

**A REGRA DO ART. 386 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO E
SUA INCOMPATIBILIDADE COM A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO
ESTADO DE INOCÊNCIA¹**

***THE INCOMPATIBILITY OF THE ARTICLE 386 OF DE BRAZILIAN CRIMINAL
PROCEDURAL CODE WITH THE CONSTITUTIONAL GUARANTEE OF
INNOCENCE CONDITION***

Fernando Laércio Alves da Silva

Professor Adjunto do Departamento de Direito da
Universidade Federal de Viçosa/MG na área de Direito
Processual Penal. Doutorando em Direito Processual pela
PUC Minas. Mestre em Direito pela UNIFLU. Bolsista
CAPES.

fernando.laercio@ufv.br

RESUMO: O presente artigo analisa a compatibilidade entre a regra do art. 386 do Código de Processo Penal Brasileiro de 1941 e a garantia constitucional processual do estado de inocência. A adoção do modelo constitucional de processo e o sistema acusatório como marcos teóricos para o processo penal pela Constituição Federal de 1988 implica em uma nova compreensão da referida garantia, não apenas como norma de tratamento, mas também como norma probatória e como norma de juízo. Tal situação torna exigível revistar o dispositivo do CPP que trata da sentença penal de modo a verificar sua adequação constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Direito processual penal; modelo constitucional de processo; garantias processuais do acusado; estado de inocência; sentença penal; art. 386 do CPP.

ABSTRACT: This article analyzes the compatibility of the rule of article n. 386 of the Brazilian Criminal Procedure Code and the constitutional procedural guarantee of innocence condition. The adoption of the constitutional process model and the accusatory

¹ Artigo recebido em 09/08/2016 e aprovado em 01/10/2016.

system as theoretical frame to the criminal procedure by the Federal Constitution of 1988 implies a new understanding of that guarantee. Not like just a standard treatment, but also as probation and a judgment standards. Because this situation, its necessary to review that article of the Brazilian Criminal Procedure Code to verify its constitutional framework.

KEYWORDS: Criminal procedural law; constitutional procedural model; procedural guarantees of the defendant; innocence condition; article 386 of the Criminal Procedural Code.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A garantia do estado de inocência como elemento do modelo constitucional de processo penal; 3. A garantia do estado de inocência como norma de juízo e o problema do art. 386 do CPP, de 1941; 4. Conclusão; 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição Federal brasileira, aos 05 de outubro de 1988, configurou uma ruptura com o modelo estatal até então existente e a instalação de uma nova ordem jurídica, a ordem do Estado Democrático de Direito. De fato, na esteira de Lênio Luiz Streck, podemos afirmar, livres de qualquer temor, que, desde então, se estabeleceu um novo marco teórico para a conformação do Estado Brasileiro, sobre as bases de um constitucionalismo compromissário, social e dirigente². Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, tratar-se-ia de um movimento de *constitucionalização-trans formação*, caracterizado pela “mudança do conteúdo dos outros ramos do direito provocada pela constituição”.^{3 4}

² STRECK, Lênio Luiz. (Mais) Uma (re)forma solipsista, p. XIX-XXVIII.

³ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares, p. 48

⁴No mesmo sentido, Marcelo Cattoni de Oliveira, ao se referir ao avanço do constitucionalismo na contemporaneidade, afirma que “a Teoria da Constituição deve assumir a perspectiva do sistema jurídico – constitucional e analisar a tensão interna entre facticidade e validade, ou seja, entre positividade e legitimidade do Direito, reconstruindo os princípios, as regras, os procedimentos, a compreensão, a justificação e a aplicação desses, resgatando a normatividade constitucional e a função primordial do Direito moderno, presente no Direito Constitucional de modo impar”. (**Direito, política e filosofia**, p. 149).

Significa isso dizer que, toda a edificação jurídica estruturante do Estado Brasileiro, passou a exigir revisitação e, quando necessário, não apenas isso, mas uma completa reconstrução. Perceba o leitor que falamos não em *reforma*, mas em *reconstrução*. Isso porque a incompatibilidade entre a configuração de determinados institutos – ou mesmo de campos jurídicos inteiros – anteriormente estabelecidos e os novos parâmetros constitucionais, em vigor no Brasil desde 1988, pode ser de tal grau que que exija não apenas um movimento de reforma, mas sua completa reestruturação a partir desses novos parâmetros.

Essa é a realidade do processo penal brasileiro, que tem em seu Código, editado no já distante ano de 1941, em pleno período ditatorial varguista, e confessadamente inspirado no *Codice di Procedura Penale* italiano de 1930, de forte traço inquisitorial, seu principal texto legislativo. Texto legislativo esse que em diversos pontos se afasta abissalmente dos parâmetros que lhe são definidos no texto constitucional em vigor, quais sejam, o devido processo legal, as garantias do contraditório, da ampla defesa, imparcialidade judicial, fundamentação dos atos decisórios⁵ e do estado de inocência, parâmetros esses muito mais compatíveis com o um processo penal de base acusatória que com um processo de base inquisitorial, como ainda é o caso brasileiro.

