjetivos do injusto*, p. 39-42.

²⁷¹ BELING, *Esquema de derecho penal*, p. 73.

²⁷² Tradução livre de MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 155.

²⁷³ MARQUES, *Elementos subjetivos do injusto*, p. 41. Sobre isso, cf. também BITENCOURT, *Tratado de direito penal*, p. 352: “A função do tipo, para Beling, era definir delitos, e por isso se caracterizava pela sua natureza objetiva e neutra, isto é, livre de valor. O caráter objetivo do tipo significava a ausência de elementos subjetivos ou anímicos que, nessa época, integravam a culpabilidade; o caráter neutro, por sua vez, significava a ausência de valorações legais ou normativas que pudessem estar relacionadas com o juízo de antijuridicidade. Nesses termos, o juízo de tipicidade limitava-se à constatação da adequação objetiva do fato à norma penal incriminadora”.

É evidente que tal proposta não poderia prosperar. Costuma-se atribuir à Mayer a responsabilidade por denunciar as suas impropriedades²⁷⁴. Isso foi feito por meio da observação de que, por vezes, o tipo carrega uma valoração inerente, resultando na impossibilidade de se tratá-lo como mera descrição objetiva, na lógica do tipo avalorado.

Já que determinados tipos penais poderiam ser dotados de elementos normativos, isto é, elementos cuja compreensão depende de um juízo de valor e que expressam *per se* um elo entre tipicidade e antijuridicidade, deu-se por superada a concepção de Beling. Isso porque a percepção dos elementos normativos e subjetivos do tipo fez com que a manutenção de sua teoria se revelasse paradoxal: como sustentar a neutralidade absoluta do tipo penal se ele próprio demanda um juízo valorativo complementar²⁷⁵?

Com efeito, sedimentou-se a noção do tipo indiciário: assumindo-se a premissa de que a tipicidade representa a “base mais importante para o conhecimento da antijuridicidade”²⁷⁶, ela constitui, portanto, o seu indício objetivo – ou a sua *ratio cognoscendi*²⁷⁷. Enquanto conceito-chave do método penal, a tipicidade se tornou “o suporte através do qual o direito penal se apoia para a construção de um caminho para o conhecimento da proibição”²⁷⁸.

Em suma, preconiza a teoria da *ratio cognoscendi* que tende a ser antijurídica toda conduta típica. Isso, todavia, não significa que a tipicidade tenha perdido a sua natureza independente.

Ambas as concepções supracitadas, ainda que essencialmente distintas, conferiam algum grau de independência ao tipo, o que foi sendo paulatinamente rechaçado quando este último, mais especificamente a partir de Mezger, passou a carregar integralmente o desvalor da antijuridicidade. Em outras palavras, diz-se que a tipicidade começou a representar o injusto tipificado, funcionando o tipo como fundamento de existência da antijuridicidade, ou seja, sua *ratio essendi*²⁷⁹. Nessa ótica, “a perda da autonomia do tipo atinge o seu clímax, ao ser concebido

²⁷⁴ Conforme registra JIMÉNEZ DE ASÚA, *Principios de derecho penal*, p. 238, a obra de Mayer fez com que a tipicidade não fosse ignorada. No mesmo sentido, FREDERICO MARQUES, *Da tipicidade penal*, p. 572, para quem, não fosse a reelaboração realizada por Mayer, “com horizontes mais amplos e procurando relacionar [a tipicidade] sobretudo com a antijuridicidade, a fim de estabelecer quais os nexos entre esses dois elementos do delito”, o destino mais provável da tipicidade, àquela época, teria sido o esquecimento.

²⁷⁵ WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Derecho penal*, p. 78.

²⁷⁶ Tradução livre de MAYER, *Derecho penal*, p. 12.

²⁷⁷ Tendo em vista que o tipo descreve a matéria de proibição, sustenta WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal*, p. 79 que a sua realização é um indício da antijuridicidade da ação, embora não se trate de relação necessária.

²⁷⁸ BRANDÃO, *Tipicidade e Interpretação...*, p. 66.

²⁷⁹ MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, p. 308.

como um momento da antijuridicidade. O delito não é agora definido como a ação típica, antijurídica e culpável, mas como *ação tipicamente antijurídica e culpável*²⁸⁰.

A assunção da teoria da *ratio essendi* geralmente enseja uma análise conjunta desses elementos, reunindo-os em um tipo total de injusto²⁸¹: os pressupostos de uma causa de justificação integram o tipo penal na condição de elementos negativos, “de modo que sua inexistência se insere como pressuposto da realização do tipo”²⁸².

Feitas tais considerações, cumpre esclarecer que a relação entre tipicidade e antijuricidade possui um vasto histórico de contributos dogmáticos, não se exaurindo nas três fases supramencionadas. A curta exposição aqui realizada, embora precária, possui apenas a finalidade de permitir uma compreensão dos reflexos de cada posição no ônus da prova, ainda que não esgote a oscilação característica do conceito que ora se analisa²⁸³.

Indo adiante, resta analisar os reflexos dessas diferentes posições no regramento do ônus da prova. De antemão, deve estar claro que a fundamentação do que seria o fato constitutivo no

²⁸⁰ TAVARES, *Teoria do injusto penal*, p. 182, que complementa: “O tipo não é mais o elemento identificador da antijuridicidade (*ratio cognoscendi*), mas seu fundamento (*ratio essendi*)”.

²⁸¹ Diz-se “geralmente” porque há quem sustente um duplo sentido na teoria da *ratio essendi*: o tipo total surgiria apenas com Merkel, apresentando diferenças da *ratio essendi* exposta por Mezger. Sobre isso, ver LOPES, *A relação entre o tipo legal de crime e a ilicitude*, p. 134-171. Não obstante, essa discussão é irrelevante para o presente trabalho, pois importa tão somente analisar os reflexos do tipo total no ônus da prova.

²⁸² TAVARES, *Teoria do injusto penal*, p. 182. Ainda que não esteja dentro do escopo do presente trabalho, vale mencionar que alguns autores consideram a adoção dos elementos negativos do tipo um retrocesso dogmático. Por exemplo, ZAFFARONI/PIERANGELI, *Manual de direito penal brasileiro*, p. 393 sustentam que tal teoria retroage “aos tempos anteriores à introdução do conceito de tipo penal, a este reduzindo a dois caracteres específicos”. Assim também BRANDÃO, *Teoria jurídica do crime*, p. 122: “se pregamos ser o tipo a essência da antijuridicidade, dizemos que não há diferença entre eles e temos que aceitar que a exclusão da antijuridicidade também exclui a tipicidade, o que é um absurdo”. Por outro lado, também há quem faça um contraponto a tal resistência: por todos, ver LOPES, *A relação entre o tipo legal de crime e a ilicitude*, *passim*.

²⁸³ Além das três primeiras fases, Jiménez de Asúa aborda pelo menos outras duas: a fase defensiva, marcada pela reelaboração de Beling acerca do seu tipo neutro, e a fase destrutiva, levada a cabo pela doutrina nazista. Sobre a fase defensiva, a saída encontrada por Beling para contornar as críticas sofridas por ocasião da sua proposta original foi “emaranhar-se numa série de atomizações e distinções conceituais”. (MARQUES, *Elementos subjetivos do injusto*, p. 237). O autor apresentou vários novos conceitos em sua obra, o que levou JIMÉNEZ DE ASÚA, *Principios de derecho penal*, p. 239 a afirmar que o uso dessas novas expressões técnicas complicou o tema ao invés de iluminá-lo. Um exemplo pode ser encontrado no próprio conceito de “tipo” (*Tatbestand*), que passou a ser tratado como “figura reitera” (*Leitbild*). Para uma leitura mais aprofundada da fase defensiva, remete-se o leitor às obras mencionadas nesta subseção e à própria reelaboração de Beling; sobre a fase destrutiva, ver ZAFFARONI, *Doutrina penal nazista*, *passim*. Interessante, também, a sugestão apresentada por D’AVILA, *Tipo, ilícito e valor*, p. 357 e ss.: o autor inverte a perspectiva da discussão, transferindo-a para o primado ontológico da ilicitude. Para tanto, fixa a premissa de que a antijuridicidade material de determinada conduta precede a sua tipificação: o tipo é criado em virtude de um desvalor prévio; desvalor este que se reveste de tamanha repulsa a ponto de ser inserido no âmbito da tutela penal. Fala-se, por isso, na antijuridicidade material como *antissocialidade da ação* (BRANDÃO, *Teoria jurídica do crime*, p. 164). Sob essa visão, é a antijuridicidade que constitui a *ratio essendi* da tipicidade, funcionando o tipo como a “linha de corte entre o relevante e o irrelevante no direito penal” (D’AVILA, *Tipo, ilícito e valor*, p. 362).

processo penal varia a depender da corrente dogmática que se filie, de modo que as consequências serão perceptivelmente distintas ao comparar-se o tipo indiciário e o tipo total.

Para a corrente adepta à teoria da *ratio essendi*, com amparo no tipo total de injusto, as causas justificantes, enquanto elementos negativos do tipo, não mais poderiam ser consideradas fatos impeditivos e passariam a integrar o fato constitutivo, vez que sua inexistência passa a ser concebida como pressuposto de realização típica. Isso, em tese, afastaria a ideia de uma presunção de antijuridicidade, ou seja, de se presumir a proibição da conduta típica por força da suposta função indiciária do tipo²⁸⁴.

Tal corrente tenta corrigir um suposto “empobrecimento da análise concreta do caráter ilícito de uma conduta”²⁸⁵, gerador de “uma prática acusatória que se afasta dos parâmetros de um devido processo legal”²⁸⁶ e que seria chancelada pela *ratio cognoscendi*, visto que imputaria ao acusador a mera demonstração dos elementos constitutivos da figura típica.

Assim concluem os adeptos de tal corrente:

Devem ser afastadas todas as presunções de ilicitude, determinadas pela adoção da teoria da *ratio cognoscendi*. Certo é que não se pode repassar ao acusado um ônus probatório que deve ser do acusador. Não se pode permitir que alguém (acusado) tenha a obrigação de provar, por exclusão, algo que foi meramente indiciado pela acusação (com a descrição formal de um tipo legal). A ideia é, portanto, inverter o ônus da prova da ilicitude e de sua exclusão: ao invés de se presumir a ilicitude, por estar indiciada em virtude da comprovação da conduta típica, passa-se ao acusador o ônus de provar a ilicitude típica²⁸⁷.

De fato, concorda-se ser descabido impor ao acusado o encargo de afastar o mero indício de antijuridicidade. Contudo, não é porque se verifica tal indício no âmbito do direito material que ele assume feição de presunção no processo²⁸⁸. O princípio da inocência já tornaria insustentável tal *modus operandi*, embora a dogmática processual também venha a infirmá-lo.

Os adeptos à teoria da *ratio cognoscendi* poderiam dizer que a crítica feita por aqueles que adotam a teoria da *ratio essendi* é simplória. Embora apresente valoração jurídica, o tipo não

²⁸⁴ Por todos, ver LOPES, *A relação entre o tipo legal de crime e a ilicitude*, p. 221 e ss.

²⁸⁵ LOPES, *A relação entre o tipo legal de crime e a ilicitude*, p. 221.

²⁸⁶ LOPES, *A relação entre o tipo legal de crime e a ilicitude*, p. 221.

²⁸⁷ LOPES, *A relação entre o tipo legal de crime e a ilicitude*, p. 225. Na mesma linha, tem-se o trabalho dissertativo de GUIMARÃES, *Tipo total de injusto e processo constitucional*, p. 90: “A partir de um tipo total de injusto, por outro lado, ao acusador incumbiria, desde o oferecimento da peça inicial, a prova de todos os elementos que compõem as faces positiva e negativa do tipo penal”.

²⁸⁸ Segundo MIRZA, *Processo justo*, p. 556, “o raciocínio é válido para a teoria do delito e não para reger normas probatórias de direito processual.”

garante a antijuridicidade da conduta²⁸⁹: conquanto possibilite o conhecimento da proibição, ele não a integra²⁹⁰; por isso, a sua natureza indiciária deveria ser confirmada pelos elementos probatórios, comprovando-se a ausência de justificação²⁹¹. Portanto, o indício, afirmado em sede material, não surtiria efeitos em sede processual.

Sabe-se, ainda, que tal comprovação não pode ser confundida com o juízo de tipicidade, pois integra outro nível de valoração:

Nesse sentido, o juízo definitivo de desvalor do ordenamento jurídico em relação ao fato concreto não se dá mais com a constatação da tipicidade, senão com a afirmação da antijuridicidade. A caracterização de um fato como injusto tem que passar por dois níveis valorativos: a comprovação da tipicidade do comportamento (valoração com base no tipo legal) e a comprovação da não concorrência de causas de justificação (valoração com base no ordenamento jurídico em sua totalidade)²⁹².

Ainda que de formas distintas, ambas as correntes poderiam fundamentar a necessidade de demonstração da antijuridicidade da conduta por parte do acusador, seja antecipando o juízo de antijuridicidade e mesclando-o com a tipicidade no mesmo plano de análise, pelo que ambos constituiriam a pretensão ministerial, seja afastando o tipo, de forma isolada, do conteúdo da proibição e requerendo que esta seja taxativamente comprovada por aquele que acusa.

Inobstante, na tentativa de resolver o problema, ambas as correntes acabam por desconsiderar o terceiro extrato analítico do crime²⁹³, mantendo, em relação a ele, a condição de fato impeditivo, o que revela-se especialmente problemático: se a intervenção penal deve gravitar

²⁸⁹ FRAGOSO, *Lições de direito penal*, p. 191.

²⁹⁰ Conforme aduz BITENCOURT, *Tratado de direito penal*, p. 353, “quem realiza o tipo já antecipa que, provavelmente, também infringiu o Direito, embora esse indício não se insira na proibição”.

²⁹¹ Cf. BACIGALUPO, *Derecho Penal*, p. 221. Para WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal*, p. 79, “a realização da matéria de proibição não é necessariamente antijurídica, pois pode estar autorizada por um preceito permissivo” (tradução livre).

²⁹² Tradução livre de WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Derecho penal*, p. 73-74.

²⁹³ A bem da verdade, também há quem insira a culpabilidade no mesmo contexto da antijuridicidade, entendendo que a demonstração das circunstâncias fáticas capazes de preencher a tipicidade geralmente enseja uma conduta antijurídica e 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” (WEBER, *Reflexões sobre o ônus da prova no processo penal condenatório*, p. 321). Contudo, tal entendimento apoia-se no critério da normalidade, inaplicável ao processo penal (cf. nota nº 91).

em torno da responsabilidade pessoal²⁹⁴, fato é que abarcar tão só o injusto, desvinculado do juízo de reprovação sobre o autor, nada produz em relação à constituição da pretensão acusatória²⁹⁵.

Por essa razão, assumir qualquer uma das correntes mencionadas como suficientes à explicação do regramento do ônus da prova no processo penal significaria desvincular a pretensão acusatória da efetiva concretização do seu elemento objetivo, que, como visto, é moldado pelos três elementos analíticos do delito.

3.2. Ônus da prova à luz da presunção de inocência

Na subseção anterior, foi analisado um ponto de tensão na dogmática penal: as funções do tipo e sua relação com a antijuridicidade. Foram traçadas as linhas gerais da discussão, enfatizando-se os reflexos trazidos em matéria de ônus probatório. Não obstante, a despeito da relevância científica e dos reflexos que possui na teoria do crime, considera-se possível, no âmbito do processo penal, resolver a problemática por meio dos princípios constitucionais aplicáveis à matéria.

Sobressai-se, nesse plano de análise, a presunção de inocência enquanto um dos mais elementares princípios do processo penal constitucionalizado. Trata-se de um “princípio fundamental de civilidade”²⁹⁶ que se apresenta como “corolário lógico do fim racional do processo”²⁹⁷. No ordenamento brasileiro, foi erigido ao *status* de norma constitucional abarcada pela limitação material ao poder constituinte derivado reformador, ou apenas cláusula pétrea²⁹⁸.

Todavia, pode-se dizer que a opção prioritária da persecução penal já foi no sentido oposto ao que atualmente se constata: tratava-se, em suma, de uma presunção de culpa. Em outros termos, o que se tinha era a “sobreposição da culpa apriorística à condição natural de inocência”²⁹⁹.

Há quem sustente que a presunção de inocência, a partir de uma análise puramente lógica, ou centrada nas regras de experiência, tende a perder força. Isso porque costuma ser mais

²⁹⁴ Conforme registram WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Derecho penal*, p. 55, “no centro do quadro jurídico se encontra a pessoa como sujeito de direito” (tradução livre).

²⁹⁵ Cf. BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal*, p. 325: “O injusto penal considerado isoladamente é algo absolutamente estéril”.

²⁹⁶ FERRAJOLI, *Direito e razão*, p. 441.

²⁹⁷ LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, p. 15 apud FERRAJOLI, *Direito e razão*, p. 441.

²⁹⁸ Art. 5º, LVII, c/c art. 60, §4º, IV, ambos da CRFB.

