



**A MITIGAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA DECISÃO
MONOCRÁTICA DO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA
AP 969/DF À LUZ DA TEORIA GERAL DO PROCESSO PENAL**

**THE MITIGATION OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE IN THE
MONOCRACY DECISION OF THE PRESIDENT OF THE FEDERAL
SUPREME COURT IN AP 969/DF IN THE LIGHT OF THE GENERAL
THEORY OF THE CRIMINAL PROCEDURE**

<i>Recebido em:</i>	03/05/2023
<i>Aprovado em:</i>	02/06/2023

Sergio Torres Teixeira¹

Lucas Gondim Chaves Regis²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo principal apontar a necessidade de uma teoria geral do processo específica para o processo penal e as possíveis repercussões em decisões judiciais de sua ausência. Fizemos, preliminarmente, um panorama geral sobre o instituto da presunção de inocência no processo penal brasileiro e expusemos a sua proeminência no funcionamento do estado democrático de direito. Tendo como referência as bases estabelecidas por esse postulado, analisamos uma decisão monocrática do Presidente do Supremo Tribunal Federal na AP 969/DF à luz do atual estado da arte que critica a existência de uma teoria geral do processo para discutir se essa decisão utilizou as bases estruturantes do processo penal e se a existência da teoria geral do processo repercute e interfere no funcionamento do sistema de justiça criminal. Utilizamos a dogmática jurídica como método dedutivo e técnica de pesquisa foi a análise de documentação indireta com intenção de sugerir caminhos de argumentação e decisões diante de conflitos a partir da crítica do uso de uma teoria geral do processo que seria

¹ Doutor em Direito (2004, UFPE). Professor Associado IV da Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE e Professor Adjunto IV da Universidade Católica de Pernambuco. Pesquisador-Líder do Grupo de Pesquisa LOGOS – Processo, Hermenêutica e Tecnologia. Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/5251373969908944>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8729-5563> Endereço Eletrônico Principal: sergiotteixeira@uol.com.br Endereços Eletrônicos Secundários: sergio.torres@trt6.jus.br, sergio.teixeira@ufpe.br e sergio.torres@unicap.br

² Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8252151327151375> ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9882-5147>. Email: lucasgchaves@gmail.com.



adequada para todos os ramos do direito, mas que, na verdade, funciona como uma teoria geral do processo civil com as categorias próprias desse ramo.

Palavras-chave: Processo Penal. Teoria Geral do Processo. Garantias Constitucionais do Processo. Presunção de Inocência.

ABSTRACT

The main objective of this article is to point out the need for a general theory of the process specific to criminal proceedings and the possible repercussions on judicial decisions of its absence. We made, preliminarily, an overview of the institute of the presumption of innocence in the Brazilian criminal procedure and exposed its prominence in the functioning of the democratic state of law. Having as reference the bases established by this postulate, we analyze a monocratic decision of the President of the Federal Supreme Court in AP 969/DF in the light of the current state of the art that criticizes the existence of a general theory of the process to discuss if this decision used the bases elements of the criminal procedure and whether the existence of the general theory of the process affects and interferes with the functioning of the criminal justice system. We used legal dogmatics as a deductive method and research technique was the analysis of indirect documentation with the intention of suggesting paths of argumentation and decisions in the face of conflicts from the criticism of the use of a general theory of the process that would be suitable for all branches of law, but which, in fact, functions as a general theory of civil procedure with the categories proper to this branch

KeyWords: Criminal Proceedings. General Theory of Procedure. Constitutional Guarantees of the Judicial Process. Presumption of Innocence.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo principal apontar a necessidade de uma teoria geral do processo específica para o processo penal e as possíveis repercussões em decisões judiciais de sua ausência. Ele trata sobre de uma das velhas/novas pautas que permeiam os tribunais superiores. No final do ano de 2021, no julgamento das Ações Penais (APs) de nº 969, 973 e 974 que tramitam no Supremo Tribunal Federal (STF) – relatoria do Ministro Gilmar Mendes voltou à tona a seguinte discussão: se houver empate no julgamento de matéria penal deverá prevalecer a decisão mais favorável ao acusado?