É bem verdade que ao longo dos últimos dez anos, tem-se tentado, por meio de minirreformas, a atualização e adequação constitucional do CPP brasileiro⁶. Tais tentativas contudo, além de não se mostrarem suficientes à solução de sua inadequação constitucional, preservando seu forte conteúdo autoritário e base inquisitorial, ainda transformaram o CPP em uma colcha de retalhos⁷.

Entre tantos dispositivos do CPP destoantes das exigências constitucionais de 1988, chama especial atenção a regra prevista em seu art. 386, que estabelece de maneira taxativa as hipóteses nas quais o juiz poderá/deverá absolver o acusado. Ao leitor mais desavisado, o dispositivo em questão poderia passar despercebido ou, até mesmo, ser considerado uma garantia em favor do acusado, posto estabelecer categoricamente os casos em que o juiz não poderá proferir uma sentença penal condenatória. Entretanto, quando procedemos sua

⁵ DALLE, Ulisses Moura. Legalidade e arbítrio no processo jurisdicional democrático, p. 848.

⁶ Fazemos menção aqui especificamente das Leis n. 11.689, 11.690 e 11.719, todas de 2008.

⁷ BARROS, Flaviane Magalhães de. **(Re)Forma do processo penal**: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/09 e 11.719/08, p. 03.

leitura amparados pelas lentes do modelo constitucional de processo e dos elementos característicos de um processo de base acusatória, percebemos sua inadequação.

É nesse sentido que nos propomos, no presente ensaio, a demonstrar tal inadequação. Para tanto, em um primeiro momento, apresentaremos, em linhas gerais, as características do modelo constitucional de processo penal, com especial ênfase à garantia do estado de inocência, em seguida trataremos da necessidade de vinculação do ato decisório aos limites da acusação ofertada e, por fim, demonstraremos em que medida a regra do art. 386 do CPP não se coaduna com tais elementos.

2. A GARANTIA DO ESTADO DE INOCÊNCIA COMO ELEMENTO DO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO PENAL

No tópico introdutório, comentamos em linhas gerais que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um novo marco teórico para a organização do Estado Brasileiro que, a partir de então, conformado como um Estado Democrático de Direito, tem na obediência e promoção dos direitos fundamentais o fio condutor de suas atividades. Em relação ao campo processual, esse marco teórico tem recebido doutrinariamente os nomes de *processo constitucional*⁸ ou *modelo constitucional de processo*⁹.

O processo constitucional, ao contrário do que possa parecer aos mais desavisados, não é um ramo do Direito Processual, tal qual o Direito Processual Civil, o Direito Processual Penal, o Direito Processual do Trabalho ou outros. Longe disso, consiste em uma teoria do processo. Aliás, como bem esclarece Ronaldo Brêtas, dentre todas as teorias processuais até hoje elaboradas, trata-se da mais adequada às exigências do Estado Democrático de Direito, compreendida como a

principiologia metodológica constitucional de garantia dos direitos fundamentais, [e] deve ser entendido como um bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais inafastáveis,

⁸ Nesse sentido, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (**Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**, p. 41) e André Luis Del Negri (Processo e decisão jurídica, p. 205).

⁹ Nesse sentido, Italo Andolina (O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional, p. 64) e Flaviane de Magalhães Barros ((**Re**)**Forma do processo penal**: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/09 e 11.719/08, p. 14).

ostentados pelas pessoas do povo (partes), quando deduzem pretensão à tutela jurídica nos processos, perante os órgãos jurisdicionais: a) direito de amplo acesso à jurisdição, prestado dentro de um tempo útil, ou lapso temporal razoável; b) garantia do juízo natural; c) garantia do contraditório; d) garantia da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela (defesa) inerentes, aí incluído o direito à presença de advogado ou de defensor público; e) garantia da fundamentação racional das decisões jurisdicionais, com base no ordenamento jurídico vigente (reserva legal); f) garantia de um processo sem dilações indevidas.¹⁰

Em semelhante sentido, Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera sustentam que “as regras e princípios constitucionais relativas ao exercício da função jurisdicional, quando consideradas em sua complexidade, permitem ao intérprete desenhar um verdadeiro e próprio esquema geral de processo”^{11 12}. Esse esquema geral de processo deve ser colocado como *standard* tanto para a estruturação dos ordenamentos processuais como para a própria atuação concreta dos sujeitos processuais quando estabelecida a lide concreta. Daí o acerto no uso de uma outra expressão para nomear o processo constitucional a partir de Andolina e Vignera, *modelo constitucional de processo*, eis que tal modelo estabelece as características básicas e inafastáveis que devem compor toda e qualquer estrutura processual, às quais novas características podem – e, por vezes, devem – ser agregadas diante da especificidade do campo processual. É o que esclarece Flaviane de Magalhães Barros:

Como ressalta Andolina e Vignera, a compreensão do modelo constitucional de processo, ‘de um modelo único e de tipologia plúrima’, se adéqua à noção de que na Constituição se encontra a

¹⁰ **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**, p. 165.