²⁹⁹ MARQUES, *A dimensão da inocência no processo penal*, p. 188.

provável que o acusado, especialmente nos casos em que há prova da autoria e materialidade, não seja inocente³⁰⁰. Para tal corrente, a adoção da presunção de inocência é “grosseiramente paradoxal e irracional”³⁰¹, pois antagônica à realidade tratada no processo: “não estar certo da culpabilidade de uma pessoa acusada significa necessariamente duvidar da sua inocência”³⁰².

Essa interpretação realiza uma inversão de valores: é o acusado, o qual pressupõe-se culpado, que deve provar a sua inocência para desconstituir o iminente decreto condenatório. Contudo, o principal equívoco dessa compreensão é ignorar que a presunção de inocência constitui escolha essencialmente política³⁰³.

Isso quer dizer que a presunção de inocência “não se ampara numa regularidade observável empiricamente segundo a qual a maior parte dos acusados são, em realidade, inocentes”³⁰⁴. Na verdade, “seu objetivo é o de expressar a preferência moral institucionalizada de tornar as condenações mais difíceis do que as absolvições”³⁰⁵.

O seu fundamento, por assim dizer, não é uma aproximação da verdade, mas a tutela de um valor institucionalizado. Trata-se de uma “hipótese firmada pelo regime democrático”³⁰⁶.

Dito de outra forma, toda argumentação contrária à presunção de inocência que seja pautada em aspectos de ordem pragmática acaba por desconhecer – ou desconsiderar – que “aquilo que está em jogo não é nenhum nível de conhecimento, mas uma garantia política que protege o cidadão que ingressa no campo de atuação das normas processuais e penais”³⁰⁷.

³⁰⁰ Por todos: MANZINI, *Tratado de derecho procesal penal*, p. 254.

³⁰¹ Tradução livre de MANZINI, *Tratado de derecho procesal penal*, p. 253.

³⁰² Tradução livre de MANZINI, *Tratado de derecho procesal penal*, p. 257.

³⁰³ A opção política, nos dizeres de FERRAJOLI, *Direito e razão*, p. 441, é pela “tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado”. Além disso, como bem registram TAVARES/CASARA, *Prova e verdade*, p. 101, a presunção de inocência também representa uma garantia de segurança ao corpo social: “o arbítrio estatal, corporificado na condenação de inocentes, representa uma forma de violência igual, ou mesmo pior (por se tratar de violência estatal ilegítima), que a cometida pelo sujeito criminalizado”. Igualmente, AMARAL, *Política da prova e cultura punitiva*, p. 411: “Na medida em que a falta é constitutiva, e não se alcançará a punição de todos os culpados, nem mesmo o resguardo de todos os inocentes, importará indagar, democraticamente, se é preferível termos certo número de casos de culpáveis absolvidos com nenhum risco de algum inocente condenado ou, pendente ao autoritarismo, aceitar-se-iam todos os culpados condenados, mesmo ao preço de algum inocente”.

³⁰⁴ MATIDA/HERDY, *As inferências probatórias*, p. 145.

³⁰⁵ MATIDA/HERDY, *As inferências probatórias*, p. 145. Em outra passagem, as autoras complementam: “A regra em questão serve para justificar o passo lógico em inferências probatórias normativas que não se fundam em associações entre fatos empiricamente observáveis. O fundamento aqui é uma diretiva moral institucionalizada de acordo com a qual é preferível evitar que inocentes sejam encarcerados a evitar que culpados fiquem em liberdade” (MATIDA/HERDY, *As inferências probatórias*, p. 149).

³⁰⁶ AMARAL, *Política da prova e cultura punitiva*, p. 429.

³⁰⁷ BINDER, *Introdução ao direito processual penal*, p. 87.

É por isso que a instauração do processo não deve ser interpretada como tutela do poder punitivo estatal, pois a sua finalidade é tutelar a liberdade – ou, de forma mais abrangente, os direitos fundamentais – do acusado³⁰⁸. Instaurar um processo penal em desfavor de alguém deve traduzir um afastamento de todo e qualquer juízo de valor indutor da culpa³⁰⁹.

Mesmo sendo recente³¹⁰, a compreensão atual sobre a presunção de inocência e sua força cogente adquiriu certa unanimidade nos países ocidentais de índole democrática, sendo um princípio consagrado na maior parte das Constituições.

A presunção de inocência impõe um tratamento assimétrico entre as partes no processo penal, exigindo do julgador uma preferência inicial pela hipótese defensiva ou, no mínimo, pela hipótese razoável mais benéfica à manutenção do estado de inocência³¹¹. Em suma, exige-se uma postura judicial ativa em prol da inocência, dando-se o juiz por convencido enquanto não houver prova suficiente e segura, produzida por quem acusa, que a desconstitua³¹².

Não será feita uma abordagem exaustiva do princípio da presunção de inocência, cujo contorno jurídico é fruto de seculares estudos em sede nacional e internacional. Questões relativas aos aspectos históricos e conceituais do referido princípio já foram trabalhadas de forma suficientemente densa a partir dos mais variados enfoques³¹³, de modo que o presente trabalho não traria – e nem pretende trazer – grandes contribuições nessa seara.

3.2.1. As regras de ônus da prova impostas pela presunção de inocência

Sabendo ser com base nesse princípio que geralmente se demarcam as especificidades do processo penal quanto à distribuição do *onus probandi*, pretende-se buscar um caminho

³⁰⁸ Nesse sentido, LOPES JR., *Fundamentos do processo penal*, p. 58: “a instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais. É uma especial conotação do caráter instrumental que só se manifesta no processo penal, pois se trata de instrumentalidade relacionada ao direito penal e à pena, mas, principalmente, um instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais. Está legitimado enquanto instrumento a serviço do projeto constitucional”.

³⁰⁹ MARQUES, *A dimensão da inocência no processo penal*, p. 193.

³¹⁰ Formalmente, a presunção de inocência foi consagrada pela primeira vez na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, durante a Revolução Francesa.

³¹¹ DIVAN, *Correlação entre alegação e ônus no processo penal brasileiro*, p. 476.

³¹² CARVALHO, *Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais*, p. 07: “É dever constitucional do juiz ingressar no feito convencido da inocência do acusado: é um pré-juízo constitucional. Logo, a condenação somente poderá explodir quando, apesar de todos os esforços interpretativos, for impossível absolver”. Assim também MORAIS DA ROSA, *Guia compacto do processo penal...*, p. 100.

³¹³ Sobre isso, notadamente quanto ao aspecto histórico, remete-se o leitor à investigação conduzida em MORAES, *Presunção de inocência...*, p. 1-94.

alternativo para explicá-lo no processo penal. Em outros termos, ainda que a presunção de inocência seja o fundamento primário da inexistência de distribuição do ônus da prova, é possível explorar um caminho alternativo, de ordem complementar, para essa fundamentação.

Antes disso, serão pontuados os principais reflexos da presunção de inocência no instituto do ônus da prova. Tendo em vista a sua hierarquia constitucional, poderia soar inadequado abordar um fundamento secundário antes de esclarecer aquele que lhe é primário.

A mais notória influência que apresenta o princípio da presunção de inocência nessa seara é, sem dúvidas, a noção de regra de julgamento oriunda do aspecto objetivo do ônus da prova.

Como já mencionado, a feição objetiva do ônus da prova impõe uma regra de julgamento sobre fatos incertos. A aplicação de tal regra no processo penal deve ser feita de maneira compatível com a garantia político-constitucional da presunção de inocência, privilegiando invariavelmente a parte débil da relação instituída: *in dubio pro reo*³¹⁴. Em caso de dúvida, deve a regra de julgamento conduzir a uma decisão necessariamente *pro libertate*.

Entretanto, a presunção de inocência não se esgota na regra de julgamento, sendo esta apenas uma de suas manifestações, ao lado da regra probatória e da regra de tratamento³¹⁵.

As regras probatória e de julgamento possuem nítido enfoque processual-probatório³¹⁶, sendo possível dizer que possuem uma relação de complementaridade entre si. A regra de julgamento, ou norma de juízo, nada diz acerca da responsabilidade pela produção probatória, posto que se situa já no momento valorativo, após o esgotamento da instrução processual. Em síntese, a regra de julgamento impõe uma análise do material probatório já produzido³¹⁷.

É por isso que se faz necessário estipular um regramento atinente à instrução em si, delineando uma espécie de encargo prévio à valoração: trata-se da estipulação de regras sobre quem deve provar e o que provar³¹⁸. Isso é objeto da regra probatória.

Em outras palavras, primeiro deve-se analisar se a parte encarregada – em se tratando de processo penal, o acusador – se manteve inerte ou se de fato produziu provas³¹⁹. Na primeira

³¹⁴ Nessa linha, MAIER, *Derecho procesal penal*, p. 507: “O imputado não tem necessidade de construir a sua inocência, já construída de antemão pela presunção que o ampara, senão que quem o condena deve destruir completamente essa posição, chegando à certeza da prática de um fato punível” (tradução livre). Segundo MARQUES, *Do julgamento do fato incerto...*, p. 190, “o acusado não pode sofrer nenhum ônus decorrente de dúvida sobre pronto relevante”. Assim também BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal, passim*.

³¹⁵ Nesse sentido, MORAES, *Presunção de inocência...*, p. 424 e ss. Próximo: FERRER BELTRÁN, *Uma concepção minimalista...*, p. 158 e ss.

³¹⁶ MORAES, *Presunção de inocência...*, p. 424.

³¹⁷ MORAES, *Presunção de inocência...*, p. 462.

³¹⁸ MORAES, *Presunção de inocência...*, p. 462.

hipótese, sequer haveria de se falar em regra de julgamento, pois a solução é dada pela regra probatória: a inércia daquele que acusa corresponde à improcedência da acusação. Porém, na segunda hipótese, seria o caso de analisar se as provas produzidas foram suficientes: a regra de julgamento relaciona-se à noção de suficiência probatória³²⁰.

Portanto, existem dois planos sistematicamente escalonados: o primeiro é a regra probatória, que exige atividade probatória por parte do acusador; o segundo é a regra de julgamento, que impõe a absolvição do acusado no caso de insuficiência de provas. O descumprimento de qualquer uma dessas regras deverá ser convertido em resultado favorável ao acusado, mas sob fundamentos distintos. No primeiro caso, a inércia probatória faz com que se prescindia de um grau mais elevado de dúvida. Tais considerações serão importantes no próximo capítulo, mais especificamente no que toca à possibilidade do acusador manter-se inerte em relação a determinado dado fático que esteja implícito dentro da imputação.

A regra de tratamento, por sua vez, possui como referência o próprio imputado³²¹, exigindo que o Estado e até mesmo os particulares, em dimensão extraprocessual³²², o tratem como inocente³²³.

Diante da vastidão desta temática, basta frisar, por ora, a necessidade de que o acusador, em observância à regra probatória, atue ativamente na produção de provas acerca da imputação, ficando responsável pelos riscos oriundos da sua inércia; e a necessidade de que a regra de

³¹⁹ MORAES, *Presunção de inocência...*, p. 469.

³²⁰ MORAES, *Presunção de inocência...*, p. 469.

³²¹ MORAES, *Presunção de inocência...*, p. 424.

³²² LOPES JR., *Direito processual penal*, p. 98-99 subdivide a presunção de inocência em duas dimensões: interna e externa. Na dimensão externa, “a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu” (LOPES JR., *Direito processual penal*, p. 99). Na concepção de MARQUES, *A dimensão da inocência no processo penal*, p. 190, a dimensão extraprocessual da presunção de inocência “se preocupa, objetivamente, com todos os fatores que remetam à antecipação do juízo de reprovação”. Na sequência, o autor dá alguns exemplos de práticas que conferem ao acusado um tratamento de condenado: “armazenamento e valoração de antecedentes criminais que não resultaram em processo, uso excessivo de algemas, espetacularização das operações policiais, apresentação de suspeitos à imprensa, vazamento de informações para a mídia, identificação policial, divulgação pela imprensa da fotografia do procedimento de identificação policial, utilização de uniformes prisionais em audiência, absolvição fundamentada na insuficiência de provas para a condenação, execução provisória da pena, análise de prescrição prevalecendo sobre análise de absolvição, nova valoração de um fato que já foi julgado (reincidência)” (MARQUES, *A dimensão da inocência no processo penal*, p. 195). Também abordando a dimensão extraprocessual da presunção de inocência, separando-a na dimensão atinente ao direito administrativo sancionador e às relações entre particulares: FERRER BELTRÁN, *Uma concepção minimalista...*, p. 153 e ss.

³²³ Cf. TAVARES/CASARA, *Prova e verdade*, p. 103: “Nessa dimensão, o princípio constitucional impõe a isonomia entre o cidadão que não figura no polo passivo da relação processual penal e aquele a quem se atribui a prática de um delito. O tratamento diferenciado entre o réu e qualquer outro indivíduo só se justifica diante do reconhecimento estatal, devidamente fundamentado, da necessidade de se afastar o tratamento isonômico.”

juízo seja observada em toda decisão que possa gerar restrição à esfera de direitos do cidadão, independentemente do momento processual em que se situe³²⁴⁻³²⁵.

A assunção da regra de julgamento, somada às implicações da regra probatória, significa atribuir, integralmente, o ônus da prova à parte acusadora, sendo vedado presumir-se o caráter criminoso do fato típico. Isso não nega nem diminui a contribuição dada pela teoria do crime, senão que apenas prioriza as peculiaridades afeitas ao sistema de provas no processo penal.

Há uma correlação entre essas duas regras processuais: a regra probatória orienta-se a partir da opção constitucionalmente conformada da regra de julgamento *pro libertate*. Resumidamente, se a dúvida sobre qualquer elemento do crime, ou sobre a punibilidade³²⁶, deve favorecer o acusado, quer dizer que o ônus de prová-los é daquele que acusa, que afirma o cometimento de um fato criminoso e punível³²⁷.

Por derradeiro, deve-se fazer um alerta ao leitor: afirmar, de forma isolada, que a dúvida deve beneficiar o acusado pode soar demasiadamente vago. Considerando que a regra de julgamento possui reflexos na valoração da prova³²⁸, faz-se necessário precisar que espécie de dúvida é essa que se está a considerar. Nesse contexto, denota-se nítido esforço doutrinário no intuito de resolver tal problema por meio de diferentes abordagens acerca da técnica dos modelos de constatação, ou *standards* probatórios³²⁹.

Isso se justifica porque o processo valorativo já não compreende apenas a dimensão puramente subjetiva da dúvida, operante no íntimo do julgador, mas exige a corroboração

³²⁴ MORAES, *Presunção de inocência...*, p. 406. Embora entenda pela inaplicabilidade do ônus da prova ao processo penal, FIGUEIREDO DIAS, *Ônus de alegar e provar em processo penal?*, p. 140-141 também defende que o *in dubio pro reo* deve aplicar-se, relativamente aos fatos em julgamento, sem qualquer limitação.

³²⁵ Cf. CANOTILHO, *O ônus da prova na jurisdição das liberdades*, p. 174: “quando alguns direitos invioláveis estejam sujeitos a restrições e estas restrições pressuponham a existência de determinados fatos acoplados a juízos de prognose, o ônus da prova pertence não a quem invoca o direito mas a quem cabe decretar as restrições”.

³²⁶ Concorde-se com BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal*, p. 330 e ss. que a dúvida sobre eventual causa extintiva da punibilidade deve ser resolvida em favor do acusado, seja pelo *in dubio pro reo* ou pelo *favor rei*, a depender do momento processual em que ocorra.

³²⁷ Cf. FERRAJOLI, *Direito e razão*, p. 488: “Sendo a inocência assistida pelo postulado de sua presunção até prova em contrário, é essa prova que deve ser fornecida por quem a nega formulando a acusação”, pelo que o ônus probatório não pode ser assumido por sujeitos processuais outros que não o acusador.

³²⁸ FERRER BELTRÁN, *Uma concepção minimalista...*, p. 169. Sustentando que o ônus objetivo se confunde com a valoração probatória: NIEVA FENOLL, *Carga de la prueba...*, p. 126 e ss. A seu turno, entendendo que o *in dubio pro reo* não é uma regra valorativa: ROXIN, *Derecho procesal penal*, p. 111.

³²⁹ Cf. BADARÓ, *Editorial...*, p. 55: “é necessário um critério decisório que defina, ao final do processo de valoração racional, o nível ou o *quantum* de suporte probatório que uma afirmação sobre os fatos precisa obter para que seja considerada verdadeira.”

objetiva das hipóteses fáticas, o que atrai a necessidade de se estabelecer um *standard*³³⁰ ao qual será vinculada a dúvida. Não se trata de um “estado de ânimo”, formado a partir da impressão que cada meio de prova produz no espírito do juiz³³¹, mas de conclusão probabilística baseada no suporte probatório conferido a cada um dos enunciados fáticos existentes³³².