O princípio da presunção de inocência é um dos fundamentos estruturantes do processo penal é necessário que sua aplicabilidade seja ampla. E é através do pressuposto que este postulado possui posição de proeminência, torna-se incompreensível que em uma situação de dúvida razoável o julgador não decida de maneira favorável ao acusado.

Por esses motivos, a reflexão proposta neste trabalho será dividida em três partes.

Primeiramente, busca-se traçar um panorama geral sobre o instituto da presunção de inocência no processo penal brasileiro que fundamenta o Estado de Direito com o modelo de uma política criminal de repele um discurso repressivo e inquisitorial e prioriza a dignidade da pessoa humana. Analisando as três funções que a presunção de inocência exerce no processo penal se compreende que a regra de juízo é a mais adequada para analisar em que cenário o postulado fundamental se enquadra no julgamento da Ação Penal 969/DF pelo Supremo Tribunal Federal.

Em seguida, é realizada uma análise do julgamento da ação penal 969/DF desde o momento em que foi apreciada de forma colegiada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em conjunto com as APs 973 e 974 e, diferente destas, teve resultado inconclusivo com o empate na votação até ser declarada suspensa de forma monocrática pelo Presidente Supremo Tribunal Federal. Nessa decisão, entendeu o Presidente da Corte que a situação de empate não seria condição suficiente a geral dúvida razoável em torno da imputação penal que ensejaria o prestígio de status de inocência do acusado.

É a partir dessa premissa fixada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal que o trabalho vai analisar em que medida o uso de uma teoria geral do processo impõe ao processo penal categorias que não lhe são próprias e termina por desconfigurar os seus institutos fundamentais. Na decisão monocrática na 969/DF é possível visualizar que ocorreu uma mitigação do princípio da presunção de inocência por meio de fundamentos que ignorar a incidência desse postulado como regra de juízo que como tal determina a absolvição do acusado em caso de relevante dúvida.

Sem pretensão de esgotar um tema dotado de complexidade, o trabalho visa apontar o estado da arte sobre a necessidade de uma teoria geral do processo específica para o processo penal. Nesse sentido, busca-se responder: A decisão do ministro Presidente do



Supremo Tribunal Federal utilizou as bases estruturante do processo penal? Como a existência de uma teoria geral do processo repercute e interfere no funcionamento do sistema de justiça criminal?

Esses foram os questionamentos que delinearão o trabalho. Para responde-los, utilizamos a dogmática jurídica como método dedutivo e técnica de pesquisa foi a análise de documentação indireta com intenção de sugerir caminhos de argumentação e decisões diante de conflitos a partir da crítica do uso de uma teoria geral do processo que seria adequada para todos os ramos do direito, mas que, na verdade, funciona como uma teoria geral do processo civil com as categorias próprias desse ramo. Dessa forma, espera-se poder reunir informações que vão servir de esteio para pesquisas mais aprofundadas sobre as bases que alicerçam o sistema de justiça criminal nos tribunais superiores.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Uma frase conhecida de James Goldschmidt considera que o processo penal é uma espécie de “termômetro democrático” (GOLDSCHMIDT, 1935, p. 67) no sentido que este ramo do direito pode aferir a aderência de um Estado à democracia através do implemento de sua política criminal-processual. É nesse contexto que a presunção de inocência se insere como um dos pilares em que o Estado de Direito se alicerça. Advinda das posições reformadoras da justiça penal que almejavam um sistema punitivo mais humano, a presunção de inocência atua na contramão da justiça penal do Século XVII, considerada como a “era dos suplícios”, marcada pelo desequilíbrio entre o poder punitivo estatal e os direitos da pessoa acusada (FOUCAULT, 2014, p.35-69).

A adoção desse postulado como fundamento do processo penal implica numa opção pela pessoa e se desvencilha de um discurso repressivo que viabiliza a repressão de direitos fundamentais em detrimento de uma alegada defesa da sociedade. De acordo a Observação Geral 13 do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, a presunção de inocência é considerada como o direito a que “o ônus da prova recaia sobre a acusação



e o acusado tenha o benefício da dúvida”, não se podendo “presumir a culpa de alguém, a menos que a acusação tenha demonstrado sua culpa fora de qualquer dúvida razoável”. Já a Observação Geral 32 deste mesmo Comitê, em sentido similar, estabelece que a presunção de inocência “impõe o ônus da prova à acusação, garante que não se presuma a culpabilidade a menos que se tenha demonstrado a acusação fora de toda dúvida razoável, assegura que o acusado tenha o benefício da dúvida, e exige que as pessoas acusadas de um delito sejam tratadas em conformidade com esse princípio”.