¹¹ ANDOLINA, Ítalo Augusto; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano: corzo di lezioni**, p. 13.

¹² No original: “Le norme ed i principi costituzionali riguardanti l’esercizio dela funzione giurisdizionale, se considerati nella loro complessità, consentono all’interprete di disegnare um vero e próprio schema generale di processo [...]”.

base uníssona de princípios que define o processo como garantia, mas que, para além de um modelo único, ele se expande, aperfeiçoa e especializa, exigindo do intérprete compreendê-lo tanto a partir dos princípios bases como, também, de acordo com as características próprias daquele processo.¹³

A partir desse marco teórico, imprescindível se torna o completo afastamento da perspectiva originalmente sustentadora da conformação do CPP ainda em vigor. Para tal perspectiva, confessadamente sustentada no pensamento de Manzini, Leone, Betti e, é claro, como já mencionado, no ordenamento processual penal da Itália fascista, elaborado sob a batuta de Rocco, o processo penal teria apenas duas finalidades: uma mediata, que seria a de promover uma pretensa paz social, no que se confundiria com a finalidade do direito penal, e uma imediata, que seria a de garantir realizabilidade da pretensão punitiva derivada do delito^{14 15}.

O processo, e, no conceito, inevitavelmente deve ser incluído também o processo penal, de acordo com o marco teórico do modelo constitucional de processo, não pode mais ser compreendido como mero instrumento para o exercício da jurisdição, como sustenta Cândido Rangel Dinamarco¹⁶, em especial como um instrumento de legitimação para o exercício do *jus puniendi estatal*. Em verdade, para fazermos uso das palavras de Fauzi Hassan Choukr, a Constituição Federal de 1988 – e, a partir dela, a necessária

¹³ BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)Forma do processo penal**: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/09 e 11.719/08, p. 15.

¹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, p. 50.

¹⁵ Tal orientação se mostra de maneira clara no texto da exposição de motivos do CPP: “De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado (*sic*) favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido (*sic*) individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal”.

¹⁶ **A instrumentalidade do processo.**

adoção do modelo constitucional de processo como marco teórico para o processo penal brasileiro – operou uma “verdadeira ‘revolução copérnica’ dentro do processo penal, inserindo novas garantias ou explicitando antigas”¹⁷. A partir dela, o processo penal deixa o posto de mecanismo de segurança pública, ao lado do direito penal material, para ocupar um novo lugar: tornar-se um instrumento de garantias do indivíduo contra o poder estatal¹⁸
19.

Ressemantizado, portanto, o processo penal a partir do marco teórico do modelo constitucional de processo, passa-se a compreendê-lo como “uma base uníssona, sedimentada nos princípios do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação das decisões e do terceiro imparcial” – elementos esses que se fazem presentes em qualquer ramo processual a partir do modelo constitucional de processo – “e, ainda, nos princípios específicos do processo penal, como a presunção de inocência, o *in dubio pro reo* e a não autoincriminação, devendo zelar, sempre, pela observância das garantias de liberdade pessoais do acusado”^{20 21}.

¹⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**, p. 12.

¹⁸ Nesse sentido, esclarece Aury Lopes Jr que “não é querer resgatar a ilusão de segurança, mas sim assumir os riscos e definir uma pauta mínima de garantias formais, das quais não podemos abrir mão. É partir da premissa de que a garantia está na forma do instrumento jurídico e que, no processo penal, adquire contorno de limitação ao poder punitivo estatal e emancipador do débil submetido ao processo. Não se trata de mero apego incondicional à forma, senão de considera-la como uma garantia do cidadão e fator legitimante da pena ao final aplicada” (**Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)**, p. 66). Perceba-se que o resultado final do processo penal continua o mesmo: uma decisão judicial que acolhe ou não o pedido condenatório do órgão acusador público, no caso de ação penal pública, ou privado, no caso de ação penal privada, e, no primeiro caso, aplica ao acusado uma sanção penal. O ponto aqui é que o conteúdo decisório – condenatório ou absolutório – deixa, no modelo constitucional de processo, de ser o *centro* do processo, para tornar-se apenas o seu *resultado*. O *centro* do processo passa a ser ocupado pelas garantias constitucionais do acusado.

¹⁹ Essa revolução, ainda em grau de ensaio no ordenamento processual penal brasileiro, já se converteu em realidade no direito chileno, o que demonstra não apenas o acerto, no campo da ciência jurídica, da teoria do processo constitucional ou modelo constitucional de processo, como também – e principalmente –, no campo prático, sua perfeita aplicabilidade. É o que comprovaram Cláudio Pavlic Véliz e Luis Cordero Vega, segundo os quais “uno de los objetivos centrales perseguidos con la instauración del nuevo proceso penal, fue lograr la vigencia efectiva de las garantías constitucionales de las personas frente a la persecución penal. Es decir, la reforma habrá cumplido su finalidad si consigue que los procesos penales que se lleven a efecto durante su vigencia sean respetuosos de los derechos fundamentales de las personas, con el fin de lograr para cada imputado un justo o debido proceso” (La defensa en el nuevo proceso penal chileno, p. 181).