À luz do exposto, a presunção de inocência apresenta-se como fundamento primário da inadmissibilidade de distribuição da carga probatória no processo penal. As regras processuais que dela se extraem bastam para justificar a oneração exclusiva do acusador em matéria de prova, achando-se tal entendimento, ao menos no atual plano doutrinário, relativamente estabilizado. Sem embargo, a jurisprudência pátria parece ainda não ter logrado absorvê-las com a precisão necessária, continuando a operar inversões do ônus da prova (= violação à regra probatória³³³) e a solucionar dúvidas contra o acusado (= violação à regra de julgamento³³⁴).

³³⁰ Como bem destaca MORAIS, *O ônus da prova e a presunção de inocência...*, p. 38, “não há como se conceber uma regra de julgamento dissociada de uma determinada medida de prova a indicar quando devemos considerar uma das versões como provada ou duvidosa”. O aprofundamento de tal discussão extrapolaria o escopo e os limites objetivos do presente trabalho, motivo pelo qual remete-se o leitor ao minucioso estudo realizado em BADARÓ, *Processo penal*, p. 475-489; e em VILELA, *Standards probatórios e processo penal*, p. 55-74.

³³¹ BADARÓ, *Editorial...*, p. 63.

³³² BADARÓ, *Editorial...*, p. 63.

³³³ A técnica de inversão do ônus da prova é muito comum em processos que apuram crimes patrimoniais. A título exemplificativo, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, firmou-se entendimento de que, “no crime de receptação, se o bem houver sido apreendido em poder do paciente, cabe à defesa apresentar prova acerca da origem lícita do bem ou de sua conduta culposa, nos termos do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, sem que se possa falar em inversão do ônus da prova.” (AgRg no HC n. 953.457/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 19/2/2025, DJEN de 26/2/2025). Da mesma forma: AgRg nos EDcl no AREsp n. 2.459.377/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 6/2/2024, DJe de 8/2/2024; AgRg no HC n. 700.369/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 4/10/2022, DJe de 10/10/2022; AgRg no HC n. 446.942/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 18/12/2018. A despeito da ressalva feita quanto à inversão do ônus da prova, o próprio STJ, em decisão recente, fixou a seguinte tese: “A apreensão do bem em poder do agente inverte o ônus da prova, cabendo ao acusado comprovar a origem lícita do bem.” (AgRg no AREsp n. 2.551.668/SC, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 18/3/2025, DJEN de 25/3/2025). Em suma, a inversão do ônus probatório sempre ocorreu, ainda que de forma velada. O recente julgado apenas nomeou as coisas conforme realmente são. Além disso, a invocação do art. 156 do CPP como escudo – no sentido de que a prova incumbiria ao acusado por ter sido ele o autor da alegação –, nunca convenceu. Sobre isso, DE-LORENZI, *Ônus da prova no processo penal*, p. 07: “Mesmo conforme a posição majoritária, a produção de prova das elementares típicas é encargo da acusação. O bem ser produto de crime e o conhecimento desse fato pelo agente – elemento cognitivo do dolo – são pressupostos da tipicidade do crime de receptação (art. 180 do CP), de modo que, mesmo de acordo com a opinião menos favorável ao réu, há nesse caso uma efetiva e ilegítima inversão do ônus da prova”. Apesar disso, ao se analisar a jurisprudência dos tribunais estaduais, percebe-se que a adoção da tese do STJ jamais impediu a afirmação expressa de que se estava invertendo a carga da prova. No Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por ex., entende-se que “A posse direta dos bens inverte o ônus da prova, cabendo à defesa comprovar a alegação de desconhecimento da origem ilícita do bem, o que não ocorreu na hipótese” (TJMG - Apelação Criminal 1.0000.24.223431-8/001, Relator(a): Des.(a) Paula Cunha e Silva, 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 04/02/2025, publicação da súmula em 05/02/2025). No mesmo sentido, falando explicitamente em inversão do ônus da prova: TJMG - Apelação Criminal 1.0000.24.281477-0/001, Relator(a): Des.(a) Paula Cunha e Silva, 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 28/01/2025, publicação da súmula em 30/01/2025; TJMG - Apelação Criminal 1.0000.24.440193-1/001, Relator(a): Des.(a) Márcilio Eustáquio

É precisamente nesse ponto que uma maior incursão na dogmática da pretensão acusatória, com especial atenção à identificação do fato que a constitui, pode contribuir para a

Santos, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 22/01/2025, publicação da súmula em 22/01/2025; TJMG - Apelação Criminal 1.0000.24.417298-7/001, Relator(a): Des.(a) Jaubert Carneiro Jaques, 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 19/11/2024, publicação da súmula em 19/11/2024; TJMG - Apelação Criminal 1.0000.24.216972-0/001, Relator(a): Des.(a) Bruno Terra Dias, 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 08/10/2024, publicação da súmula em 09/10/2024. De outro lado, em decisão também bastante recente, o Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido contrário da jurisprudência supracitada (inclusive do STJ), ressaltando que a condenação por crime patrimonial (no caso, receptação) baseada na inversão do ônus probatório, imputando ao acusado o dever de provar o desconhecimento da origem ilícita do bem, viola a presunção de inocência (cf. STF, RHC 249831, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 14-04-2025, DIVULG 24-04-2025 PUBLIC 25-04-2025). Tais divergências jurisprudenciais reforçam a insegurança jurídica que permeia o tema, evidenciando a necessidade de uniformização, preferencialmente em conformidade com os preceitos constitucionais da matéria.

³³⁴ A mais notória subversão da regra de julgamento costuma ser verificada em momentos processuais mais incipientes, apoiando-se no famigerado *in dubio pro societate*. Assim, em decisões de recebimento e de pronúncia, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais é quase uníssona em afirmar que “vigora o princípio do *in dubio pro societate*, pois a mínima dúvida havida quanto aos fatos não beneficia o acusado, mas sim a sociedade” (TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0000.25.002906-3/001, Relator(a): Des.(a) Cássio Salomé, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 12/03/2025, publicação da súmula em 17/03/2025). Especificamente quanto à pronúncia, cf.: TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0079.11.031401-4/001, Relator(a): Des.(a) Doorgal Borges de Andrada, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 18/10/2017, publicação da súmula em 25/10/2017; TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0699.09.104408-0/001, Relator(a): Des.(a) Fausto Bawden de Castro Silva (JD 2G), 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 13/02/2019, publicação da súmula em 20/02/2019; TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0000.24.384829-8/001, Relator(a): Des.(a) Sálvio Chaves, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 26/02/2025, publicação da súmula em 27/02/2025. Por sua vez, utilizando o mesmo entendimento na decisão de recebimento: TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0000.23.090641-4/001, Relator(a): Des.(a) Marco Antônio de Melo, 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 22/08/2023, publicação da súmula em 23/08/2023; TJMG - Ação Penal - Ordinário 1.0000.24.068684-0/000, Relator(a): Des.(a) Jaubert Carneiro Jaques, 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 03/09/2024, publicação da súmula em 04/09/2024; TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0000.23.023983-2/001, Relator(a): Des.(a) Edison Feital Leite, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 10/10/2023, publicação da súmula em 10/10/2023; TJMG - Apelação Criminal 1.0319.07.030159-7/001, Relator(a): Des.(a) Catta Preta, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 29/08/2017, publicação da súmula em 04/09/2017. Todas essas decisões acabam por ignorar que, no processo penal, a regra de julgamento não pode ser alterada conforme a fase processual. A regra é sempre a mesma; o que se altera é o grau de convencimento exigido. Por isso, toda sorte de dúvida quanto ao atingimento de um *standard* específico deve ser resolvida em observância ao *in dubio pro reo*: se há dúvida quanto à presença de justa causa (= *standard* para recebimento), por ex., a decisão deve ser de rejeição da denúncia. De outro lado, mesmo em fase de sentença, também há julgados que, para absolver o acusado sob o manto de uma causa de justificação, entendem ser “imprescindível a produção de prova absoluta, inconteste, de que estão presentes as circunstâncias pertinentes à aludida excludente de ilicitude. Ausente tal prova, cujo ônus compete à defesa, não há como absolver o réu.” (TJMG - Apelação Criminal 1.0242.09.024605-7/001, Relator(a): Des.(a) Eduardo Brum, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 04/12/2013, publicação da súmula em 10/12/2013). De igual forma: TJMG - Apelação Criminal 1.0042.14.001816-1/001, Relator(a): Des.(a) Furtado de Mendonça, 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 14/04/2020, publicação da súmula em 22/06/2020; TJMG - Apelação Criminal 1.0347.07.006187-9/002, Relator(a): Des.(a) Furtado de Mendonça, 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 28/04/2015, publicação da súmula em 11/05/2015. Ainda mais absurda é a seguinte assertiva: “Havendo fundadas dúvidas acerca da configuração da excludente de ilicitude da legítima defesa, estando evidenciada a fragilidade das declarações do acusado, as quais se apresentaram em contraposição a depoimento testemunhal colhido, deve ser rejeitado o pedido de absolvição.” (TJMG - Apelação Criminal 1.0604.09.015555-6/001, Relator(a): Des.(a) Agostinho Gomes de Azevedo, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 29/09/2011, publicação da súmula em 11/10/2011). Veja-se que este último julgado atesta expressamente a “fundada dúvida” sobre a legítima defesa, termo que se amolda à hipótese absolutória do art. 386, VI, do CPP, e mesmo assim a condenação foi mantida em segundo grau de jurisdição.

efetiva consolidação dos efeitos oriundos da presunção de inocência, permitindo a correta compreensão do(s) fato(s) cuja prova incumbe ao acusador.

3.3. Ônus da prova à luz do fato constitutivo da pretensão acusatória

3.3.1. Breve digressão nos diferentes conceitos de delito

Antes de iniciar a abordagem do delito como fato concreto, serão apresentadas algumas notas introdutórias sobre as suas mais variadas possibilidades de análise, destacando-se a contribuição metodológica proporcionada pelo conceito analítico.

Na teoria do delito, diversas são as conceituações acerca do que é o crime e de quais seriam os seus requisitos. Sobressaem conceitos de ordem formal, material e analítica³³⁵.

No espectro formal, será criminosa a realização de conduta vedada por lei e ameaçada com a imposição de uma pena³³⁶. Percebe-se, pois, uma desconsideração dos reflexos do crime na

³³⁵ Tem-se, ainda, o conceito legal de crime, que é aquele dado pelo legislador no art. 1º do Decreto-Lei nº 3.914/41 (Lei de Introdução do Código Penal e da Lei das Contravenções Penais). Definiu-se que constitui crime toda infração penal que a lei cominar pena de reclusão ou detenção, seja isolada, alternativa ou cumulativamente à pena de multa, ao passo que será contravenção toda infração penal que a lei cominar isoladamente pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, de forma alternativa ou cumulada. Tal conceito, no entanto, revela-se ultrapassado se cotejado com algumas situações peculiares no atual ordenamento jurídico-penal, sendo desprovido de maiores preocupações de natureza científica (cf. BITENCOURT, *Tratado de direito penal*, p. 291; QUEIROZ, *Curso de direito penal*, p. 179). Caso interessante é o do art. 28 da Lei 11.343/06 (Lei de Tóxicos), que cominou ao porte de drogas para consumo próprio as seguintes penas: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo. Em que pese ter sido inserido no capítulo III da Lei de Tóxicos, “Dos Crimes e Das Penas”, o referido artigo cominou sanções exclusivamente extrapenais à conduta descrita no *caput*. À vista de tal inovação, sustentou-se, de um lado, que a conduta descrita no art. 28 teria sido formalmente descriminalizada, pois as sanções cominadas não amoldam-se àquelas exigidas pelo conceito legal de crime. Essa é a interpretação dada, por ex., por GOMES, *Tóxicos*, p. 63-66, para quem chamar de “crime” a conduta à qual não há sequer cominação de prisão simples seria um verdadeiro paradoxo, haja vista ser punida de forma mais branda até mesmo se comparada com as contravenções penais. Por outro lado, a tendência majoritária sempre foi no sentido contrário, afirmando a mera despenalização da conduta, mas a manutenção do seu caráter criminoso (cf. CAPEZ, *Nova lei de tóxicos*, p. 101 e QUEIROZ, *Curso de direito penal*, p. 180). Na jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal chegou a estabelecer que houve mera despenalização, pois, a despeito do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, nada impede que lei superveniente adote outros critérios gerais de distinção ou estabeleça pena diversa da privação de liberdade. É o que se verifica, por ex., nos seguintes julgados: STF, *Questão de Ordem no Recurso Extraordinário 430.105/RJ*, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, DJe 27/04/2007; STF, *Agravo Regimental no Habeas Corpus 148.484/SP*, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 05/04/2019, DJe 24/04/2019. Contudo, no julgamento do RE 635.659/SP, o Supremo Tribunal Federal modificou o seu entendimento anterior e concluiu pela natureza extrapenal da conduta tipificada no art. 28 da Lei 11.343/06, salientando tratar-se de mero ilícito administrativo (cf. STF, *Recurso Extraordinário 635.659/SP*, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 26/06/2024, DJe 28/06/2024). Assim, ao que parece, houve nova guinada na direção do conceito legal de crime.

³³⁶ BITENCOURT, *Tratado de direito penal*, p. 289; QUEIROZ, *Curso de direito penal*, p. 181; CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal*, p. 72.

perspectiva do valor tutelado e das circunstâncias concretas da realização do comportamento proibido. O parâmetro é unicamente a violação formal à lei, independentemente do seu conteúdo.

Já no conceito material, o valor tutelado se coloca como peça fundamental para a afirmação do crime. Tal valor se materializa no bem jurídico, cuja proteção confere legitimidade ao direito penal³³⁷. Materialmente, será criminosa a conduta que violar ou expor a perigo de lesão um bem jurídico penalmente relevante³³⁸. Erige-se, portanto, um desvalor social³³⁹ por trás da afirmação do crime, acrescentando-se ao âmbito formal um conteúdo que se funda na “realidade da vida social”³⁴⁰, na qual inspiram-se “as definições e a aplicação do Direito Penal”³⁴¹.

Em suma, o conceito formal “só possibilita a definição do comportamento punível dentro dos limites do Direito positivo”³⁴², enquanto o conceito material “concentra-se no que está por trás do Direito Penal codificado, buscando os critérios objetivos da conduta punível”³⁴³.

Nenhum dos conceitos supramencionados foi capaz de conferir o devido rigor científico que a matéria requer³⁴⁴, o que não significa que sejam irrelevantes, pois acabam sendo complementares entre si³⁴⁵. Contudo, a cientificidade almejada somente foi alcançada por meio do conceito analítico de crime³⁴⁶, fruto de gradativa construção doutrinária.

Diz-se gradativa porque, embora relativamente recente em termos históricos, o desenvolvimento dogmático do direito penal tem se mostrado um processo dinâmico e contínuo, porém não linear, marcado por intensos debates e aprimoramentos científicos. É, ademais, sabidamente influenciado por valores éticos e morais, além de adaptável à forma de controle

³³⁷ BRANDÃO, *Teoria jurídica do crime*, p. 39. A tutela desse valor é que confere substância ao tipo; sem ele, não seria possível constatar potencialidade lesiva na realização da conduta. Em outras palavras, “sem o bem jurídico que confira a ele substância, o tipo penal se transforma em um instrumento de arbítrio” (BRANDÃO, *Teoria jurídica do crime*, p. 210).

³³⁸ BRANDÃO, *Teoria jurídica do crime*, p. 38; QUEIROZ, *Curso de direito penal*, p. 181-182; CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal*, p. 72;

³³⁹ Representado pelos interesses e valores do corpo social em determinado momento de sua evolução, isto é, interesses necessariamente variáveis conforme a sociedade e/ou a época (cf. BRUNO, *Direito penal*, p. 270).

³⁴⁰ BRUNO, *Direito penal*, p. 271.

³⁴¹ BRUNO, *Direito penal*, p. 271.

³⁴² ROXIN/GRECO, *Direito penal*, p. 84.

³⁴³ ROXIN/GRECO, *Direito penal*, p. 84.

³⁴⁴ Conforme registram MARTINELLI/BEM, *Direito penal*, p. 532, “esses conceitos são problemáticos para explicar, por exemplo, que não é crime matar em legítima defesa ou subtrair uma quantia irrisória de outrem”.

³⁴⁵ Ao passo que o conceito formal apresenta a definição nominal, o conceito material traduz a definição real, estabelecendo o conteúdo do fato punível (FRAGOSO, *Lições de direito penal*, p. 175).

³⁴⁶ Segundo ASSIS TOLEDO, *Princípios básicos de direito penal*, p. 80, a dogmática necessitava de uma definição mais analítica, “apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime”.

social exigida pelo contexto da época. Nesse ponto, o fato de a dogmática penal perpassar diversos contextos sociopolíticos acaba ocasionando uma oscilação no seu conteúdo³⁴⁷.

Assim, poder-se-ia destinar várias páginas à evolução do conceito analítico de crime, porém tal abordagem extrapolaria a finalidade deste trabalho³⁴⁸. Basta, por ora, ter-se claro que, após a teoria finalista, consolidou-se uma noção tripartida do crime enquanto fato típico, antijurídico e culpável, caracterizado pelo injusto pessoal e pela culpabilidade normativa³⁴⁹.