São através dessas premissas fixadas que é possível compreender que a presunção de inocência funciona como princípio fundamental da civilidade “fruto de uma opção garantista a favor da tutela da proteção dos inocentes, inclusive com o preço da impunidade de algum culpado” (FERRAJOLI, 2000, p. 549).

Como princípio informador do processo penal, Jordi Ferrer Beltrán destaca que a presunção de inocência é tida como base de todo o procedimento criminal, pois, além de condicionar sua estrutura, limita o Poder Legislativo, que deve regular o processo penal de determinado modo, e serve como critério de interpretação das normas vigentes (BELTRÁN, 2018, p. 146-147).

Essas características condizem com a definição dada por Gustavo Badaró ao considerar a presunção de inocência como garantia política:

A primeira, e talvez a mais importante forma de analisar o princípio, é como garantia política do cidadão. O processo, e em particular o processo penal, é um microcosmos no qual se refletem a cultura da sociedade e a organização do sistema político. Não se pode imaginar um Estado de Direito que não adote um processo penal acusatório e, como seu consectário necessário, o *in dubio pro reo*. A presunção de não culpabilidade é um fundamento sistemático e estrutural do processo acusatório. O princípio da presunção de inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana. Há um valor eminentemente ideológico na presunção de inocência. Liga-se, pois, à própria finalidade do processo penal: um processo necessário para a verificação jurisdicional da ocorrência de um delito e sua autoria (BADARÓ, 2012, *passim*).

Essas considerações iniciais sobre a presunção de inocência denotam que esse postulado é imprescindível para o bom funcionamento de regimes democráticos



porquanto atua como verdadeiro dique de contenção de arbitrariedades no poder judiciário e resguarda a utilização do direito penal do autor.

Sob aspectos mais pragmáticos no que se refere à sua aplicabilidade, o princípio da presunção de inocência no Brasil é previsto pela Constituição Federal de 1988 por meio do artigo 5º, LVII e, para sua materialização, assume pelo menos três funções importantíssimas no Processo Penal:

(i) de regra de tratamento processual – as pessoas sob investigação ou acusadas por um delito devem ser tratadas como inocentes; (ii) de regra probatória – o ônus da prova acerca da responsabilidade recai sobre a acusação; e (iii) de regra de juízo – ninguém pode ser considerado culpado a menos que se tenha comprovado a acusação para além de qualquer dúvida razoável, em processo que respeite seus direitos e garantias fundamentais. (GIACOMOLLI apud SOUZA FILHO, 2022, p. 197-198).

A partir da literalidade do texto constitucional das funções acima elencadas, é possível estabelecer a presunção de inocência como relevante motriz funcionamento do sistema de justiça criminal porquanto a pessoa deve ter o seu estado de inocência preservado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Através dessas considerações, é imprescindível para este trabalho analisar as três diretrizes assentadas pela presunção de inocência para, ao final deste tópico, apontar qual delas é a mais adequada para a decisão judicial objeto do presente trabalho.

A presunção de inocência como regra de tratamento processual, em linhas gerais, impede que o acusado seja tratado como culpado antes do trânsito em julgado do processo implicando no tratamento daquele envolvido na persecução penal como se fosse inocente (MORAES, 2010, p. 427). É a partir desse mandamento que se decorre a conclusão de que uma pessoa acusada não poderá ser submetida a qualquer sanção antes de uma sentença definitiva, transitada em julgado. De acordo com Ademar Borges de Souza Filho é precisamente dessa que decorre o caráter excepcional das medidas cautelares processuais, como a prisão preventiva, e que estas não podem ser utilizadas como forma de punição antecipada (SOUZA FILHO, 2022, p. 198).