²⁰ FARIA, André Luiz Chaves Gaspar de Moraes. **Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: uma análise a partir do modelo constitucional de processo**, p. 86.

²¹ No mesmo sentido, Flaviane de Magalhães Barros, tratando das reformas operadas no texto do CPP pelas Leis n. 11.690 e 11.719, ambas de 2008, sustenta que “é preciso interpretar a reforma a partir da compreensão do processo como garantia constitutiva de direitos fundamentais, base do Estado Democrático de Direito, que encontra, no modelo constitucional de processo, o esquema de seu referencial interpretativo, e que, no processo penal, de modo específico, deve-se levar a sério o direito fundamental de liberdade do

Tendo em vista os limites espaciais inerentes a um trabalho como o presente, impossível seria dedicarmos-nos a abordar detidamente cada uma das garantias processuais que integram e dão forma ao modelo constitucional de processo. Desta feita, optamos por restringir nosso corte metodológico à análise de apenas uma dessas garantias que, sem demérito às demais, tratem-se de garantias gerais do modelo constitucional de processo, tratem-se das específicas do modelo constitucional de processo penal, se mostra de especial relevância para o objeto final de análise: a regra do art. 386 em vigor. Trata-se da garantia do *estado de inocência*, mais comumente chamada de *presunção de inocência*²², e que se encontra prevista no art. 5º, LVII da Constituição Federal de 1988.

Aury Lopes Jr. caracteriza o estado de inocência como “princípio reitor do processo penal”, já que, “se a jurisdição é a atividade necessária para obtenção da prova de que alguém cometeu um delito, até que essa prova não se produza, mediante um processo regular, nenhum delito pode considerar-se cometido e ninguém pode ser considerado culpado [...]”²³. E, avançando um pouco mais em seu texto, o mesmo autor conclui que:

Sob a perspectiva do julgador, a presunção de inocência deve(ria) ser um princípio da maior relevância, principalmente no tratamento processual que o juiz deve dar ao acusado. Isso obriga o juiz não só a manter uma posição ‘negativa’ (não o considerando culpado),

cidadão” ((Re)Forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/09 e 11.719/08, p. 22).

²² Embora saibamos da existência de trabalhos dedicados a densificar a distinção entre os conceitos de *estado de inocência*, *presunção de inocência* e *presunção de não-culpabilidade*, e a demonstrar o impacto dessa distinção na concretização da garantia processual (remetemos, nesse sentido, o leitor à leitura da obra de Maurício Zanoide de Moraes intitulada **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial), por opção metodológica, nossa análise do instituto se dará a partir do pensamento de Nereu Giacomolli, para quem “as fórmulas ‘presunção de inocência’ (formulação positiva) e ‘presunção de não-culpabilidade’ (formulação negativa) são equivalentes, independente das possíveis distinções idiomáticas, semânticas e de purificação conceitual. Distinguir é reduzir o alcance da regra humanitária do *status libertatis* [...]. Diferenciá-las é afastar-se o estado de inocência, é partir da culpabilidade e não da inocência. [...]. O conteúdo das expressões não pode gerar dúvidas acerca do estado de inocência e nem desvirtuar o regramento probatório, proteção da liberdade e o tratamento do sujeito como ser humano” (**O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica, p.102) e do pensamento de André Luiz Chaves Gaspar de Moraes Faria, para quem o instituto em tela, tal qual estatuído no texto constitucional “não traduz nenhuma presunção, mas sim uma efetiva situação jurídica” (**Os poderes instrutórios do juiz no processo penal**: uma análise a partir do modelo constitucional de processo, p. 105). Assim, exceto quando se tratar de citação direta da fala de outros autores, utilizaremos, a partir deste ponto no texto, apenas a expressão *garantia do estado de inocência*.

²³ **Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)**, p. 175.

mas sim a ter uma postura positiva (tratando-o efetivamente como inocente).²⁴

Novamente aqui necessário se faz solicitar maior atenção do leitor para que não seja conduzido em falsa pista. Isso porque, uma interpretação mais arcaica da garantia do estado de inocência compreendia o instituto de maneira mais restrita, tal qual originalmente previsto no corpo da Declaração dos Direitos do Homem, firmada no já distante ano de 1789. Com isso, não passaria de uma regra de tratamento impeditiva da imposição de qualquer medida punitiva ao acusado antes do trânsito em julgado de sua sentença condenatória²⁵.

Embora essa seja, de fato, uma das faces da garantia do estado de inocência, não é a única. Em verdade, como bem esclarece Maurício Zanoide de Moraes, a garantia em tela, “compreende um significado de ‘norma de tratamento’, relacionado mais diretamente com a figura do imputado, e outros dois significados (‘norma de juízo’ e ‘norma probatória’), mais ligados à matéria probatória”²⁶.