Feitos tais comentários, sem nenhuma pretensão de exaustividade, há de se ressaltar que o foco do trabalho não reside na análise dos conceitos de crime, mas na demonstração do porquê da inaplicabilidade do conceito analítico para fins de repartição do ônus da prova.

3.3.1.1. A importância metodológica do conceito analítico

Ao apresentar requisitos comuns à afirmação da existência do crime, o conceito analítico basicamente fornece uma série de perguntas ordenadas. Em outras palavras, revela “as perguntas que devem ser respondidas para determinar em cada caso se há delito, e em uma ordem lógica”³⁵⁰: proporciona “o caminho lógico para averiguar se há delito em cada caso concreto”³⁵¹.

Quando se perquirem as características essenciais do objeto de análise para destacá-las em diferentes planos analíticos, busca-se, em síntese, fazer ciência. E para que se atinja tal desiderato, especialmente quando se está tratando da elaboração de conceitos normativos e de esquemas metodológicos, requer-se alguma sorte de abstração³⁵².

³⁴⁷ Isso pode ser percebido, por ex., na evolução do conceito e das funções do tipo (cf. subseção 3.1 e nota nº 283).

³⁴⁸ De forma bastante reducionista, pode-se dizer que, inicialmente, na acepção clássica, tinha-se um conceito puramente naturalístico que tratava a conduta como mero movimento corpóreo modificador do mundo exterior: trata-se de conceito causalista, pioneiro na decomposição analítica do crime, conforme expõe BITENCOURT, *Tratado de direito penal*, p. 285 e ss. Em seguida, houve um giro interpretativo por parte do movimento neokantista, culminando naquilo que se convém chamar de versão neoclássica: era a substituição da “coerência formal de um pensamento jurídico circunscrito em si mesmo por um conceito de delito voltado para os fins pretendidos pelo Direito Penal e pelas perspectivas valorativas que o embasam” (BITENCOURT, *Tratado de direito penal*, p. 287). Essas diferentes abordagens abriram caminho para a ulterior formulação da teoria finalista. Para uma leitura aprofundada, ver, dentre outros, BITENCOURT, *Tratado de direito penal*, p. 284-290; MARTINELLI/BEM, *Direito penal*, p. 531-544; FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*, p. 238-248.

³⁴⁹ Por todos, cf. WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal*, *passim*. A bem da verdade, conforme JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, p. 270, o sistema tripartido não iniciou com Welzel, pois a sistematização da teoria do delito foi se consolidando desde muito antes, com o sistema Liszt-Beling. Não obstante, é inegável que obteve premissas metodológicas distintas com o advento da teoria finalista, além de maior notoriedade.

³⁵⁰ ZAFFARONI/PIERANGELI, *Manual de direito penal brasileiro*, p. 332.

³⁵¹ ZAFFARONI/PIERANGELI, *Manual de direito penal brasileiro*, p. 332.

³⁵² Cf. ASSIS TOLEDO, *Princípios básicos de direito penal*, p. 79: “O crime, além de fenômeno social, é um episódio da vida de uma pessoa humana. Não pode ser dela destacado e isolado. Não pode ser reproduzido em

É claro que a simplificação de uma realidade complexa e multifacetada vem acompanhada do risco de se cometer algum tipo de impropriedade, porém somente assim mostra-se possível proporcionar requisitos mínimos para a aferição da prática criminosa. Abstrair elementos basilares comuns a diferentes contextos revela-se indispensável para que se produza uma análise isonômica e minimamente segura dos casos penais colocados à tutela jurisdicional³⁵³.

3.3.2. *As interfaces entre o conceito analítico de crime e a prática probatória no processo penal: o fato concreto indivisível e a sua significação jurídica*

Apesar disso, a estratificação analítica do crime não altera o mundo dos fatos. É uma ferramenta artificial que não reflete a realidade empírica do fenômeno observado: o que se estratifica é o conceito analiticamente construído para determinar a correta interpretação do que constitui um crime, mas não o crime em si³⁵⁴. Em síntese, se o *fazer científico* pressupõe uma análise pormenorizada das partes, isso não quer dizer que se tenha que ignorar a existência do todo³⁵⁵.

laboratório, para estudo. Não pode ser decomposto em partes distintas. Nem se apresenta, no mundo da realidade, como puro conceito, de modo sempre idêntico, estereotipado. Cada crime tem a sua história, a sua individualidade; não há dois que possam ser reputados perfeitamente iguais. Mas não se faz ciência do particular. E, conforme vimos inicialmente, o direito penal não é uma crônica ou mera catalogação de fatos, quer ser uma ciência prática. Para tanto, a nossa disciplina, enquanto ciência, não pode prescindir de teorizar a respeito do agir humano, ora submetendo-o a amputações, por abstração, para a elaboração de conceitos, esquemas lógicos, institutos e sistemas mais ou menos cerrados”. Assim também BRUNO, *Direito penal*, p. 277: “Não se contesta que o fato punível seja, mesmo conceitualmente, uma unidade, mas tem de ser dissociado, pela análise, nos seus componentes, para que através destes se possa atingir mais profundamente o seu sentido e conteúdo. É uma exigência metodológica a que nos obrigam as condições do nosso próprio entendimento”.

³⁵³ REISS, *Tribunal Penal Internacional*, p. 94.

³⁵⁴ ZAFFARONI/PIERANGELI, *Manual de direito penal brasileiro*, p. 334: “Quando dizemos que a zebra é um “cavalo listrado”, teremos um conceito estratificado: será “zebra” o ente que seja – antes de tudo – um “animal” (caráter genérico), que além disso seja “cavalo” e que seu pelo sempre apresente listras de cor mais escura (caracteres específicos). O “estratificado” será, pois, o conceito de zebra, mas não a zebra. Assim, uma zebra não se “compõe” da soma de um animal, um cavalo e umas listras; estes não são elementos da zebra, e sim de seu conceito obtido analiticamente. A zebra é uma unidade; os planos não estão na zebra e sim na sua análise, da qual obteremos o conceito.”

³⁵⁵ Cf. ASSIS TOLEDO, *Princípios básicos de direito penal*, p. 79-80: “Isso mutila, sem dúvida, a realidade, pondo em destaque aspectos e elementos de um todo que permanece inapreensível. [...] Tal procedimento, porém, desde que se queira fazer ciência, é inevitável, pois – afirma, de outra parte, Radbruch – “não constitui segredo para ninguém que é justamente da essência do direito a que não é possível renunciar, o ele achar-se eternamente condenado a só poder ver as árvores e jamais a floresta que elas constituem”. Talvez assim seja – supomos nós – porque essa floresta é realmente uma indecifrável *selva oscura*. Contentemo-nos, pois, com as árvores, sem todavia cometer o desatino de esquecer ou de negar a existência da floresta”.

Desse modo, ainda que, por exigência metodológica, o crime deva ser analisado mediante um processo de abstração³⁵⁶, isso não faz com que ele, na sua realidade fenomênica, deixe de ser um fato social uno, isto é, “um todo unitário insuscetível de fragmentação”³⁵⁷.

Assim, o crime jamais poderá ser tratado realisticamente como o resultado de uma soma de componentes ou estratos. Nesse plano de análise, portanto, o crime é uma unidade³⁵⁸ – e a subdivisão feita pelo conceito analítico apenas visa materializá-la no mundo normativo.

Por conseguinte, para fins de determinação do fato probando, o crime não pode ser analisado exclusivamente sob a perspectiva dogmático-penal. Conquanto a atividade probatória deva direcionar-se aos elementos do conceito analítico, ele não pode ser dividido a fim de distribuir a carga probatória estática³⁵⁹, pois todos os seus elementos referem-se à mesma situação concreta.

E essa situação concreta integra o elemento objetivo da pretensão acusatória. Do contrário, separando os elementos em diferentes cargas probatórias, admitir-se-ia que o Estado possa perseguir criminalmente uma pessoa sem estar convencido do caráter criminoso do fato imputado. Para evitar tal impropriedade, conclui-se que o fato constitutivo deve ser entendido como o fato naturalístico – um evento único do mundo real – e não apenas como o fato típico.

Por isso, embora a atividade probatória siga a estrutura do conceito analítico, o fato constitutivo, enquanto fato histórico que se busca comprovar, deve ser compreendido de forma integrada, abrangendo todos os elementos constitutivos do delito.

Nesse sentido, a análise estratificada do crime realizada pela dogmática é meramente artificial e não infirma o seu caráter indivisível enquanto fato constitutivo³⁶⁰, o que implica a

³⁵⁶ Cf. FRAGOSO, *Lições de direito penal*, p. 178.

³⁵⁷ FRAGOSO, *Lições de direito penal*, p. 178, que conclui: “Não é possível imaginá-lo composto de elementos, como partes de um todo. A análise, porém, não tem necessariamente por objeto uma fragmentação, embora envolva, em geral, ideia de decomposição, opondo-se a síntese. Aqui, devemos entendê-la no sentido que lhe dava Taine, ou seja, como percepção dos fatos distintos, ou como observação em ordem sucessiva das qualidades de um conceito”.

³⁵⁸ Cf. ASSIS TOLEDO, *Princípios básicos de direito penal*, p. 79; BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal*, p. 310 e ss.; FRAGOSO, *Lições de direito penal*, p. 178; HORTA, *Do ônus...*, p. 200; JARDIM, *O ônus da prova...*, p. 34; NOGUEIRA, *Ônus da prova das excludentes...*, p. 262; ZAFFARONI/PIERANGELI, *Manual de direito penal brasileiro*, p. 334.

³⁵⁹ Cf. MARQUES, *Do julgamento do fato incerto...*, p. 225: “O método analítico foi aplicado ao conceito de crime exatamente para permitir a identificação de seus elementos estruturais, não para promover a decomposição do fato punível em compartimentos estanques. [...] Consequentemente, o hiato existente entre a teoria do processo e a teoria do delito, que permitia aos processualistas quebrar a unidade do injusto e promover a repartição do ônus processual, com base nos conceitos de ônus de afirmação e ônus de exceção, próprio das lides contratuais, definitivamente precisa ser superado.”

³⁶⁰ Aqui, segundo JARDIM, *O ônus da prova...*, p. 34, “parece residir o equívoco maior, pois a divisão da infração penal em elementos ou requisitos tem uma finalidade meramente metodológica na ciência penal. O crime é um todo

indissociabilidade dos seus elementos, não sendo possível desmembrá-los para fins de repartição do ônus da prova³⁶¹.

Apresenta-se, abaixo, uma síntese de tal ideia:

Afirmar que o fato constitutivo é somente o fato típico e considerar as excludentes de ilicitude e de culpabilidade como fatos impeditivos do direito de punir equivale a dizer que o delito é, tão somente, o fato típico, sem qualquer consideração acerca do caráter ilícito desta conduta e da reprovabilidade do seu autor. A distinção entre fatos constitutivos, impeditivos e extintivos do direito alegado em juízo decorre de um processo de simplificação analítica da *fattispecie* que não pode ser aplicado ao processo penal, em favor da parte acusadora e em prejuízo do acusado, pois significaria admitir uma condenação sem que houvesse prova de todos os elementos do delito. Na prática, exigir que o acusado prove a existência de eventual causa excludente de ilicitude ou culpabilidade é inverter o ônus da prova. Em consequência, a sentença penal condenatória exige, ao lado da prova dos elementos que integram o tipo penal (fato constitutivo positivo), também a demonstração da inocorrência das excludentes de ilicitude e de culpabilidade, para que possa surgir o direito de punir estatal (fato constitutivo negativo)³⁶².

O fato imputado ao réu é “um fato concreto, um acontecimento, um suceder histórico que se afirma ocorrido”³⁶³ – e que será o objeto da prova no processo: se, em matéria penal, ele constitui uma abstração, não é este o fato relevante para o processo. Com efeito, “quando se faz alusão ao fato como objeto da prova, trata-se de fato em sua acepção processual, isto é, de um concreto acontecimento que ocorreu no passado e que deverá ser demonstrado no processo”³⁶⁴.

O objeto processual não se resume à tipicidade, visto que “o processo penal gira em torno da imputação de uma situação concreta, e não de um *Tatbestand*”³⁶⁵. Tal situação contempla todos os enunciados fáticos capazes de atrair ou afastar determinado elemento do delito: o acusador, ao deduzir a sua pretensão em juízo, imputando ao acusado a prática delitiva, alega a

indivisível e o Estado somente poderá, processualmente, ver acolhida a sua pretensão punitiva se provar que o réu praticou uma conduta típica, ilícita e culpável, vale dizer, este “todo indivisível””.

³⁶¹ NOGUEIRA, *Ônus da prova das excludentes...*, p. 263; HORTA, *Do ônus...*, p. 196 e ss.; BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal*, p. 310 e ss.

³⁶² BADARÓ, *Processo penal*, p. 493. Apenas ressalte-se a preferência deste trabalho pelo termo “poder de punir”, em detrimento de um suposto “direito de punir” (cf. subseção 2.3.1).

³⁶³ BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal*, p. 302. No mesmo sentido, RANGEL, *O garantismo penal e o aditamento à denúncia*, p. 189: “o fato imputado é aquele ocorrido no mundo dos homens, o fato humano da natureza, praticado de determinado modo em situação de tempo e de lugar e que tem enquadramento em um tipo penal. Trata-se de um fato concreto, real, indivisível e único”.

³⁶⁴ BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal*, p. 302.

³⁶⁵ BADARÓ, *Correlação entre acusação e sentença*, p. 110.

ocorrência dos pressupostos necessários ao exercício do poder punitivo (= fato constitutivo), isto é, alega um fato criminoso cuja significação jurídica desagua num injusto culpável³⁶⁶.

A essa altura, já parece evidente a interface entre o conceito analítico de crime e a prática probatória no processo penal: embora o conceito analítico identifique o que deve ser provado, ele não pode ser repartido para determinar quem tem o ônus de provar a presença ou ausência dos seus diferentes estratos.

Ao formular a imputação, o acusador traz para si o ônus de provar todos os dados – fáticos e jurídicos – imputados; é dizer, traz para si a responsabilidade probatória sobre todo aquele acontecimento histórico, e não sobre parte dele. Em linhas gerais, os elementos do conceito analítico subsomem-se a uma única carga probatória, que será assumida pelo acusador.

Tais contornos do ônus acusatório da prova foram dados pelo próprio legislador e podem ser verificados no bojo do ordenamento jurídico vigente, tanto pelos requisitos da acusação (art. 41, CPP³⁶⁷), quanto pela imposição de absolvição em caso de dúvida sobre circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (art. 386, VI, CPP³⁶⁸) ou quando houver insuficiência genérica de provas (art. 386, VII, CPP³⁶⁹).

Em consequência, se a prova da alegação incumbe a quem a fizer (art. 156, CPP³⁷⁰), é possível sustentar que o acusador, ao alegar um fato criminoso com todas as suas circunstâncias, está onerado com a carga probatória estática e que eventual dúvida será resolvida em favor do acusado. Por esses motivos, entende-se que uma interpretação conjunta ou sistemática dos

³⁶⁶ Em suma, “[a]o narrar o fato criminoso com todas as suas circunstâncias o acusador está afirmando que foi cometido um fato típico, antijurídico e culpável” (MIRZA, *Processo justo*, p. 555).

³⁶⁷ “Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.”

³⁶⁸ “Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência”.

³⁶⁹ “Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VII – não existir prova suficiente para a condenação.”

³⁷⁰ “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: [...]”.

referidos dispositivos permite, de *lege lata*³⁷¹, a atribuição integral do ônus da prova ao acusador³⁷².

Conclui-se, pois, que o fato constitutivo da pretensão acusatória é o *fato criminoso*³⁷³ que deverá ser descrito e provado – com todas as suas circunstâncias – pelo acusador, enquanto fenômeno único³⁷⁴. A sua imputação será revestida de dados fáticos e jurídicos que devem preencher o mosaico representado pelos níveis analíticos do crime; e todos eles integram a atribuição probatória do acusador.

³⁷¹ Embora também pontue a necessidade de uma interpretação sistemática, NOGUEIRA, *Ônus da prova das excludentes...*, p. 264 defende, como solução de *lege ferenda*, uma nova redação para o art. 156 do CPP, conjugando-o com os arts. 41 e 386, VI e VII, do CPP. Embora seja possível a mesma interpretação por meio do ordenamento vigente, como sustentamos, não se desconhece a relevância dessa proposta, vez que as disposições normativas precisam ser redigidas com clareza e precisão.

³⁷² Assim também NOGUEIRA, *Ônus da prova das excludentes...*, p. 270. Sustentando uma interpretação conforme à presunção de inocência do art. 156 do CPP: LOPES JR., *Direito processual penal*, p. 357; SANTIAGO NETO, *Estado democrático de direito e processo penal acusatório*, p. 123 e ss.; MACHADO, *Interpretação constitucionalmente adequada...*, p. 77; BARROS, *(Re)forma do processo penal*, p. 32-33, salientando, esta última, que uma interpretação literal do art. 156 do CPP viola a presunção de inocência. Em outra obra, a autora defende que uma “interpretação adequada [do art. 156 do CPP] deve levar em consideração o art. 386, VI e VII, do CPP, logo sempre que houver dúvida sobre o fato, sua materialidade, nexo de causalidade, elemento volitivo, tipicidade, ilicitude e culpabilidade deve o juiz absolver o acusado, já que a acusação não conseguiu se desincumbir de seu ônus probatório.” (BARROS, *Prisão e medidas cautelares*, p. 29).

