

## Semana do STF: do “in dubio pau no reo” ao caso Flávio Bolsonaro

Efetivamente de tédio ninguém morre no processo penal brasileiro, e esta semana foi intensa. Iniciamos com a notícia da decisão monocrática do ministro Fux, na AP 969 (DF), no sentido de que o empate no julgamento colegiado não deveria — necessariamente — ser resolvido pelo princípio do *favor rei*, decorrência do *in dubio pro reo*. Entendeu o ministro, invocando o artigo 13, VII do RISTF, que competia à presidência da corte decidir sobre questões de ordem, como essa suscitada pela defesa. A questão nuclear da decisão era *"a análise do pedido de prolação de provimento absolutório, na AP 969, tendo em vista a circunstância de que, estando vaga uma cadeira desta Corte, a existência de cinco votos absolutórios deveria ser interpretada em favor do réu e do status do julgamento para tomada do voto do desempate"*.



Entendeu o ministro Fux que a regra do empate *pro reo* estaria prevista

no Regimento Interno do STF e no CPP exclusivamente para os casos de julgamento de *habeas corpus*, priorizando essas normas — para os demais julgamentos — a obtenção do voto de desempate. E afirma o ministro: *"A solução favorável em caso de empate no habeas corpus, portanto, constitui regra excepcionalíssima, que não pode ser estendida a casos distintos dos previstos"*. E concluiu no sentido de que *"A previsão expressa e específica de 'habeas corpus' e 'recursos em matéria criminal' não admite extensão a casos de distinta natureza"*.

Culminou por *"rejeitar o pedido de absolvição do réu, quando configurado empate na votação, porquanto inexistente situação analógica à prevista na regra excepcionalíssima, incidente exclusivamente em sede de habeas corpus e de recurso ordinário em matéria criminal"*.



Essa decisão monocrática faz uma leitura bastante reducionista do milenar *in dubio pro reo* beira o solipsismo, na medida em que simplesmente desconsidera, não apenas as categorias e especificidades do processo penal, mas toda luta histórica da liberdade, da gestão do erro judicial e da própria presunção de inocência. É a pretensão de ser um marco zero de interpretação de um conceito que tem historicidade e razão de existir, Que é milenar e, como sempre se diz em qualquer aula de processo penal: muita gente morreu na fogueira para chegarmos no *in dubio pro reo*.

Na idade média, o filósofo Maimónides pregava que era melhor absolver mil acusados culpados do que condenar um único inocente. Poderíamos recordar a *Blackstone's Formulation*, do jurista inglês William Blackstone, baseada na passagem bíblica de Gênesis 18, de que é melhor absolver dez culpados do que condenar um inocente. Benjamin Franklin defendia a equação de 100 para um. Enfim diversas foram as fórmulas defendidas ao longo da história, mas sempre com um ponto em comum: jamais se pode condenar em dúvida e a dúvida sempre beneficia o acusado.

Nesta semana, [Lenio Streck \[1\]](#) também analisou a decisão do ministro Fux e trouxe uma importante passagem da mitologia grega. Ensinou Lenio: "*Vejam os Ésquilo e a trilogia Orestéia — peça Eumênidas. Orestes mata a mãe e o amante dela. Que por sua vez mataram o pai de Orestes. Ele se vingou. As Eríneas, deusas da raiva (que hoje moram nas redes sociais), queriam o rim e o fígado de Orestes. A Deusa Palas Atena, atendendo à intermediação dos deuses Apolo e Hermes, concede a Orestes o direito a um julgamento. Um júri. Com jurados imparciais. A imparcialidade é exigência até na mitologia. O resultado deu empate. E a Juíza-Deusa Paula Atena proferiu o primeiro in dubio pro reo da história. E absolveu Orestes*". Bingo.

A lamentável decisão do ministro Fux desconsidera a complexa fenomenologia do processo penal, algo que já se manifestou em outras decisões do ilustre ministro, possivelmente fruto do lugar de fala como civilista e do apego à equivocadíssima teoria geral do processo (civil), especialmente no que tange ao erro da transmissão mecânica das categorias do processo civil ao processo penal (tão bem denunciado por James Goldschmidt no *capo lavoro* "Problemas Jurídicos y Politicos del Proceso Penal").

Desconsidera que o Princípio 'favor rei', que decorre do '*in dubio pro reo*', está diretamente relacionado ao nível de evolução civilizatória do processo penal e da própria sociedade. Dialoga com a eficácia da presunção de inocência, com a exigência de prova robusta, acima de qualquer dúvida razoável, para que se justifique uma condenação. Se empatou é porque o Ministério Público não conseguiu provar sua tese, não se libertou de sua carga probatória. Empate não é comprovação de veracidade, todo o oposto, até porque dúvida não é igual a 'verdade', não é igual a certeza, não é igual a pleno convencimento. Dúvida é ausência de elementos comprobatórios suficientes. A dúvida é a antítese do raciocínio exigido para chegar a qualquer conclusão, a qualquer decisão contra o réu.

Por qualquer ângulo do processo penal que se olhe, o *in dubio pau no reo a la Fux* é uma violência ilegítima e insustentável. Lamentável retrocesso, que torcemos seja apenas uma decisão isolada, que constitua um momento a ser esquecido na história do processo penal brasileiro.

Mas a semana teve mais uma decisão relevante proferida pelo STF, felizmente muito menos traumática e mais esclarecedora: prerrogativa cruzada no caso Flávio Bolsonaro-rachadinhas e o alcance do entendimento anterior da AP 937.