Esclarece o autor que, como norma probatória “abrange o campo específico daquela norma constitucional e voltado à determinação: de quem deve provar, por meio de que tipo de prova; e, por fim, o que deve ser provado”. Por sua vez, como norma de juízo, “dirige-se à análise do material probatório já produzido, seja identificando a sua suficiência para afastar a presunção de inocência e, portanto, condenar o imputado, seja para escolher a norma jurídica mais apropriada à situação concreta”²⁷.

Em outras, palavras, compreendida como norma probatória, a garantia do estado de inocência fixa o ônus probatório no processo penal, direcionando toda a sua carga sobre a

²⁴ LOPES Jr, Aury Celso Lima. **Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)**, p. 176.

²⁵ Essa é a visão, por exemplo, de Fernando da Costa Tourinho Filho, para quem “a expressão *presunção de inocência* não deve ter o seu conteúdo semântico interpretado literalmente – caso contrário ninguém poderia ser processado –, mas no sentido em que foi concebido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: nenhuma pena pode ser imposta ao réu antecipadamente. E a melhor doutrina acrescenta: a prisão antecipada se justifica como providência exclusivamente cautelar, vale dizer, para impedir que a instrução criminal seja perturbada ou, então, para assegurar a efetivação da pena”. (**Processo penal**, p. 89).

²⁶ **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial, p. 424.

²⁷ **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial, p. 462.

acusação²⁸. Significa isso, de um lado, que todo o ônus de provar tanto os elementos do crime (autoria, materialidade, tipicidade, ilicitude e culpabilidade) como a possibilidade de aplicação da pena no caso concreto recai sobre a acusação e, de outro, que, na realização dessa atividade, não poderá se valer o acusador de qualquer prova, mas sim de uma “prova lícita, ou seja, uma prova buscada, produzida, analisada e considerada pelo juiz dentro dos padrões definidos pela Constituição e pelas leis”²⁹.

Nesse sentido, incabível a manutenção do entendimento – ainda encontrado com relativa frequência tanto em obras jurídicas tradicionais como em decisões judiciais – de que, no processo penal, à acusação incumbiria comprovar “a existência de um fato penalmente ilícito, a sua realização pelo denunciado e a culpa (*stricto sensu*); à defesa compete demonstrar a inexistência de dolo, causas extintivas da punibilidade, causas excludentes de antijuridicidade e eventuais excludoras de culpabilidade”³⁰. Tal linha de pensamento em nada se adequa à garantia constitucional do estado de inocência.

Por sua vez, compreendida a garantia do estado de inocência, sob um terceiro foco, como norma de juízo, estabelece o caminho a ser trilhado para a valoração da prova produzida e, conseqüentemente, sua capacidade para fundamentar o pedido condenatório apresentado. Nesse sentido, Maurício Zanoide de Moraes esclarece que

Para se examinar esse direito constitucional como “norma de juízo”, é preciso já se ter como certo que o órgão acusador cumpriu seu ônus probatório e que a prova por ele produzida é lícita e incriminadora. Avaliá-la como “suficiente” é a resposta a que se

²⁸ Em semelhante sentido, Alexandre Morais da Rosa diz que “a presunção de inocência deve ser colocada como o significante primeiro, pelo qual, independentemente de prisão em flagrante, o acusado inicia o jogo absolvido. A derrubada da muralha da inocência é função do jogador acusador. Aqui descabem presunções de culpabilidade. O processo, como jogo, deverá apontar pelas informações obtidas no seu decorrer, a comprovação da hipótese acusatória, obtida por decisão judicial fundamentada”. (**Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**, p. 70). E também André Luiz Chaves Gaspar de Moraes Faria, para quem a garantia do estado de inocência “[...] determina uma regra de cunho probatório que impõe à acusação o ônus de comprovar a ocorrência técnica do crime com todos os seus elementos estruturantes” (**Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: uma análise a partir do modelo constitucional de processo**, p. 106).

²⁹ 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**, p. 463.

³⁰ ARANHA, Adalberto José Camargo. **Da prova no processo penal**, p. 15.

chegará ao final do exame da presunção de inocência como “norma de juízo”.^{31 32}

Em nossa visão, essas duas formas de se compreender a garantia do estado de inocência – como norma probatória e como norma de juízo – são até mais relevantes à construção do processo penal a partir do modelo constitucional de processo do que sua compreensão inicial – norma de tratamento. Não se trata de se levar ao afastamento desta última forma de compreensão da garantia. Ao contrário, o que estamos a dizer é que, a partir desse marco teórico, limitar a compreensão da garantia do estado de inocência como uma norma de tratamento se mostra sobremaneira insuficiente e, conseqüentemente, incapaz de dar concretude ao processo como garantia.

3. A GARANTIA DO ESTADO DE INOCÊNCIA COMO NORMA PROBATÓRIA E NORMA DE JUÍZO E O PROBLEMA DO ART. 386 DO CPP, DE 1941

Uma vez ressemantizado o conteúdo da garantia do estado de inocência a fim de que a ela se reconheçam três aspectos – estado de inocência como norma de tratamento, norma probatória e norma de juízo –, e não apenas o primeiro deles, tal qual se compreendia até um passado não muito distante, cumpre-nos agora passar para o momento final de nosso ensaio, consistente na testificação da regra presente no art. 386 do CPP face ao modelo constitucional de processo penal.