³⁷³ Para além de ser a terminologia adotada pelo legislador, entende-se que o “*fato criminoso*” revela-se mais adequado do que o “*fato punível*”, pois a punibilidade é estranha ao fato em si. No entanto, isso não quer dizer que ela não integre outro elemento da pretensão do acusador: é possível alocá-la, por exemplo, no elemento de atividade, constituindo, por assim dizer, uma condição ao regular exercício e desenvolvimento da pretensão acusatória. Em outras palavras: mesmo que sob fundamento distinto, a punibilidade faz parte da carga probatória do acusador, tal como “todos os elementos necessários para a determinação da responsabilidade daquele que figura na condição de imputado” (FIGUEIREDO/SAMPAIO, *Cadeia de custódia*, p. 13).

³⁷⁴ NOGUEIRA, *Ônus da prova das excludentes...*, p. 263. Importante também a lição de BETTIOL, *Instituições...*, p. 299, para quem o acusador deve provar “todo o complexo dos pressupostos, elementos, condições e circunstâncias que tornam possível a aplicação da pena”. Apenas destaque-se que o fenômeno único é o crime, não a acusação. A imputação deve ser provada na sua integralidade, isto é, com relação a todos os dados fáticos por ela trazidos, e não como uma narrativa única. Segundo BADARÓ, *Processo penal*, p. 486, se a acusação encerra um conjunto de proposições fáticas teleologicamente interligadas, isso não impede que ela seja “provada em relação a cada um dos segmentos fáticos que a compõem, e não como um todo incindível”. Tal método deverá ser observado na decisão judicial, visto que a sua construção pelo julgador deve compor-se de um conjunto ordenado de enunciados fáticos que devem ostentar, cada um *per se*, corroboração probatória. Trata-se daquilo que TARUFFO, *Uma simples verdade*, p. 257 chama de perspectiva analítica, “segundo a qual todo e qualquer fato relevante (seja esse principal ou secundário) deve ser objeto de apuração específica”. Não obstante, referido autor pontua que isso não afasta a coexistência de uma perspectiva holística no contexto decisório, pois há, entre ambas, uma relação dialética: as provas são valoradas a partir da perspectiva analítica, mas, no momento decisório, o julgador constrói uma narrativa globalizada sobre a situação fática colocada à tutela jurisdicional. Dito de outro modo, se “todos os enunciados relativos aos fatos da causa tiverem sido adequadamente confirmados pelas provas, haverá todas as peças necessárias, podendo o juiz compor o mosaico de sua reconstrução dos fatos. Dentro desse, cada enunciado encontrará sua colocação apropriada, obtendo o significado que lhe corresponde no contexto da narrativa que compreende os fatos” (TARUFFO, *Uma simples verdade*, p. 258).

Desse modo, deve o acusador demonstrar todo o conteúdo da imputação por ele formulada, o que inclui o caráter antijurídico do fato e a culpabilidade do acusado³⁷⁵.

Em suma, a imputação não se limita ao tipo penal, incluindo também a inexistência dos pressupostos de uma causa justificante e a comprovação de que o injusto, uma vez formado, é imputável ao seu autor como sujeito capaz de portar-se conforme o Direito em condições de normalidade³⁷⁶. Contudo, a forma como esses aspectos serão trabalhados pode variar de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Como será exposto adiante, ao manter-se inerte com relação a determinado dado fático implicitamente imputado³⁷⁷, a parte onerada assume o risco de sua inércia nas hipóteses em que algum elemento disponível no caso concreto denote a incompatibilidade da situação de fato para com o dado supostamente implícito – sobre o qual não foram produzidas provas específicas.

³⁷⁵ Assim também MARQUES, *Do julgamento do fato incerto...*, p. 229: “Para se manter coerente ao conceito analítico de crime e, simultaneamente, descrever fato certo e delimitado, a imputação precisa necessariamente demonstrar os requisitos de tipicidade, ilicitude e culpabilidade, pois todos representam elementos constitutivos da infração penal.” De igual forma, MACHADO, *Interpretação constitucionalmente adequada...*, p. 87, para quem a imputação abrange “um acontecimento que se desdobra em três grandes narrativas (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) não passíveis de serem fatiadas e colocadas ao encargo probatório de cada uma das partes”.

³⁷⁶ Cf. MIR PUIG, *Significado y alcance de la imputación...*, p. 13.

³⁷⁷ É sempre bom frisar que não se trata de imputação implícita. Sobre isso, cf. nota nº 248.

4. O ÔNUS DA PROVA NA PRÁTICA PROCESSUAL PENAL

De antemão, faz-se necessário um esclarecimento. A mera leitura do título das subseções a seguir poderia sugerir um equívoco ou, no mínimo, um esquecimento por parte do autor: no âmbito dos aspectos práticos do ônus da prova no processo penal, não seria mais adequado iniciar com uma abordagem sobre “*quem*” e “*o que*” provar? Antecipando tais questionamentos, esclarece-se que esses dois aspectos, componentes da carga estática, foram objeto de análise nos capítulos anteriores; para evitar repetições, remete-se o leitor novamente a eles. Dito isso, três outras indagações podem ser feitas a partir das proposições colocadas ao longo deste trabalho.

4.1. Quando provar a inexistência de causas excludentes?

Em primeiro lugar, pergunta-se: quando provar a inexistência das causas de justificação e de exculpação?

A resposta a que se pretende chegar pressupõe, de início, a rejeição de duas concepções frequentemente reiteradas: primeiro, que o acusado possui ônus de gerar dúvida razoável sobre a existência de alguma causa excludente – ou de sua inocência em geral³⁷⁸; segundo, de forma relativamente mais branda, que a ele competiria o ônus de alegar a presença de tais causas³⁷⁹.

Embora distintas, ambas as posições encerram uma mesma implicação: condicionam o dever probatório do acusador à prévia atuação da defesa. Dessa forma, ainda que indiretamente, acabam por responder à pergunta feita: o acusador somente estaria obrigado a provar a inexistência de eventual causa de justificação ou exculpação quando o acusado tenha produzido dúvida sobre a sua ocorrência ou, no mínimo, a tenha alegado.

Com relação ao suposto ônus de gerar dúvida, tem-se que os reflexos da regra de julgamento no processo penal o tornam contraditório: se a dúvida se resolve em prol do acusado,

³⁷⁸ Nessa linha: GRECO FILHO, *Manual...*, p. 243 e ss.; CAGLIARI, *Prova no processo penal*, p. 90; DEZEM, *Curso de processo penal*, p. 621; HADDAD, *Conteúdo e contornos...*, p. 219; SILVA, *Curso de processo penal*, p. 112. Próximo: MALATESTA, *A lógica das provas em matéria criminal*, p. 145-146: “O acusado que apresenta uma justificação ou uma desculpa, ao contrário, não incorre na obrigação da prova completa; basta que a sua asserção seja crível”. Especificamente sobre uma causa de exculpação: CARVALHO, *Inexigibilidade de conduta diversa*, p. 160.

³⁷⁹ CUERDA RIEZU, *La prueba de las eximentes en el proceso penal*, p. 11; DE-LORENZI, *Ônus da prova no processo penal*, p. 05. Também há autores que, embora não o afirmem de modo explícito, partem da ideia de que, alegada uma excludente pela defesa, surge, para o acusador, a necessidade de afastá-la, o que dá a entender que o acusado está onerado com a alegação: MIRZA, *Processo justo*, p. 557; NOGUEIRA, *Ônus da prova das excludentes...*, p. 268-269.

e se estar em dúvida significa carecer de certeza³⁸⁰, pode-se inverter a lógica e dizer, *a contrario sensu*, que ao acusador incumbe afastar toda e qualquer dúvida para que permita, ao julgador, um juízo de certeza³⁸¹.

A dúvida se coloca como meio-termo entre a certeza e a ignorância, que são os dois extremos anímicos relativos ao conhecimento dos fatos imputados³⁸². Assim, se a dúvida sobre um fato é suficiente à absolvição, exige-se, para a condenação, a certeza – que nada mais é do que “o estado de ânimo em virtude do qual se estima uma coisa como induvidosa”³⁸³.

O acusado pode querer produzir prova de alguma excludente ou de sua inocência em geral, mas isso se insere na esfera do interesse, e não do ônus³⁸⁴. Tal concepção está em consonância com a ideia de distribuição do risco pela perda de uma chance: se o acusado porventura deixar de aproveitar a oportunidade de demonstrar o que lhe interessa, ficará sujeito aos riscos decorrentes da sua inércia processual, mas sem que isso configure um prejuízo imediato³⁸⁵. Eventual prejuízo, nesse caso, não advém propriamente da sua inércia, mas de um possível aproveitamento, por outrem, da chance que lhe foi conferida. Por essa razão, não há que se falar em ônus de gerar dúvida.

No que se refere à atribuição do ônus de alegar causas de justificação e de exculpação ao acusado, também não parece correta em termos técnicos. É possível que o acusador tenha de direcionar a sua atividade probatória à demonstração da inexistência de uma causa excludente

³⁸⁰ SENTÍS MELENDO, *In dubio pro reo*, p. 20.

³⁸¹ Cf. BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal*, p. 320: “Afirmar que, para ser absolvido, o acusado tem o encargo de gerar uma dúvida sobre a excludente equivale a afirmar que o Ministério Público tem o ônus de comprovar plenamente que não ocorreu a excludente, para que o acusado seja condenado”.

³⁸² BADARÓ, *Processo penal*, p. 494; MALATESTA, *A lógica das provas em matéria criminal*, p. 19.

³⁸³ BADARÓ, *Processo penal*, p. 494.

³⁸⁴ Nessa linha, DE-LORENZI, *Ônus da prova no processo penal*, p. 05: “Portanto, embora não haja um ônus (em sentido jurídico), o exercício do direito de produzir provas pode, por vezes, ser a melhor estratégia defensiva e aumentar as chances de uma decisão favorável. O que não se pode é exigir demonstração do fato pela defesa sob ameaça de uma decisão desfavorável”. Cf., também, TAVARES/CASARA, *Prova e verdade*, p. 104; BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal*, p. 324; MARQUES, *Do julgamento do fato incerto...*, p. 206; AMARAL, *Política da prova e cultura punitiva*, p. 416.

³⁸⁵ Cf. AMARAL, *A pré-ocupação de inocência...*, p. 95-96: “Não havendo qualquer carga para a defesa, o problema apenas poderá pôr-se na dimensão da perda de uma chance em virtude de um risco de não obter o sucesso na decisão final”. Assim, ainda que não possua o encargo de aportar prova, ao optar pela inércia probatória, o acusado perde uma chance e assume os riscos de sua inatividade. Tal concepção pressupõe uma análise do processo a partir da sua realidade concreta, enfatizando o seu caráter dinâmico diante da atividade das partes ao longo do procedimento. Em suma, toda ação ou omissão da parte no processo é crucial na determinação da sua situação jurídica: se confirmada a expectativa, aumenta-se a probabilidade de uma decisão favorável; se quebrada, mais provável será uma decisão contrária aos interesses da parte inerte. Em certa medida, coaduna-se tal compreensão com o tema do ônus tático da prova, que será abordado na próxima subseção. Sobre a distribuição do risco, cf. também LOPES JR., *Fundamentos do processo penal*, p. 215 e ss.

mesmo sem qualquer alegação defensiva, mormente em se tratando de circunstância controversa extraída do acervo probatório. Aqui, uma vez mais, o que se pode reconhecer é o interesse do acusado em formular tal alegação.

Não há dúvidas que a inércia defensiva em matéria probatória geralmente não é uma boa estratégia, mas continua sendo uma estratégia possível. Depende, quase sempre, de atuação proativa da defesa a introdução, no processo, de teses contrárias à hipótese acusatória. Porém, sendo possível – ainda que remotamente – que surja controvérsia sobre a ocorrência de determinada excludente sem qualquer manifestação da defesa, não subsiste razão para imputar previamente ao acusado o ônus da alegação³⁸⁶.

É claro que o acusado pode ver-se taticamente onerado com a alegação de alguma tese defensiva ou com a produção de provas capazes de gerar alguma sorte de dúvida à convicção do julgador. Mas não se trata da mesma forma de oneração probatória, visto que a carga tática situa-se no âmbito da estratégia; não há vinculação do resultado à atividade do acusado, mas sim um interesse em agir para favorecer sua posição. Isso será aprofundado na subseção seguinte.

Resta, então, definir em quais situações será necessário ao acusador demonstrar a inexistência de eventuais causas excludentes, ou se isso deve ser feito invariavelmente em todo e qualquer caso. De antemão, rejeita-se a segunda hipótese: não é razoável exigir que toda peça acusatória contenha tópicos específicos destinados à demonstração da inoccorrência de todas as justificantes e exculpantes admitidas no Direito brasileiro; além de contraproducente, tal exigência seria, por vezes, até mesmo ilógica.

A exigência de demonstração inequívoca da inexistência de eventuais excludentes deve ser pautada no caso concreto³⁸⁷. A análise da ausência de causas de justificação ou exculpação varia conforme a situação: em certos casos, sua inoccorrência está implícita nos elementos

³⁸⁶ Cf. BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal*, p. 323-324: “Se não foi alegada, por exemplo, a legítima defesa, dificilmente surgirá no processo uma prova qualquer capaz de gerar uma dúvida razoável de que o acusado teria agido acobertado por tal excludente. Contudo, caso eventualmente surja tal prova, mesmo que não alegado pela defesa, o juiz deverá considerá-la e, em caso de dúvida, absolver o acusado. [...] Na grande maioria dos casos, a questão específica sobre a existência da excludente surge em decorrência de alegação do acusado. Contudo, por não se tratar de exceção em sentido estrito, é possível que a questão surja em decorrência das provas produzidas, independentemente de qualquer alegação defensiva.”

³⁸⁷ Nessa linha, NOGUEIRA, *Ônus da prova das excludentes...*, p. 268: “A necessidade, portanto, de se exigir da acusação de antemão a prova da ausência de uma excludente deve advir do caso concreto, não sendo obrigatório em todos os casos discutir a presença ou não de uma excludente. Por exemplo, não há essa necessidade de provar a maioridade penal de uma pessoa aparentemente idosa”.

disponíveis; porém, havendo qualquer elemento que sugira o contrário ou alguma alegação verossímil³⁸⁸ da defesa, deve ser expressamente rechaçada pelo acusador.

Como nem todo processo demanda atividade probatória específica do acusador quanto aos juízos de antijuridicidade e de culpabilidade, e como nem toda sentença examina a ausência de causas excludentes de maneira individualizada, há quem retire da acusação o ônus de provar tais circunstâncias. Numa análise puramente empírica, realmente parece correto dizer que “o cotidiano forense demonstra que a acusação não produz prova acima da dúvida razoável da não ocorrência de todas as causas excludentes previstas em lei ou reconhecidas na jurisprudência”³⁸⁹, razão pela qual “o ônus da prova da acusação seria o de provar a ausência de uma eximente somente quando parem dúvidas razoáveis quanto a sua presença”³⁹⁰.

Sem embargo, por mais que, numa perspectiva descritiva, só se espere do acusador a demonstração da inexistência de excludentes quando houver alguma dúvida sobre elas, isso não implica dizer que o acusado possui o ônus de gerá-la. Não é a prática que deve ditar a teoria. Do contrário, o que dizer de processos que envolvem, por ex., o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, CP³⁹¹)? O cotidiano forense demonstra que o conhecimento do agente acerca da idade da vítima – e de outras circunstâncias pertencentes à tipicidade – também não é problematizado e muito menos objeto de verificação probatória pormenorizada em todos os casos, mesmo integrando o tipo subjetivo, e ainda assim não se retira do acusador o *onus probandi* sobre tal circunstância. Ainda que indiretamente, a prática acaba por onerar o acusado também com relação à inexistência de certos pressupostos da realização típica, sem que assim o faça a teoria.

Propõe-se, pois, o entendimento de que eventual ausência de aferição específica sobre determinada circunstância que integre quaisquer dos elementos analíticos do delito não equivale à sua dispensabilidade, apenas sugerindo que a sua presença ou ausência está implícita nos dados imputados pela versão acusatória. Tal situação, contudo, pode ser alterada diante de alguma indicação em sentido contrário, extraída do acervo probatório ou de alegação verossímil do réu.

³⁸⁸ Por alegação verossímil, leia-se: alguma hipótese fática que guarde verossimilhança, mesmo que mínima, com as informações probatórias existentes no processo.

³⁸⁹ MORAIS, *A derrotabilidade da acusação...*, p. 137.

³⁹⁰ MORAIS, *A derrotabilidade da acusação...*, p. 140.

³⁹¹ “Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.”