Sintetizando essa regra, Adauto Suannes afirma que



[...] nada justifica que alguém, simplesmente pela hediondez do fato que se lhe imputa, deixe de merecer o tratamento que sua dignidade de pessoa humana exige. Nem mesmo sua condenação definitiva o excluirá do rol dos seres humanos, ainda que em termos práticos isso nem sempre se mostre assim. Qualquer distinção, portanto, que se pretenda fazer em razão da natureza do crime imputado a alguém inocente contraria o princípio da isonomia, pois a Constituição Federal não distingue entre mais-inocente e menos-inocente. O que deve contar não é o interesse da sociedade, que tem na Constituição Federal, que prioriza o ser humano, o devido tratamento, mas o respeito à dignidade do ser humano, qualquer que seja o crime que lhe é imputado (SUANNES, 1999, p. 232).

A leitura que se pode fazer a partir dessas considerações é que a presunção de inocência assegura que a pessoa sob a qual recai uma imputação não pode ser taxado como inocente de forma presumida porquanto é e será inocente até o que inverso seja demonstrado através de um decreto condenatório irrecorrível. Com isso, se busca evitar juízos condenatórios precipitados assegurando qualquer cidadão contra eventuais excessos das autoridades públicas.

Já como regra probatória, em regra, o princípio da presunção de inocência estabelece requisitos procedimentais para a superação do estado de inocência do acusado. Casos esses requisitos não sejam observados restará violada a garantia da presunção de inocência.

É a partir dessa regra que é fixada a premissa de que o acusado só pode ser declarado culpado ao final de um processo permeado por todas as garantias processuais onde o acusado só pode ser declarado culpado ao final de um processo sendo o ônus da provar essa culpabilidade exclusivo para quem promove a acusação (SOUZA FILHO, 2022, p. 199). Com essa atribuição exclusiva do ônus prova para a acusação, Aury Lopes Júnior afirma que

(...) a partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada. Existe uma presunção que deve ser destruída pelo acusador, sem que o réu (e muito menos o juiz) tenha qualquer dever de contribuir nessa desconstrução (direito de silêncio – *nemo tenetur se detegere*). (...) É importante recordar que, no processo penal, não há distribuição de cargas probatórias: a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência (LOPES JR, 2012, 549).



Os princípios democráticos e o modelo constitucional adotado da presunção de inocência como regra probatória obstaculizam a culpa penal por presunção ou a responsabilidade criminal por suspeita. Nestes exatos termos não podem repercutir em desfavor do acusado situações jurídicas indefinidas, elementos de informação não provados ou juízos prematuros de culpabilidade.

Luigi Ferrajoli pondera que, através da regra probatória, incumbe a acusação descobrir hipóteses e provas e a defesa tem o direito de contradizer com contrahipóteses e contraprovas (FERRAJOLI, 2000, p. 152). É por meio desse preceito que mais recentemente a presunção de inocência vem sendo utilizada com base para o estabelecimento de um *standard* probatório que considera uma condenação válida pela sua capacidade em fixar um parâmetro objetivo e controlável sobre o grau de probabilidade ou certeza aptos a autorizar a superação do status de inocência (NARDELLI, 2016, p. 66-65).

São as partir dessas considerações de podemos concluir que a imparcialidade é pressuposto para uma decisão legítima e racional, pressuposto então da regra probatória.

Esta garantia exige equidistância em relação às partes e ausência de interesse do julgador no objeto do caso. Além disso, requer o desconhecimento de elementos de informação, provas ilícitas ou do próprio inquérito policial, sob pena do juiz ficar inconscientemente vinculado aos elementos que conheceu antes da audiência de instrução e julgamento. Por fim, a vertente probatória da presunção de inocência assegura que a sentença pena condenatória advém de decisão devidamente fundamentada reflexo dos argumentos e provas trazidos ao processo pelas partes, órgão da acusação e defesa, possibilitando a construção da verdade no processo penal.

A condição do Estado Democrático de Direito deflagra decorrências diretas e incisivas para o exercício do Poder Jurisdicional, primordialmente na esfera criminal, estabelecendo, através de uma epistemologia garantista, os signos através dos quais se construirá a verdade no processo, signos estes que preconizam a participação equânime das partes em contraditório na construção do provimento e o reconhecimento de limites bem definidos para a intervenção dos direitos das pessoas (PINTO, 2012, p. 91).



Com isso, em uma ponderação entre o direito de punir do Estado e o status de liberdade do imputado, este último deve prevalecer quando não for superado o limite da dúvida razoável. Esta regra probatória se justifica em razão do direito à liberdade envolvido e dos riscos de eventual condenação equivocada.