Para tanto, cumpre-nos lembrar, sem medo de parecermos repetitivos, que a compreensão da garantia do estado de inocência como norma probatória tem por efeito direto a fixação do ônus da prova sobre o órgão acusatório, impedindo, de um lado, a incidência no processo penal de qualquer proposta de distribuição da carga probatória entre

³¹ **Presunção de inocência no processo penal brasileiro:** análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial, p. 469.

³² Da mesma forma, Aury Lopes Jr., a partir das lições de Vegas Torres, conclui que “[...] a presunção de inocência é uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz. É sua incidência no âmbito probatório, vinculando à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficientemente demonstrada”. (**Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)**, p. 177).

as partes e, de outro, a transferência da atividade probatória para o órgão julgador em razão da inércia do acusador em cumprir corretamente seu mister³³.

Da mesma forma, cumpre-nos lembrar, também, que, compreender a mesma garantia como norma de juízo, implica concluir que, ao juiz, uma vez encerrada a atividade probatória, cumpre julgar o argumento com base no qual o órgão acusador apresenta seu pedido. Em outras palavras: não cabe ao magistrado indagar se foi ou não possível alcançar a *verdade* por meio das provas produzidas, mas simplesmente questionar se tais provas permitem concluir, de maneira segura, que os argumentos ventilados pela acusação como fundamentos de sustentação de seu pedido, restaram ou não validados pelas provas apresentadas.

E, nesse quadro, caso a resposta a tal indagação seja positiva, isto é, caso os argumentos fundamentadores do pedido condenatório restem validados pelo conjunto probatório, caberá ao magistrado julgar procedente o pedido. Lado outro, o insucesso do acusador no cumprimento do ônus probatório que lhe competia, face à garantia do estado de inocência, implica no julgamento de improcedência de seu pedido, mas não, como defende a doutrina tradicional, por estabelecer-se uma situação de dúvida judicial. Ao contrário, há que se julgar improcedente o pedido exatamente “pela certeza de que a acusação não atendeu satisfatoriamente ao ônus que lhe fora atribuído. O juiz, portanto, está certo de que as provas não bastaram para condenar [...]”³⁴.

Diante dessa nova carga conferida à garantia do estado de inocência a regra prevista no art. 386 do CPP se mostra em descompasso com o modelo constitucional de processo penal. É bem verdade que a redação atual do mencionado dispositivo legal³⁵, reformada

³³ FARIA, André Luiz Chaves Gaspar de Moraes. **Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: uma análise a partir do modelo constitucional de processo**, p. 106.

³⁴ FARIA, André Luiz Chaves Gaspar de Moraes. **Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: uma análise a partir do modelo constitucional de processo**, p. 108.

³⁵ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - não constituir o fato infração penal;

IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;

V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

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;

VII - não existir prova suficiente para a condenação.

Parágrafo único. Na sentença absolutória, o juiz:

I - mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade;

parcialmente por força da Lei n. 11.690, de 2008, mostra sensível melhora em relação à forma que lhe fora originalmente conferida no CPP, em 1941³⁶, como esclarece Flaviane de Magalhães Barros:

A nova redação esclareceu alguns problemas que existiam na redação original, principalmente na questão discutida por diversos autores dos efeitos da sentença absolutória, que torna indiscutível no cível a autoria, a materialidade e a legítima defesa própria e real (apenas nessas três hipóteses), impossibilitando assim a procedência do pedido da vítima para a reparação do dano, nos referidos casos [...].

Mais que isso, o artigo avança no reconhecimento das causas de exclusão do crime e de isenção de pena, incluindo o erro sobre a ilicitude do fato [...]

Importante alteração, no sentido de garantir que o ônus da prova no processo penal seja suportado pela acusação em razão do princípio da presunção de inocência, foi feita. Já que esclarece o inciso que no caso de dúvida sobre a existência de uma causa que exclua o crime ou isente o acusado de pena, deve o juiz absolvê-lo, com base no *in dubio pro reo*. Logo, se a dúvida sobre a causa gera a

II – ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas;

III - aplicará medida de segurança, se cabível.

³⁶ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - não constituir o fato infração penal;

IV - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

V - existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena (arts. 17, 18, 19, 22 e 24, § 1o, do Código Penal);

VI - não existir prova suficiente para a condenação.

Parágrafo único. Na sentença absolutória, o juiz:

I - mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade;

II - ordenará a cessação das penas acessórias provisoriamente aplicadas;

III - aplicará medida de segurança, se cabível.

absolvição quem deve demonstrar que não existiu a causa de exclusão da ilicitude, por exemplo, é a acusação”.³⁷

De fato, quando se compara a redação atual com a redação anterior do art. 386 do CPP, dúvidas não restam de que alguns pontos controvertidos na doutrina e na jurisprudência restaram solucionados, e solucionados de maneira acertada. Não obstante isso, quando se procede à verificação de adequabilidade do citado artigo em relação aos preceitos do modelo constitucional de processo penal e, entre eles, especificamente a garantia do estado de inocência, o descompasso persiste. Descompasso esse que, talvez, à primeira vista, até passe despercebido, mas que salta aos olhos em uma investigação mais aprofundada. Investigação essa que se procede por meio da leitura de todo o Título XII do Livro I do CPP.