É nesse contexto que, para melhor compatibilizar a teoria com a prática, evitando uma abstração teórica excessiva, deve-se buscar uma forma de sistematizar a dúvida em diferentes níveis, a fim de perquirir uma categoria intermediária, situada abaixo da dúvida razoável, que seja suficiente para exigir atividade acusatória.

Embora se reconheça que tal proposição demanda maior aprofundamento no campo dos *standards* probatórios, é possível, desde já, delimitar um critério mais rigoroso: ao formular a imputação, o acusador assume o risco de ver sua pretensão rejeitada caso surja alguma suspeita, ainda que mínima, acerca de determinado segmento fático sobre o qual manteve-se inerte.

Assim, a exigência de atividade probatória específica pelo acusador não deve se limitar aos casos em que haja dúvida razoável quanto às circunstâncias anteriormente tidas como implícitas, mas sempre que houver *mínima suspeita*³⁹², seja baseada em evidência concreta alheia à defesa, seja baseada em alegação defensiva verossímil.

Isso não quer dizer que o acusado estará onerado com a produção dessa *mínima suspeita*, pelas mesmas razões expostas quanto ao suposto ônus de gerar dúvida. E também não quer dizer que qualquer alegação enseje, automaticamente, uma resposta probatória do acusador: nem toda alegação cria a suspeita exigida para tanto, mas só aquelas dotadas de verossimilhança³⁹³.

A opção por não produzir prova sobre a inocorrência dos pressupostos de determinada causa de justificação ou de exculpação insere-se no âmbito da assunção de um risco: se a versão acusatória contava com a implicitude de determinada circunstância, a emergência de uma *mínima suspeita* de incompatibilidade conduzirá à improcedência da imputação.

Nessa situação, duas opções surgem como possíveis a depender do momento processual: caso a suspeita surja em momento incipiente, ou até mesmo em fase pré-processual, o acusador ainda poderá liberar-se do seu encargo; contudo, caso surja em momento já avançado, como, por ex., ao final da instrução, o processo resolver-se-á em favor do acusado, pois foi opção do acusador manter-se inerte e assumir o risco quando poderia ter diligenciado à melhor elucidação do fato constitutivo, perdendo, assim, a sua chance probatória³⁹⁴.

³⁹² Termo usado por FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, p. 193: “Não, evidentemente, que a propósito de qualquer crime o tribunal tenha que indagar, autônoma e exaustivamente, da inexistência de causas justificativas; mas tem que o fazer, não só quando tal lhe seja alegado, mas sempre que surja a mínima suspeita da possível existência de uma qualquer daquelas causas”.

³⁹³ Próximo: GENTIL/PAULO, *Excludente de ilicitude verossímil...*, p. 176.

³⁹⁴ Sobre a perda de uma chance probatória, cf. MORAIS DA ROSA/RUDOLFO, *A teoria da perda de uma chance probatória aplicada ao processo penal*, p. 470: “Assim é que se afirma a possibilidade de aplicação da Teoria da Perda de uma Chance para fundamentar, em cada caso específico, a absolvição por falta de provas possíveis, as quais

Na acusação, imputam-se todos os elementos constitutivos do delito, ainda que de forma implícita: o acusador está, inexoravelmente, afirmando a ocorrência do fato constitutivo. Caso entenda que determinado fato está implícito e isso posteriormente deixar de ser crível, sem que haja alguma atuação complementar capaz de sanar tal vício, acabará por sucumbir no mérito³⁹⁵, dada a ausência de comprovação da integralidade do fato constitutivo.

Por isso, não parece correto atribuir ao acusado, mediante uma análise descritiva da prática forense, o ônus da prova propriamente dito quanto às causas de justificação e de exculpação. Como visto, atribui-se integralmente ao acusador o ônus da prova quanto ao conteúdo da imputação – que não se resume no fato típico, por mais que algumas circunstâncias estejam apenas pressupostas na narrativa acusatória. No prisma estático, o acusado não ostenta ônus objetivo, pois a dúvida sobre qualquer dado imputado lhe favorece³⁹⁶, e tampouco ônus subjetivo, pois a dúvida não precisa decorrer de atuação defensiva.

4.2. O acusado possui ônus da prova no processo penal?

Se a carga probatória estática é integralmente atribuída ao acusador, mas a sua atuação específica quanto às excludentes pressupõe *mínima suspeita* sobre elas, poder-se-ia dizer que o acusado tem o ônus de produzi-la? Com isso, abre-se espaço para a segunda pergunta: o acusado possui algum ônus da prova no processo penal?

As considerações tecidas na subseção anterior não implicam afirmar que o acusado jamais possa encontrar-se onerado com a inserção de determinada alegação fática no processo ou até mesmo com uma atuação ativa capaz de gerar dúvida sobre fato relevante. Embora, no plano estático, o acusado não suporte qualquer *onus probandi* em matéria criminal – seja pelos reflexos

poderiam ter sido produzidas, mas não o foram (por dolo ou culpa dos agentes estatais), de modo que se supera a mera condenação por indícios e/ou provas rarefeitas, dando-se prevalência a importância de produção de todas as provas possíveis pela acusação”.

³⁹⁵ Isso porque, como aduz TARUFFO, *Uma simples verdade*, p. 261, “se o autor não alega o fato constitutivo, o ato introdutivo é nulo; se alega e não prova, o ato introdutivo é válido, mas ele sucumbe no mérito”.

³⁹⁶ Mantendo estrita coerência com o que foi sustentado quanto às regras processuais advindas da presunção de inocência, mostra-se mais adequado dizer que a dúvida lhe favorecerá se houver prévia produção probatória pelo acusador; caso contrário, a *mínima suspeita* já deve ser suficiente para lhe favorecer, pois o fundamento aqui é distinto: conquanto a dúvida infirme a certeza (= regra de julgamento), a *mínima suspeita* se presta a superar a inatividade probatória (= regra probatória). Não obstante, reconhece-se que tal posição demanda estudos complementares no campo dos *standards* de prova.

da presunção de inocência, seja pelos elementos que compõem a pretensão acusatória –, isso não o isenta da apresentação de provas ou argumentos convincentes em certas ocasiões.

Em determinados contextos, a inércia probatória ou argumentativa do acusado, ainda que não lhe acarrete *per se* um prejuízo, provavelmente importará em decisão desfavorável. Em outros termos, quando há nos autos prova suficiente a sustentar a versão acusatória, o acusado há de atuar para infirmá-la, embora não seja compelido a fazê-lo. Situações dessa natureza fazem com que o acusado se veja taticamente onerado com a produção de prova ou com a apresentação de argumento capaz de lastrear a versão por ele trazida ou de desacreditar a versão acusatória.

O acusado, portanto, pode ser acometido por um ônus tático da prova, entendido como “uma avaliação hipotética feita em um determinado momento por cada parte para tentar determinar se ela ganhará ou perderá o caso”³⁹⁷ na ausência de novos elementos probatórios ou argumentativos. Essa concepção da carga tática decorre das múltiplas situações jurídicas constatadas no processo, que compreendem as expectativas da sentença a partir do estado da causa para determinada parte³⁹⁸.

Cuida-se de um instituto essencialmente dinâmico, sujeito a oscilações, que pode se transferir de uma parte à outra ao longo do curso processual, “pois depende de quem tem o argumento vencedor em um determinado momento do julgamento”³⁹⁹:

O ônus tático da prova é automaticamente induzido pelo jogo argumentativo para testar o *status* dialético de um argumento, aplicado a qualquer estágio do processo: em um determinado estágio, uma parte tem um ônus tático da prova em relação a uma questão se as evidências e os argumentos fornecidos até o momento levarem a uma avaliação dessa questão de forma contrária a essa parte (e que, portanto, provavelmente seria concluída pelos julgadores do fato se nenhum novo elemento fosse fornecido a eles antes do final do processo)⁴⁰⁰.

Não se trata de um instituto “atribuído por lei, mas induzido pela natureza derrotável do raciocínio e pela qualidade estimada das evidências e dos argumentos produzidos até o

³⁹⁷ BEX/WALTON, *Burdens and standards of proof for inference to the best explanation*, p. 118.

³⁹⁸ GOLDSCHMIDT, *Derecho, derecho penal y proceso*, p. 279. A avaliação tática da prova é um reflexo do caráter escalonado do processo penal, inserindo-se na lógica das cargas processuais – e das situações jurídicas – que o compõem. Para melhor contextualização, cf. LOPES JR., *Fundamentos do processo penal*, p. 254: “O processo penal é um sistema escalonado e, como tal, para cada degrau, é necessário um juízo de valor. Essa escada é triangular, pois pode ser progressiva como também regressiva. A situação do sujeito passivo passa de uma situação mais ou menos difusa à definitiva com a sentença condenatória ou pode voltar a ser difusa e dar origem a uma absolvição”. Em síntese conclusiva, tem-se que “a situação jurídica do sujeito passivo é contingente, provisional e de progressiva (ou regressiva) determinação” (LOPES JR., *Fundamentos do processo penal*, p. 254).

³⁹⁹ BEX/WALTON, *Burdens and standards of proof for inference to the best explanation*, p. 118.

⁴⁰⁰ Tradução livre de PRAKKEN/SARTOR, *A Logical Analysis of Burdens of Proof*, p. 242.

momento”⁴⁰¹. Expressa a “possibilidade de acusação e defesa realizarem uma prognose da futura sentença, de forma a decidir por uma atuação mais ou menos ativa na produção probatória”⁴⁰².

Em síntese, o ônus tático traduz a necessidade de que a parte sopesse o risco de uma solução processual desfavorável caso não produza alguma prova adicional ou não proporcione uma linha argumentativa coesa: é uma questão de avaliação tática⁴⁰³, na qual o sujeito indaga “se sua explicação é atualmente a melhor e se ela supera as outras explicações por uma margem específica, dependendo do *standard* de prova”⁴⁰⁴. A premissa central dessa forma de oneração é que a valoração quantitativa e qualitativa, pelas partes, das informações presentes no processo pode conduzir a “constantes alterações táticas e de estratégia”⁴⁰⁵.

Deve-se consignar que essa avaliação tática não se confunde com a doutrina do ônus dinâmico da prova, trabalhada no âmbito do processo civil. Naquela seara, possibilita-se ao julgador⁴⁰⁶ a dinamização do ônus da prova conforme as peculiaridades do caso concreto⁴⁰⁷. Em certos casos, opera-se “a transferência do ônus da prova de determinado enunciado fático para a parte que originalmente não estava onerada”⁴⁰⁸. No processo penal, a seu turno, é vedada a inversão do ônus da prova e a transferência, para o acusado, da carga estática atribuída ao acusador⁴⁰⁹. Vê-se, portanto, que o ônus tático, enquanto análise estratégica realizada pelas partes, diferencia-se frontalmente da noção dinâmica atinente ao processo civil.

⁴⁰¹ Tradução livre de PRAKKEN/SARTOR, *A Logical Analysis of Burdens of Proof*, p. 226-7. Assim também MORAIS, *A derrotabilidade da acusação...*, p. 95: “o ônus tático da prova é uma situação que não decorre diretamente da lei ou de ordens judiciais, mas advém da lógica de solução racional do processo, já que os sujeitos processuais deverão manter perene a avaliação dos meios de prova com vistas a tentar prever o resultado da atividade probatória e, dessa forma, antecipar-se à decisão desfavorável”.

⁴⁰² MORAIS, *A derrotabilidade da acusação...*, p. 127.

⁴⁰³ PRAKKEN/SARTOR, *A Logical Analysis of Burdens of Proof*, p. 228.

⁴⁰⁴ Tradução livre de BEX/WALTON, *Burdens and standards of proof for inference to the best explanation*, p. 119.

⁴⁰⁵ MORAIS DA ROSA, *Guia compacto do processo penal...*, p. 181.

⁴⁰⁶ A dinamização da carga probatória somente ocorre mediante decisão judicial (PAOLINELLI, *O ônus da prova no processo democrático*, p. 125).

⁴⁰⁷ Trata-se, segundo CARPES, *Ônus da prova no novo CPC*, p. 106, da “flexibilização do esquema básico, ou a dinamização daquele modelo estático previsto na lei, em determinados casos concretos, especialmente naqueles em que, face a suas peculiaridades, a prova revela-se excessivamente difícil para a parte onerada e, em contrapartida, mais facilitada àquela inicialmente desonerada”. É o que ocorre, por ex., nos casos de hipossuficiência do consumidor (art. 6º, VIII, CDC).

⁴⁰⁸ CARPES, *Ônus da prova no novo CPC*, p. 106-107.

⁴⁰⁹ Apesar disso, na prática, as regra processuais da presunção de inocência são recorrentemente violadas mediante ilegítimas inversões do ônus da prova e resoluções de incertezas em desfavor do acusado, conforme abordado nas notas nº 333 e 334 – às quais remete-se o leitor.

Desse modo, denota-se que o ônus tático não impõe a obrigatoriedade de produzir provas e tampouco exige que o acusado se desincumba de qualquer carga probatória⁴¹⁰. Quer dizer, isso

⁴¹⁰ Para melhor visualização, imagine-se o seguinte caso: “X”, maior de idade, é acusado da prática do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, CP) contra a vítima “Y”, que possuía 13 anos à época dos fatos, mas aparentava possuir muito mais. O ato libidinoso foi praticado, consensualmente, em um bar movimentado da cidade, à vista de todos, chegando posteriormente ao conhecimento do *Parquet*, que ofereceu denúncia em desfavor de “X”. Após regular desenvolvimento do feito, a defesa entendeu por focar em questões de índole processual, deixando de problematizar o conhecimento de “X” sobre a idade de “Y”. Contudo, quando da colheita do depoimento de “Y” durante a instrução, o julgador percebe que se trata de alguém com aparência incompatível com uma pessoa de 13 anos, surgindo, com isso, uma *mínima suspeita* sobre o conhecimento de “X” acerca da idade da vítima, mormente em se considerando que ambos estavam em um ambiente frequentado por adultos. Em tal situação, fato é que as peculiaridades do caso concreto fariam com que o acusado se encontrasse taticamente onerado com a tese do erro de tipo (art. 20, CP), devendo atuar para gerar no julgador alguma sorte de dúvida acerca do seu conhecimento quanto à idade de “Y”, seja com a mera alegação de que a vítima parecia mais velha, seja com atividade probatória propriamente dita. Contudo, a despeito da inércia defensiva, que se limitou a questionar, por ex., a qualidade das provas, a sentença deverá ser absolutória porquanto a aparência da vítima e o local em que se encontrava, ainda que tais circunstâncias não tenham sido exploradas pela defesa, foram capazes de infirmar a implicitude da versão acusatória. Desse modo, mesmo ostentando ônus tático de alegar e de gerar dúvida, a inércia do acusado, nesse caso, não lhe prejudicou; ao contrário, restou prejudicada a versão acusatória, pois, embora inicialmente implícita na imputação e sem que houvesse instrução específica sobre tal circunstância, o tipo subjetivo restou infirmado pela *mínima suspeita* extraída de elemento do caso concreto. Considere-se, agora, uma possível variável para o caso: o processo teve um curso lento, demorando vários anos para que se realizasse a audiência de instrução e julgamento. Quando da colheita de seu depoimento em juízo, “Y” já possuía 18 anos. Mesmo aparentando ser mais velha, é provável que não surgisse à convicção do julgador qualquer dúvida sobre o conhecimento de “X” acerca da idade da vítima à época dos fatos. Em síntese, o longo lapso temporal entre a data dos fatos e a fase instrutória não induziria a mesma conclusão da variável anterior. Assim sendo, a inércia do acusado, diferentemente do primeiro caso, significaria sentença penal condenatória, o que permite concluir que uma avaliação estratégica do feito ensejaria atuação defensiva a fim de questionar a ocorrência do tipo subjetivo. Algumas conclusões podem ser extraídas dos exemplos acima: (i) o ônus do acusado é meramente tático; (ii) o ônus tático do acusado pode englobar elementos da tipicidade, não se limitando às causas excludentes; (iii) a *mínima suspeita* é suficiente quando o acusador não produziu prova anteriormente; (iv) não há ônus subjetivo para o acusado, vez que a suspeita não adveio de sua atuação e mesmo assim lhe favoreceu; (v) a alegação do erro de tipo seria verossímil e ensejaria *per se* atividade probatória ministerial capaz de a descridibilizar; (vi) não se atingiu o nível sistemático da regra de julgamento, resolvendo-se a situação no plano anterior: sequer fez-se necessária a constatação de um grau mais elevado de dúvida. Quanto à última conclusão, para evitar um impasse normativo, é possível robustecer tal proposta com base em uma diferenciação das hipóteses absolutórias do Código de Processo Penal: o inadimplemento do ônus objetivo da prova ensejaria aplicação do art. 386, VI, pois, em tais situações, há fundada dúvida (utilizando a terminologia legal), ou da cláusula genérica de insuficiência probatória do art. 386, VII. Os casos de *mínima suspeita* não infirmada, por sua vez, seriam solucionados por meio do art. 386, II, III ou V, a depender. Ademais, essa proposta se relaciona com as regras processuais advindas da presunção de inocência: no primeiro caso, estar-se-ia falando da regra de julgamento; nos demais, do inadimplemento da regra probatória. Outra solução possível, porém distinta, é apresentada por MARQUES, *Do julgamento do fato incerto...*, p. 191 e ss.: o autor sustenta que a dúvida não pode se converter em declaração de insuficiência probatória, tendo em vista os prejuízos não apenas jurídicos, mas sociais, impostos ao acusado por conta desse fundamento absolutório. Assim, o autor propõe readequar o *in dubio pro reo* “à amplitude do estado jurídico de inocência e convertê-lo em uma absolvição fundamentada na inexistência de provas” (MARQUES, *Do julgamento do fato incerto...*, p. 192). A adoção dessa segunda proposta acabaria por impedir, ainda que a nível normativo, a categorização das hipóteses absolutórias sugeridas pela primeira proposta, pois visa reconduzir toda e qualquer dúvida – inclusive a *mínima suspeita* – à inexistência de provas. Por isso, não admite a distinção entre inatividade probatória (= *mínima suspeita* não infirmada) e insuficiência probatória (= dúvida razoável), impondo uma certa homogeneização dos fundamentos de absolvição. No entanto, como pretendido pelo autor, acaba por privilegiar ainda mais o estado de inocência, surtindo efeitos em outros ramos do Direito, razão pela qual não se opõe à sua adoção. O imprescindível mesmo é que a inércia acusatória, sobretudo quanto a algum dado implícito que se revele controvertido, conduza à absolvição.

sim, que a sua inércia, nessas hipóteses de prognóstico negativo, significa assumir um alto risco de improcedência quanto à sua versão dos fatos⁴¹¹.