Recordemos o caso: Flávio Bolsonaro é denunciado por supostamente ter praticado vários crimes no caso do *esquema da rachadinha*, em tese ocorridos entre 2007 e 2018, quando ele era deputado estadual. Em 2018 é eleito senador. E aqui nasce a questão processual a ser analisada: quem julga o atual senador por crimes em tese praticados antes de ser empossado no Senado, mas enquanto exercia o mandato de deputado estadual? No último posicionamento — bastante restritivo — do STF acerca do alcance da prerrogativa de função, externado na AP 937, em síntese, [se fixou](#) que [2]:

- a prerrogativa de foro dos deputados e senadores somente se aplica aos crimes cometidos durante o exercício do cargo;
- a prerrogativa somente se aplica aos crimes praticados durante o exercício do cargo e relacionados às funções, ou seja, *propter officium*;
- cessado o exercício da função, cessa a prerrogativa, exceto se iniciada a instrução, situação em que haveria uma *perpetuatio jurisdictionis*.

Recordemos ainda que em 25/8/1999 foi cancelada a Súmula 394 do STF, que estabelecia: "*Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício*". Também foi declarado inconstitucional o artigo 84, §§ 1º e 2º do CPP, que ia no mesmo sentido.

E o que decidiu a 2ª Turma do STF nesta semana?

Por manter a decisão do TJ-RJ, confirmada pela 5ª Turma do STJ, no sentido de que compete ao TJ-RJ o julgamento do atual senador, porque o crime foi praticado enquanto era deputado estadual e houve uma sucessão de mandatos (de deputado estadual para senador) sem interrupção. Inconformado, o Ministério Público perde o prazo para manejar o recurso adequado e impetra uma reclamação no STF. Diante desse cenário, decidiu a 2ª Turma, por 3 votos a 1 (vencido ministro Fachin), por não acolher a reclamação do MP/RJ.

O primeiro obstáculo foi formal, inadequação da via recursal eleita, pois a reclamação não pode ser utilizada em substituição do recurso correto e, portanto, contra decisão preclusa (Súmula 734 do STF).

Mas o STF acabou entrando no mérito da questão e avalizando a tese do mandato cruzado, mantendo a prerrogativa — *prorrogatio fori* — a rigor incompatível com os paradigmas definidos no julgamento da AP 937, pois viola o princípio da 'atualidade do exercício do cargo'. Cessado o mandato como deputado estadual, deveria cessar a prerrogativa e o feito ser redistribuído para o juízo de 1º grau. Tampouco poderia o TJ-RJ julgar, hoje, um senador. Até certo ponto, essa decisão (poderia) representa(r) um retorno à revogada súmula 394 do STF (e ao declarado inconstitucional artigo 84, §§ 1º e 2º do CPP).



No voto condutor do julgamento, o ministro Gilmar Mendes sublinha que o "*enunciado da Súmula 394 do STF e a Lei 10.628/2002 não pressupõe a situação fática de continuidade de mandatos, ainda que de natureza diferente, como ocorre no caso concreto, de modo que não há que se falar em aderência normativa entre as decisões*". Quanto a AP 937, entendeu o ministro Gilmar que o lá decidido teria índole subjetiva (não erga omnes, portanto) e não atingiria quem não foi parte. Advertimos, porém, que os tribunais têm aplicado o entendimento da AP 937 de forma ampla e irrestrita, não apenas entre as partes da ação.

E aqui fica cravada mais uma advertência do ministro Gilmar e que deverá ser levada em consideração por todos os demais tribunais, que não só aplicam o entendimento da AP 937 indistintamente, como inclusive têm estendido aos detentores de outros cargos políticos (deputados estaduais, governadores, etc.) não mencionados na decisão do STF.

E mais uma advertência importante se extrai do voto do ministro Gilmar: "*Em outras palavras, a razão de decidir da AP 937 QO não endereçou o conteúdo de normas fora do texto da Constituição Federal que eventualmente atribuíssem foro especial por prerrogativa de função no âmbito de outros Tribunais, tais como nos Tribunais de Justiça, nos Tribunais Regionais Federais ou mesmo no Superior Tribunal de Justiça*".

Vejam: a razão de decidir da AP 937 não pode então ser aplicada de forma ampla e irrestrita, para prerrogativas de função de outros tribunais.

Então, a atual decisão do STF não apenas reconhece a figura do 'mandato cruzado' (quando existe a continuidade do exercício do cargo, ainda que submetendo o agente a prerrogativas em foros diferentes) como faz uma releitura da anterior decisão proferida na AP 937, que deve servir de baliza para o agir dos tribunais estaduais, regionais federais e do próprio STJ.

Enfim, se começamos a semana muito mal com o *in dubio pau no reo*, terminamos um pouco melhor, com o STF revisitando um entendimento problemático, que restringia o que a lei não restringe e que ainda teve sua aplicação ampliada pelos tribunais inferiores. Mas infelizmente, em termos de competência, essas oscilações geram uma imensa insegurança jurídica.

[1] <https://www.conjur.com.br/2021-nov-30/lenio-streck-principio-principio-in-dubio-pro-reo>

[2] Como explicamos com Alexandre Morais da Rosa na coluna publicada em 11/05/2018: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-11/limite-penal-entenda-julgamento-stf-restricao-prerrogativa-funcao>