Esclarecemos: embora o Título em questão dedicar-se à disciplina da sentença, e de o fazer por meio de onze artigos (arts. 381 a 392), apenas um desses artigos é dedicado ao tratamento do conteúdo da sentença penal por excelência, isto é, das hipóteses em que o magistrado poderia ou não acolher o pedido condenatório formulado pela acusação. Ocorre que, ao invés de adotar essa sistemática, isto é, estabelecer detalhadamente as hipóteses em que o pedido poderá ser acolhido e aquelas em que deverá ser rejeitado, ou – o que nos parece, seria até mais correto – estabelecer os casos em que o pedido poderá ser acolhido, o legislador adotou técnica oposta, especificando tão-somente os casos em que “o juiz absolverá o réu” e, ainda assim, consignando que somente o poderá fazer “desde que reconheça” provada a inexistência do fato, a atipicidade do fato, a existência de excludente de ilicitude ou de culpabilidade ou a ausência de provas quanto à existência do fato, à autoria ou qualquer outra suficiente para a condenação.

Como mencionamos, à primeira vista pode parecer que o texto legislativo não seria digno de qualquer crítica. Afinal, é nos detalhes – especialmente nos pequenos detalhes – que as garantias constitucionais do processo são inobservadas. No caso, ao estabelecer detalhadamente os casos em que o juiz pode absolver o acusado – e ainda assim, consignando expressamente a obrigatoriedade de fundamentação dessa decisão de absolvição – subliminarmente o legislador estabeleceu que, salvo nos casos em que se

³⁷ **(Re)Forma do processo penal:** comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/09 e 11.719/08, p. 88.

conseguir fundamentar de maneira exaustiva e inquestionável uma decisão absolutória, deverá o magistrado adotar a via alternativa, isto é, proferir uma sentença penal condenatória.

E isso, não podemos perder de vista, dentro da realidade de um texto legislativo fortemente impregnado por elementos de inquisitorialidade segundo os quais o processo ainda se estrutura como instrumento de pacificação social e de segurança pública, isto é, um mero legitimador da atividade punitiva estatal, a busca de uma suposta verdade ainda dá o compasso da atuação tanto do acusador como do julgador. Enfim, um processo penal no qual o único sujeito que não estaria comprometido com a verdade, a segurança social e a solução do problema da criminalidade seria o acusado. Inevitavelmente, nesse contexto, a regra do art. 386, ao invés de instituir um sistema de proteção do acusado contra decisões condenatórias indevidas, acaba se conformando como um instrumento de controle judicial às avessas, restringindo a aplicabilidade da garantia do estado de inocência e estimulando, veladamente, a prolatação de decisões condenatórias que, em outro contexto – efetivamente estruturado sobre o marco teórico do modelo constitucional de processo – jamais seriam proferidas.

4. CONCLUSÃO

A realidade processual penal brasileira é sobremaneira tumultuada. De um lado, em 1988 edificou-se um texto constitucional democrático, que tem na determinação expressa da obediência às garantias constitucionais e ao modelo constitucional de processo penal um de seus mandamentos mais importantes. Por outro lado, no campo legislativo e na prática judiciária diária, ainda se conduz o processo penal a partir de parâmetros outros e inquestionavelmente contrários aos ditames constitucionais. Nesse contexto, a compreensão do processo como garantia ainda soa como uma meta a ser buscada – e longe de ser alcançada –, em que pese exemplos concretos – e não muito distantes de nós – de que tal meta é perfeitamente factível.

O comando constitucional, apesar de todas as dificuldades, é claro: o marco teórico a ser adotado para a construção (e, como mencionamos às linhas iniciais, por construção não se pode compreender simplesmente uma reforma, mas sim uma efetiva *reconstrução*,

uma *refundação*) do processo penal brasileiro é o do modelo constitucional de processo penal. Nesse sentido, uma das mais importantes garantias constitucionais do acusado, a do estado de inocência, deve ser compreendida e trabalhada em sua plenitude, como norma de tratamento, norma probatória e norma de juízo, o que exige tanto o afastamento dos dispositivos legais presentes no CPP que se mostram desajustados em relação à referida garantia como também o compromisso dos sujeitos processuais em assumir o papel que se lhes é conferido em um processo penal de base constitucional – e, portanto, em nenhuma medida inquisitorial.