Em suma, se a avaliação estratégica do acervo probatório incutir na parte a probabilidade de que a sua versão venha a sucumbir diante da versão contrária, estará ela taticamente onerada em sede probatória (= produção de nova prova) ou argumentativa (= formulação de novo argumento com base nas provas já produzidas)⁴¹², de modo a contrariar a provável vantagem da parte adversa⁴¹³⁻⁴¹⁴. Esse é o ônus passível de ser atribuído ao acusado, o que não implica relativizar o encargo acusatório de provar a imputação como um todo, vez que a oneração tática geralmente pressupõe prévia e suficiente atividade probatória ministerial.

O decisivo, portanto, não é a liberação do ônus tático defensivo, mas a constatação da *mínima suspeita*, na hipótese de inatividade probatória, ou da dúvida razoável, na hipótese de prévia produção probatória. Em certos casos, é óbvio que essa constatação somente será atingida com a liberação da carga tática, mas isso não é uma regra.

Tem-se, pois, que é comum a defesa encontrar-se taticamente onerada – com a alegação e/ou com a atividade probatória – quanto às mais variadas circunstâncias fáticas, sejam referentes às causas excludentes, sejam referentes aos elementos que integram a tipicidade.

Conclui-se, assim, que o ônus estático da prova no processo penal é de total incumbência do acusador, restando ao acusado o mero ônus tático, a partir de sua avaliação estratégica.

4.3. Como provar a inocorrência de causas excludentes?

Por derradeiro, eis a última indagação: como provar a inexistência de causas excludentes?

A objeção geralmente feita concerne à exigência de prova de fato negativo, na lógica da *negativa non sunt probanda*. Esse problema, aliás, não afeta apenas as causas excludentes, senão

⁴¹¹ SOUSA MENDES, *A incerteza factual e a prova no processo penal*, p. 1077; MORAIS, *A derrotabilidade da acusação...*, p. 131.

⁴¹² MORAIS, *O ônus da prova e a presunção de inocência...*, p. 47.

⁴¹³ SOUSA MENDES, *A incerteza factual e a prova no processo penal*, p. 1077.

⁴¹⁴ Fornecendo uma abordagem semelhante à avaliação estratégica sustentada, porém explicando a dinâmica probatória do processo penal a partir da teoria dos jogos, tem-se MORAIS DA ROSA, *Guia compacto do processo penal...*, p. 182: “No decorrer da batalha probatória, eventual sucesso parcial não necessariamente conduz à vitória, justamente porque o impacto pode ser revertido pelas jogadas posteriores. Daí que a manutenção das vitórias parciais (subjogos) deve se dar a todo momento, transformando a atitude de ataque em atitude defensiva. Dito de outra forma, obtidos significantes suficientes para condenação, a juízo do acusador, a postura passa a ser a de defender o universo probatório já alcançado. A reciprocidade de lugares (ataque e defesa) variam no decorrer do processo. Ainda que a defesa nada tenha que provar, a assunção de postura passiva ignora a lógica da guerra”.

que se estende à atividade probatória como um todo. No entanto, a questão central no exame da inviabilidade de demonstração probatória de determinado fato não reside na sua natureza positiva ou negativa, mas na sua (in)determinação. Assim, não há que se falar em impossibilidade ou desnecessidade de prova tão somente em virtude da sua natureza negativa.

A partir de uma mera inversão de sinais, percebe-se que toda afirmação também pode ser vista como uma negação. Ao afirmar-se algo, nega-se, de maneira implícita, o contrário dessa afirmação: uma proposição afirmativa não pode coexistir com a sua própria negação. Em outros termos, “quando se atribui a uma coisa um predicado, negam-se todos os predicados *contrários* ou *diversos* dessa coisa”⁴¹⁵.

Assim, em se tratando de fato negativo, porém determinado, existem formas diversas de se abordá-lo no contexto probatório. Embora o fato negativo possa vir a ser diretamente objeto de prova⁴¹⁶, importa analisar as situações nas quais ele não enseja prova direta.

Pode-se destacar duas abordagens distintas.

Primeiro, é possível demonstrar um fato positivo incompatível com a negação de outro fato⁴¹⁷: a prova de que “X” foi intimado da decisão que concedeu medidas protetivas em seu desfavor, proibindo-lhe de se aproximar de sua ex-companheira “Y”, exclui, ao menos em tese, a possibilidade de que ele não soubesse da existência dessa proibição. Segundo, é possível demonstrar um fato positivo incompatível com o próprio fato negado⁴¹⁸: a prova de que “X” estava em Belo Horizonte no momento em que um crime é cometido no Rio de Janeiro exclui, ao menos em tese, a possibilidade de que seja ele o autor da prática delitiva. No primeiro caso, trata-se de uma incompatibilidade lógica; no segundo, de uma incompatibilidade empírica⁴¹⁹.

No que tange à inocorrência das causas excludentes, o acusador deverá demonstrar os fatos positivos empiricamente incompatíveis com os seus pressupostos.

⁴¹⁵ CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*^{II}, p. 446.

⁴¹⁶ TARUFFO, *La prueba...*, p. 141. Em matéria penal, isso ocorre, por ex., com relação ao crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, CP): o fato negativo imputado (= deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes) poderá ser diretamente provado pela via documental.

⁴¹⁷ TARUFFO, *La prueba...*, p. 142, que oferece o seguinte exemplo: “se se prova que Tício é proprietário de um terreno em L, exclui-se a possibilidade de ele não ser proprietário de nenhum terreno” (tradução livre).

⁴¹⁸ TARUFFO, *La prueba...*, p. 142, que usa o álibi como exemplo: “não é verdade que Tício estava em L num determinado momento, pois está provado que nesse momento ele estava em P” (tradução livre).

⁴¹⁹ Cf. TARUFFO, *La prueba...*, p. 142: “Deve-se observar que estas duas últimas hipóteses não só não coincidem, como são antes opostas, em função da relação distinta entre o fato efetivamente provado e o fato negativo: na primeira delas, com efeito, o resultado da prova demonstra um fato incompatível com a negação de X e, portanto, implica a rejeição da tese que se funda nessa negação; por outro lado, na segunda, o resultado da prova demonstra um fato incompatível com X e, portanto, demonstra a negação de X e a fundamentação da tese que pressupõe essa negação” (tradução livre).

Imagine-se o seguinte caso: “X” está sendo investigado pela possível prática do crime de homicídio contra a vítima “Y”, por tê-la empurrado ao chão, fazendo com que batesse a cabeça contra o meio-fio e, com isso, ocasionado a sua morte. Embora inicialmente não se tenha cogitado a ocorrência de alguma causa excludente, evidencia-se, durante as investigações, que “Y” havia desferido um soco em “X” antes de ser empurrado, provocando a reação do investigado. Desse modo, como surgiu *mínima suspeita* da ocorrência de legítima defesa, o acusador não poderá imputar o caráter antijurídico do fato de maneira implícita, sendo-lhe necessário demonstrar explicitamente a inoccorrência dos pressupostos da causa de justificação.

Suponha-se que as novas evidências não foram suficientes para alterar a *opinio delicti* do órgão ministerial, pois “Y” teria tentado se evadir imediatamente do local após desferir o soco. Em suma, após o golpe, “Y” virou-se e iniciou uma tentativa de fuga, buscando evitar qualquer reação de “X”. Este, entretanto, correu atrás de “Y” e, ao alcançá-lo, o empurrou pelas costas. Por consequência, a despeito da existência de uma prévia agressão injusta que pudesse ser justificadamente repelida, não havia mais o pressuposto de sua atualidade, fazendo com que inexistisse uma real situação de defesa por parte de “X”.

Nesse caso hipotético, o acusador deverá direcionar a sua atividade probatória à demonstração dos fatos positivos empiricamente incompatíveis com um dos pressupostos da legítima defesa (= caráter atual da agressão injusta). Não havendo tal demonstração, a decisão sobre o fato negativo deverá observar a “aplicação de regras que preveem as consequências da falta de prova do fato positivo correspondente”⁴²⁰, atraindo a incidência do *in dubio pro reo*.

Em síntese, são essas as diferentes razões pelas quais a objeção fundada na *negativa non sunt probanda* não merece acolhida: a impossibilidade probatória restringe-se aos fatos indeterminados, sejam eles positivos ou negativos⁴²¹.

⁴²⁰ TARUFFO, *La prueba...*, p. 141-142.

⁴²¹ Nessa linha, BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal*, p. 315 e ss.; HORTA, *Do ônus...*, p. 198; JARDIM, *O ônus da prova...*, p. 38; Diferenciando as negativas absolutas das relativas, DIDIER JR., *Curso de direito processual civil*^{III}, p. 139-140: “Negativa absoluta é a afirmação pura de um não fato, indefinida no tempo e/ou espaço; [...] Negativa relativa é a afirmação de um não fato, definida no tempo e/ou espaço, justificada pela ocorrência de um fato positivo”. Nesse sentido, o autor conclui que “somente os fatos absolutamente negativos (negativas absolutas/indefinidas) são insuscetíveis de prova – e não pela negatividade, mas, sim, pela sua indefinição”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apresenta-se, abaixo, uma síntese conclusiva do presente trabalho em diferentes tópicos, complementares entre si:

(i) A distribuição do ônus da prova entre os sujeitos processuais parciais, cujas linhas gerais foram delineadas majoritariamente no âmbito do processo civil, orienta-se por um critério pautado no interesse das partes em causa: incumbe à parte interessada a demonstração da incidência das normas que fundamentam a sua pretensão. Esse critério foi positivado na legislação processual civil, estabelecendo que o ônus da prova do autor recai sobre o fato constitutivo do seu direito, ao passo que o réu deve aportar meios de prova quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (art. 373, I e II, CPC).

(ii) Ainda que a formulação de conceitos e institutos jurídicos no bojo de uma teoria geral ou unitária do processo, aplicável aos mais variados ramos do direito processual, possa ensejar determinadas incompatibilidades, esse problema não precisa se estender ao ônus da prova. Contanto que as adaptações sejam feitas com cautela, as linhas gerais do instituto podem ser aplicadas no processo penal, sendo possível reaproveitar o critério do “fato constitutivo do direito do autor”.

(iii) Como o direito material em questão se trata do direito penal, são os elementos do conceito analítico de crime que fornecem a adaptação a ser feita. Em suma, se o direito debatido no processo é moldado pelos elementos que constituem o crime, eles seriam representativos do interesse das partes em contenda e a atribuição probatória sobre eles (= elementos do crime) seria repartida entre elas (= partes). Esse entendimento consolidou uma distribuição do ônus da prova no processo penal: grosso modo, o acusador estaria onerado com a prova dos elementos que compõem a tipicidade, enquanto o acusado teria o ônus de provar a ocorrência de alguma causa excludente da antijuridicidade ou da culpabilidade.

(iv) Portanto, dentro do critério supracitado, entendeu-se que o fato constitutivo seria o fato típico. Por sua vez, como a antijuridicidade e a culpabilidade são aferidas em termos negativos, isto é, pela ausência de causas que as excluam, firmou-se a compreensão de que seriam fatos excepcionais capazes de impedir a produção dos efeitos advindos do fato típico. Foi a partir desse entendimento que teve origem a inquietação central do presente trabalho: como sustentar que a adequação típica seria suficiente à exigibilidade do preceito secundário da norma

penal incriminadora? Se a peça acusatória deve descrever um fato criminoso, não seria insuficiente falar-se apenas no fato típico? As causas excludentes realmente se apresentam como fatos impeditivos ou a sua inocorrência integra a concretização do fato constitutivo?

(v) Para melhor elucidar o problema, propôs-se uma investigação de cunho analítico sobre o que viria a ser o “fato constitutivo do direito do autor” no âmbito do direito e do processo penal. O primeiro passo consistiu na identificação do direito do autor, a fim de viabilizar a análise do respectivo fato constitutivo. Também foram expostos os reflexos da presunção de inocência no instituto do ônus da prova, ressaltando-se que a fundamentação dogmática não lhe é incompatível, senão complementar.

(vi) Relativamente ao “direito do autor”, a doutrina geralmente o substitui pelas expressões “direito de punir” ou “pretensão punitiva”. Assim, após a exposição de ambos os conceitos, defendeu-se a inexistência do direito (subjetivo) de punir e o caráter extraprocessual e naturalmente insatisfeito da pretensão (material) punitiva. O primeiro (= direito de punir) é mais bem explicado como poder-dever de punir, atribuído ao julgador após a definitividade dos efeitos da condenação criminal, ao passo que a segunda (= pretensão punitiva) é substituída pela pretensão processual penal, ou apenas pretensão acusatória, a ser exercida pelo acusador.

(vii) A pretensão processual é composta por três elementos constitutivos, dentre os quais destaca-se o elemento objetivo: em matéria penal, corresponde ao fato criminoso que gera a pretensão punitiva, a qual deve ser canalizada pela via processual, ensejando a formulação da pretensão acusatória em juízo a fim de pleitear o reconhecimento judicial da culpa do suposto autor do fato e a consequente imposição e execução da sanção penal.

(viii) O fato gerador da pretensão acusatória não é o mero fato típico. Sua significação jurídica é proporcionada pelo conceito analítico de crime, que o define como fato típico e antijurídico, praticado por um sujeito dotado de culpabilidade. Os diferentes elementos do conceito, todavia, não podem ser desmembrados em distintas cargas probatórias a serem distribuídas entre acusador e acusado. Embora, por razões didáticas e metodológicas, sejam teoricamente separados, os elementos do crime são inseparáveis na prática. Isso porque a sua estratificação analítica não altera a realidade fenomênica, de modo que, no mundo real, ele continua sendo uma unidade.

(ix) O elemento objetivo da pretensão acusatória compreende precisamente essa unidade, impondo ao acusador a responsabilidade probatória sobre todas as circunstâncias fáticas do

acontecimento histórico. Em síntese, o conceito analítico espelha a significação jurídico-penal do fato criminoso, integrando a pretensão do acusador e, conseqüentemente, seu *onus probandi*: eis a fixação, no processo penal condenatório, do ônus estático da prova. Essa atribuição há de ser observada já no momento da instauração do processo por meio da aferição da justa causa, consubstanciada num suporte probatório reduzido sobre a imputação.

(x) Enquanto atribuição de um fato criminoso a alguém, a imputação não se limita ao elemento da tipicidade, abrangendo também, mesmo que de forma implícita, os demais elementos. No entanto, isso não quer dizer que todo caso penal demande atividade probatória específica quanto à inexistência de causas excludentes, pois determinados dados fáticos estão subentendidos na descrição da conduta típica. A título exemplificativo, se o acusador descreve que “X” matou “Y” com um tiro pelas costas, imputando-lhe a prática de homicídio qualificado, ele descreve, implicitamente, que “X” não agiu para repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. De forma resumida, a imputação inclui os dados fáticos compatíveis com a presença de todos os pressupostos necessários à adjetivação do fato como criminoso, assumindo, portanto, que o fato típico não está justificado e que o seu autor é culpável.

(xi) Isso não acarreta uma presunção da antijuridicidade da conduta e tampouco da culpabilidade do seu autor, já que o acusador permanece onerado com a demonstração probatória, direta ou indireta, de ambos os elementos. Trata-se tão somente de uma lógica implícita na narrativa acusatória, visto que os fatos nela descritos são incompatíveis com os pressupostos de qualquer causa excludente. A versão do acusador continua objetivamente onerada: ao manter-se inerte com relação a determinado dado implícito, ele assume o risco advindo dessa inércia; se, posteriormente, surgir algum elemento que denote o contrário, será ele o responsável por suportar o prejuízo. A fase processual será relevante nesse momento: se finda a instrução, o acusado deverá ser absolvido ante a ausência de provas; ainda sendo possível produzi-las, o acusador, caso mantenha intacta a sua *opinio delicti*, deverá demonstrar, explicitamente, o dado fático antes implícito sobre o qual pairou *mínima suspeita*.

(xii) O aspecto decisivo, portanto, é a constatação dessa *mínima suspeita*: sempre que algum elemento disponível nos autos ou alguma alegação verossímil da defesa tornar possível suspeitar de determinado dado fático implícito no conteúdo da imputação, o acusador deverá explicitá-lo, atuando ativamente, seja produzindo novas provas, seja apresentando nova linha argumentativa coesa, para desmontar a plausibilidade dessa suspeita.

(xiii) O acusado, a seu turno, não se vê estaticamente onerado com a produção de provas capazes de afastar o juízo positivo de determinado elemento do crime, nem mesmo da antijuridicidade e da culpabilidade: subjetivamente, a parte acusadora é onerada com a introdução de provas do fato constitutivo afirmado (= regra probatória); objetivamente, a versão acusatória é onerada nos casos em que permanecer incerto determinado fato relevante (= regra de julgamento). Observe-se que o ônus do acusado, sob o prisma estático, não subsiste nem mesmo por meio de um parâmetro reduzido (= ônus de alegar ou de gerar dúvida). Não há vinculação imediata da atividade defensiva ao mérito da sentença, como se determinada postura ativa de sua parte fosse imprescindível à evitação da pena ou ao desfecho do processo: no âmbito da dúvida, incumbe ao acusador afastá-la, permitindo, assim, um juízo de certeza; no âmbito da alegação, o acusado não precisa ser o responsável por inserir no processo a *mínima suspeita* sobre a ocorrência de causas excludentes; pode ser que algum elemento alheio à defesa assim o faça.

(xiv) Nada disso altera o fato de que o acusado, em grande medida, detém interesse na produção da maior quantidade de provas possível, buscando convencer o julgador de que a sua versão é mais plausível que a versão acusatória. A inércia defensiva, aliás, pode até mesmo ensejar nulidade por defesa técnica deficiente. Assim, afirmar que o acusado não possui ônus estático da prova não quer dizer que ele deva manter-se inerte no curso procedimental, aguardando que alguma obra do acaso o beneficie. Pelo contrário, deve, sempre que pertinente à sua defesa, atuar em prol da problematização da versão trazida pela acusação.

(xv) Na dinâmica probatória do processo penal, admite-se a atribuição ao acusado de um ônus tático da prova, que nada mais é do que uma avaliação estratégica e incidental destinada a averiguar se a decisão final lhe será favorável ou não caso não sobrevenha nova prova ou nova linha argumentativa. Não se trata de *onus probandi* no sentido técnico-jurídico, pois não se onera objetivamente a versão da defesa e tampouco se condiciona o resultado favorável à sua atividade probatória, tratando-se de mero juízo hipotético que visa a sopesar os riscos de improcedência quanto à sua versão dos fatos. Se o prognóstico lhe for desfavorável, o acusado estará taticamente onerado em sede probatória ou argumentativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Augusto Jobim do. *A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2014.

AMARAL, Augusto Jobim do. A pré-ocupação de inocência no processo penal. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 62, jan./jun. 2013.

AMARAL, Augusto Jobim do; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Direito de ação no processo penal: polêmicas e horizontes possíveis. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 13, n. 3, 2018.

ARAS, Vladimir. O projeto Streck-Anastasia de Ministério Público. *Estadão*, 16 fev. 2020. Disponível em <<https://www.estadao.com.br/politica/blog-do-fausto-macedo/o-projeto-streck-anastasia-de-ministerio-publico/>>.

ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal*. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, jan./abr. 2018.

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

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2004.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *Prisão e medidas cautelares: nova reforma do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BATISTA, Nilo. O poder punitivo e a magistratura. *Revista da EMERJ*, v. 23, n. 2, Rio de Janeiro, abr./jun. 2021.

BAUMANN, Jurgén. *Derecho procesal penal: conceptos fundamentales y principios procesales*. Introducción sobre la base de casos. Buenos Aires: Depalma, 1986.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo*. Buenos Aires: El Foro, 2002.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal: parte geral*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de direito e de processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

BEX, Floris; WALTON, Douglas. Burdens and standards of proof for inference to the best explanation: three case studies. *Law, Probability and Risk*, v. 11, 2012.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BINDING, Karl. *As normas e suas infrações*. Trad. Antonio José Miguel Feu Rosa. v. 1. [s.l.]: [s.n], [s.d].

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BONACCORSI, Daniela Villani. *Lavagem de dinheiro e imputação: seus limites e possibilidades no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

BOSCHI, Marcus Vinicius. *Ação, pretensão e processo penal: teoria da acusação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

BRANDÃO, Cláudio. Significado político-constitucional do direito penal. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 7, v. 1, jan./jun. 2006.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 6. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade e Interpretação no Direito Penal. *Sequência*, n. 68, p. 59-89, 2014.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967.

BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v.4, 1961.

CAGLIARI, José Francisco. Prova no processo penal. *Justitia*, São Paulo, n. 63, v. 195, jul./set. 2001.

CAMARGO, Acir Bueno de. Windscheid e o rompimento com a fórmula de Celso. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. de. *Da prova no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O ônus da prova na jurisdição das liberdades: para uma teoria do direito constitucional à prova. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CAPEZ, Fernando. Nova lei de tóxicos: modificações legais relativas à figura do usuário. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n. 25, jan./jun. 2007.

CARNELUTTI, Francesco. Cenni sull'imputazione penale. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1948.

CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. v. 1. Buenos Aires: EJE, 1950.

CARPES, Artur. *Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Rômulo Luis Veloso de. *Inexigibilidade de conduta diversa: potencialidades de contenção ao poder punitivo*. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2024.

CHIOVENDA, Giuseppe. *A ação no sistema dos direitos*. Belo Horizonte: Líder, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v. I. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v. II. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 30, n. 30, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, v. 46, n. 183, 2009.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CUERDA RIEZU, Antonio. La prueba de las eximentes en el proceso penal: ¿obligación de la defensa o de la acusación? *InDret*, Barcelona, n. 2, 2014.

D'AVILA, Fábio Roberto. Tipo, ilícito e valor. Notas conceituais e sistemáticas. In: D'AVILA, Fábio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos. (Org.). *Direito penal e política criminal*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015.

DE-LORENZI, Felipe da Costa; CEOLIN, Guilherme Francisco; BUONICORE, Bruno Tadeu. As relações de complementaridade entre direito penal, direito processual penal e política criminal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 13, n. 1, 2023.

DE-LORENZI, Felipe da Costa; CEOLIN, Guilherme Francisco. O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo: os novos caminhos para uma antiga controvérsia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 177, 2021.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. Ônus da prova no processo penal. *Nova Revista de Direito Penal*, Belo Horizonte, v. 2, n. 1, 2023.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 21. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2019.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2019.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. Correlação entre alegação e ônus no processo penal brasileiro: breve estudo da sintaxe constitucional da “presunção de inocência” e sua interpretação não circular. In: D'AVILA, Fábio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos. (Org.). *Direito penal e política criminal*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa*. 6. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Uma concepção minimalista e garantista de presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 149-182, jan./abr. 2018.

FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras de; SAMPAIO, Denis. Cadeia de custódia: ônus da prova e direito à prova lícita. *Boletim IBCCRIM*, v. 29, n. 338, 2021.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; BRANDÃO, Nuno. *Sujeitos processuais penais: o Tribunal. FDUC: Coimbra*, 2015.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. I. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Ônus de alegar e provar em processo penal?. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 105, n. 3466-3489, 1972.

FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio Pinto; TAMER, Maurício Antonio. Princípio da presunção de inocência e sua dimensão principiológica e material. In: PINTO, Felipe Martins (Org.). *Presunção de inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Grau*. Belo Horizonte: IAMG, 2019.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FREDERICO MARQUES, José. Da tipicidade penal. *Revista dos Tribunais*, v. 40, n. 189, p. 571-281, fev. 1951.

FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de direito processual penal*. Vol. I. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000.

FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de direito processual penal*. Vol. I. 3. ed. Campinas: Millennium, 2009.

FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de direito processual penal*. Vol. II. 3. ed. Campinas: Millennium, 2009.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *O problema de provar*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022.

GENTIL, Plínio Antônio Britto; PAULO, Bruno Giovannini de. Excludente de ilicitude verossímil e ônus da prova no processo penal. *Revista Jurídica*, Anápolis, v. 16, n. 2, 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. v. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Inaplicabilidade do conceito de ação ao processo penal. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, 2011.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso*. Tomo III. El proceso como situación jurídica: una crítica al pensamiento procesal. Madrid: Marcial Pons, 2010.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.

GOMES, Luiz Flávio. Tóxicos: o usuário é um tóxico-delinquente no entendimento do Supremo Tribunal Federal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 19, p. 63-66, ago./set. 2007.

GOMEZ ORBANEJA, Emilio; HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho procesal penal*. 10. ed. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones, 1984.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual do processo penal*. 12. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 69, out./dez., 2007.

GUARNERI, Giuseppe. *Las partes en el proceso penal*. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018.

GUASP DELGADO, Jaime. *La pretensión procesal*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1985.

GUIMARÃES, Rodrigo Suzana. *Tipo total de injusto e processo constitucional*: a teoria dos elementos negativos do tipo e sua repercussão no ônus da prova no processo penal. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

HAMILTON, Sérgio Demoro. Uma releitura a respeito do ônus da prova no processo penal. *Revista da EMERJ*, v. 14, n. 53, 2011.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Do ônus da prova dos elementos de valoração global do fato: análise crítica de precedente do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 104, p. 173-202, 2013.

HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y derecho penal: estudios sobre la teoría de la imputación*. 2. ed. Buenos Aires: BdeF, 2009.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

JARDIM, Afrânio Silva. O ônus da prova na ação penal condenatória. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça*, Rio de Janeiro, n. 23, p. 26-44, 1986.

JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal*. 4. ed. Granada: Comares, 1993.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de derecho penal: la ley y el delito*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.

KARAM, Maria Lúcia. Sobre o ônus da prova na ação penal condenatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 9, n. 35, jul./set. 2001.

KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna*. Buenos Aires: Depalma, 1977.

KHADER, Eliana Maria. *A prova do dolo*. Dissertação (mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013.

KHALED JR., Salah H. Windscheid & Muther: a polêmica sobre a *actio* e a invenção da ideia de autonomia do direito processual. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 2, n. 1, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador e o julgamento de mérito. *Revista Forense: doutrina, legislação e jurisprudência*. v. 42, n. 104, out./dez. 1945.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES, Luciano Santos. *A relação entre o tipo legal de crime e a ilicitude*: uma análise do tipo total de injusto. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010.

MACHADO, Francisco Nogueira. *Interpretação constitucionalmente adequada do ônus probatório no processo penal à luz da presunção de inocência*. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2025.

MAGALHÃES NORONHA, E. *Curso de direito processual penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo I. Buenos Aires: EJE, 1951.

MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos subjetivos do injusto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A dimensão da inocência no processo penal: o direito de ser julgado sem juízos incriminatórios alternativos. In: PINTO, Felipe Martins (Org.). *Presunção de inocência*: estudos em homenagem ao professor Eros Grau. Belo Horizonte: IAMG, 2019.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. *Do julgamento do fato incerto na ação penal condenatória*: imposição do ônus da prova para o órgão de acusação. Belo Horizonte: FDUFG, 2006.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito penal*: parte geral. Lições fundamentais. 6. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

MATIDA, Janaína; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 73, jul./set. 2019.

MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*. Parte general. Buenos Aires: BdeF, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

- MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. Parte general. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2008.
- MIR PUIG, Santiago. Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, v. 5, 2003.
- MIRZA, Flávio. Processo justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção de inocência e do in dubio pro reo. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 5, n. 5, 2010.
- MONTE, Mário João Ferreira. O problema do “ônus” de prova e da oneração do direito probatório em processo penal: em particular, a valoração, em julgamento, da prova produzida em sede de investigação criminal. Reflexões a partir do direito Luso-Brasileiro. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. 10, n. 56, out./nov. 2013.
- MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre; RUDOLFO, Fernanda Mambrini. A teoria da perda de uma chance probatória aplicada ao processo penal. *Revista Brasileira de Direito*, v. 13, n. 3, 2017.
- MORAIS, Felipe Soares Tavares. *A derrotabilidade da acusação e seus reflexos no ônus da prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.
- MORAIS, Felipe Soares Tavares. O ônus da prova e a presunção de inocência no processo penal brasileiro. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 81, 2016.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- MUTHER, Theodor. Sobre la doctrina de la “actio” romana, del derecho de accionar actual, de la “litiscontestatio” y de la sucesión singular en las obligaciones. In: WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la “actio”*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974.
- NIEVA FENOLL, Jordi. Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado. *Estudios de derecho*, v. 77, n. 170, p. 117-148, 2020.
- NIEVA FENOLL, Jordi. La razón de ser de la presunción de inocencia. *InDret*, Barcelona, n. 1, 2016.
- NIEVA FENOLL, Jordi. Réquiem por la carga de la prueba. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, n. 4, p. 39-60, 2023.

- NOGUEIRA, Rafael Fecury. Ônus da prova das excludentes de ilicitude no processo penal e a necessidade de rompimento com a sua matriz civilista. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 243-275, 2018.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- PAOLINELLI, Camilla Mattos. *O ônus da prova no processo democrático*. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.
- PAWLIK, Michael. *El injusto del ciudadano: fundamentos de la teoría general del delito*. Barcelona: Editorial Atelier, 2023.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.
- PINTO, Felipe Martins; BRENER, Paula Rocha Gouvêa. A eficácia do contraditório no processo penal: atuação e legitimação para além da legalidade. *Revista Eletrônica CNJ*, v. 3, n. 1, jan./jun. 2019.
- POLASTRI LIMA, Marcellus. *A prova penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. IV. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. A Logical Analysis of Burdens of Proof. In: KAPTEIN, H. et al. (Org.). *Legal evidence and proof: statistics, stories, logic*. Farnham: Ashgate, 2009.
- PUGLIESE, Giovanni. Introducción. In: WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "actio"*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974.
- QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal: parte geral*. 11. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- RANGEL, Paulo. O garantismo penal e o aditamento à denúncia. *Revista da EMERJ*, v. 4, n. 13, 2001.
- REISS, Michel Wencland. *Tribunal Penal Internacional: construindo o direito internacional penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004.

ROCCO, Arturo. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal: contribución a las teorías generales del delito y de la pena*. Buenos Aires: BdeF, 2005.

ROCCO, Arturo. Sobre el concepto del derecho subjetivo de punir. In: ROCCO, Arturo. *Cinco estudios sobre derecho penal*. Buenos Aires: BdeF, 2003, p. 19-20.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. Fundamentos – A estrutura da teoria do crime. São Paulo: Marcial Pons, 2024.

SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado democrático de direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

SENTÍS MELENDO, Santiago. *In dubio pro reo*. Buenos Aires: EJE, 1971.

SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. 3. ed. Lisboa: Livros, 2002.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 1. t. I. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SOUSA MENDES, Paulo de. A incerteza factual e a prova no processo penal. In: PITON, André Paulino; CARNEIRO, Ana Teresa (Org.). *Liber Amicorum Manuel Simas Santos*. Lisboa: Rei dos Livros, Letras e Conceitos, 2016, p. 1057-1079.

SOUSA MENDES, Paulo de. *Causalidade complexa e prova penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

STRECK, Lênio Luiz. A concepção cênica da sala de audiência e o problema dos paradoxos. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 21, 2005.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2005.

TARUFFO, Michele. L'onere come figura processuale. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, v. 66, n. 2, 2012.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. *Prova e verdade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. IV. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. III. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VASSALLI, Giuliano. *La potestà punitiva*. Torino: Torinese, 1942.

VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. *Derecho procesal penal: la realización penal*. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

VILELA, Matheus Dantas. *Standards probatórios e processo penal: em busca de um método de controle intersubjetivo do juízo fático da sentença penal*. Santo Ângelo: Metrics, 2023.

WACH, Adolf. *La pretensión de declaración: un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho*. Trad. Juan M. Semon. Buenos Aires: EJE, 1962.

WEBER, Patrícia Maria Núñez. Reflexões sobre o ônus da prova no processo penal condenatório. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 1, n. 1, 2007.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Buenos Aires: BdeF, 2004.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. *Derecho penal: parte general. El delito y su estructura*. Lima: Instituto Pacífico, 2018.

WINDSCHEID, Bernhard. La “actio” del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual. In: WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "actio"*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974.

WINDSCHEID, Bernhard. La “actio”. Réplica al Dr. Theodor Muther. In: WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "actio"*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Doutrina penal nazista: a dogmática penal alemã entre 1933 e 1945*. Trad. Rodrigo Murad Prado. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2023.