No caso específico da atividade decisória estatal, isso significa, a nosso ver, reconhecer que a regra prevista no art. 386 do CPP, ao menos da forma como se encontra insculpida, não se mostra a mais adequada constitucionalmente, eis que, ao invés de assegurar a obediência à garantia do estado de inocência, abre brechas – ou até mesmo avenidas inteiras – para a ofensa à referida garantia. Se o ônus probatório, no modelo constitucional de processo penal, recai exclusivamente sobre o órgão de acusação e o juízo compete simplesmente aferir a satisfação ou não desse ônus no momento de decidir a lide, não há espaço normativo para o estabelecimento de regra limitadora - ainda que subliminarmente – das hipóteses de improcedência do pedido, as quais o texto legislativo nem trata dessa forma, preferindo dizer que o juiz *absolverá* o acusado.

O efeito simbólico dessa opção legislativa é grave e de tal forma sutil que chega a passar despercebido: ao estabelecer-se, no citado artigo, que o juiz *absolverá* o acusado em determinados casos, mantém-se forte carga de direito processual penal do autor, e não do fato, levando o julgador – sem que disso se aperceba – a focar-se mais no acusado e na capacidade da defesa de afastar as teses acusatórias do que no fato imputado, ou melhor, nos próprios argumentos com base nos quais a acusação almeja obter uma decisão de procedência do pedido.

Esse problema, a nosso ver, exige imediata solução, a qual passa, por óbvio, pela reconstrução – entre tantos outros, também, – do Título XII do Livro I do CPP e, em especial, de seu art. 386, de modo a deixar clarificar o aspecto de norma de juízo da garantia do estado de inocência. O que se operaria pela inserção de um texto normativo que estipulasse, sem deixar dúvidas nesse sentido, que o juiz somente poderá julgar procedente o pedido condenatório formulado pelo órgão de acusação se comprovados todos os

fundamentos que o sustentam, isto é, se demonstrados autoria, materialidade, tipicidade, ilicitude, culpabilidade e punibilidade do acusado. Enfim, todos os elementos do crime e pressupostos para aplicação da pena estipulados no Código Penal. E que, em qualquer outra situação, seja porque o órgão de acusação não logrou o êxito em demonstrá-los, seja porque a defesa diligentemente conseguiu afastá-los, a decisão judicial deveria ser de improcedência do pedido condenatório.

Mas, e enquanto tal modificação legislativa não se opera, seja por meio de outra reforma no texto do CPP de 1941, seja pela edição de um novo Código? Contentar-nos-emos em aplicar a regra do art. 386, a despeito de sua patente incompatibilidade com a garantia do estado de inocência? Por óbvio que não, afinal, a força normativa da Constituição³⁸ torna possível a sua aplicação diretamente aos casos concretos, ainda que inexista lei específica ou mesmo que tal lei, existente, esteja em descompasso com o texto superior.

No caso, as garantias constitucionais integrantes do modelo constitucional de processo penal, em especial a garantia do estado de inocência, permite – e mesmo exige – a releitura do art. 386 do CPP, de modo a se fazer com que, de fato, a decisão condenatória somente seja proferida quando validados, por meio da atividade probatória desenvolvida sob o ônus da acusação, os argumentos por esta apresentados como fundamento do pedido condenatório.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. **Revista de Processo**, ano 22, n. 87, São Paulo: RT, p.63-69, jul.-set. 1997.

ANDOLINA, Ítalo Augusto; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**: corzo di lezioni. Torino: G. Giappichelli, 1990.

ARANHA, Adalberto José Camargo. **Da prova no processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva: 1999.

³⁸ BARROSO, Luis Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)Forma do processo penal**: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/09 e 11.719/08. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. In: GUERRA, Roberta Freitas; SILVA, Fernando Laércio Alves da; DEL NERO, Patrícia Aurélia (Org.). **Neoconstitucionalismo em perspectiva**. Viçosa: UFV, 2014, p. 28-61.

BRASIL. **Códigos 3 em 1 Saraiva**: Penal; Processo Penal e Constituição Federal. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DALLE, Ulisses Moura. Legalidade e arbítrio no processo jurisdicional democrático. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, ano 8, v. XIII, Rio de Janeiro: UERJ, p. 835-857, jan/jun. 2014.

DEL NEGRI, André Luis. Processo e decisão jurídica. **Revista Brasileira de Direito Processual**, ano 21, n. 84, Belo Horizonte: Fórum, p. 203-224, out./dez. 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FARIA, André Luiz Chaves Gaspar de Moraes. **Os poderes instrutórios do juiz no processo penal**: uma análise a partir do modelo constitucional de processo. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LOPES Jr, Aury Celso Lima. **Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

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.

OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. **Direito, política e filosofia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROSA, Alexandre Morais. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Lumen Juris, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1.ed. 2.tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. (Mais) Uma (re)forma solipsista (Prefácio). In: BARROS, Flaviane Magalhães de. **(Re)Forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/09 e 11.719/08**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. XIX-XXVIII.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4.ed. São Paulo: RT, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v.1. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VÉLIZ, Claudio Pavlic; VEGA, Luis Cordero. La defensa en el nuevo proceso penal chileno. **Revista de Derecho Procesal**. n.20, Santiago: Universidad de Chile, p. 181-203, 2005.