Em profunda conexão com a regra probatória, a terceira regra fixada pelo princípio de presunção de inocência determina que, a presunção de inocência somente poderá ser superada por uma condenação que resultar da valoração integral do conjunto probatório dos autos (SOUZA FILHO, 2022, p. 200) e esse conjunto apresente existência de todos os elementos do crime e da participação do acusado. Em caso de relevante dúvida, o juiz deve absolver o acusado. Sobre o tema, Aury Lopes Júnior e Gustavo Badaró ponderam que

A 'presunção de inocência' também pode ser vista sob uma ótica técnico-jurídica, como regra de julgamento a ser utilizada sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo. Trata-se, pois, de uma disciplina do acertamento penal, uma exigência segundo a qual, para a imposição de uma sentença condenatória, é necessário provar, eliminando qualquer dúvida razoável, o contrário do que é garantido pela presunção de inocência, impondo a necessidade de certeza. Nesta acepção, presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*. É de se destacar que, em tal caso, embora a presunção de inocência esteja diretamente ligada à prova, não se trata de uma presunção em sentido técnico processual (BADARÓ; LOPES JÚNIOR, 2016).

Dessas considerações se constata que a regra de julgamento estabelece que enquanto não for provada, pela sentença, a culpabilidade do acusado ele não poderá, de maneira alguma, ser tratado como culpado.

A regra de julgamento estabelece que a imparcialidade é o pressuposto fundamental para a aplicação do *in dubio pro reo* através do ônus probatório atribuído à acusação. Afrânio Silva Jardim, ao analisar essa regra, pondera que, o *in dubio pro reo* não admite "aplicação parcial, sob pena de se desfigurar. Ou o benefício da dúvida favorece, sempre e em todos os casos, o réu, ou não se adota o princípio. Não há meio-termo, a plenitude está ínsita no princípio, decorrendo de sua própria natureza". (JARDIM, 2013, p. 33).

As considerações apresentadas pela regra de julgamento denotam que, em situações de dúvida, o acusado deverá ser absolvido. Por isso, surge relevante questão a



ser analisada quando em julgamento colegiado ocorre a situação de um empate: qual resultado deveria prevalecer? A regra de julgamento, com tudo que foi apresentado, nos parece como antídoto para a solução da controvérsia. Como visto, ela estabelece certos critérios a serem seguidos na técnica de averiguação e julgamento de um fato supostamente criminoso e atribui a essas atividades parâmetros ético-jurídicos que vão orientar tanto a forma de se produzir as provas no processo penal quanto a sua valorização pelo juiz em sua decisão (LOPÉZ, 2005, p. 157-158).

Por esses motivos elencados que é sobre essa regra que o artigo irá se debruçar para analisar como a presunção de inocência se enquadra no julgamento da Ação Penal 969/DF pelo Supremo Tribunal Federal.

3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O JULGAMENTO DA AP 969/DF

O sistema de justiça criminal, sobretudo nos tribunais superiores, se depara de tempos em tempos com algumas discussões vestidas sob o manto da novidade não obstante já tenham sido objeto de apreciação em outros momentos. No final do ano de 2021, no julgamento das Ações Penais (APs) de nº 969, 973 e 974 que tramitam no Supremo Tribunal Federal (STF) – relatoria do Ministro Gilmar Mendes – uma dessas velhas/novas pautas voltou a ser discutida: se houver empate no julgamento de matéria penal deverá prevalecer a decisão mais favorável ao acusado?

A análise do mérito das ações penais julgadas em conjunto por se tratarem de crimes conexos diz respeito às acusações movidas contra o ex-deputado federal André Luiz Dantas Ferreira André Luiz Dantas Ferreira pela prática de crimes de responsabilidade de prefeito (art. 1º, I e II, do Decreto-Lei 201/67) e de formação de quadrilha (artigo 288 do Código Penal).

O mérito das Ações Penais foi submetido a julgamento conjunto do Plenário do Supremo Tribunal Federal em sessão realizada em 29/09/2021. No julgamento das APs 973 e 974 o mérito foi julgado, por maioria, procedente para condenar o acusado nas penas do art. 1º, I e II, do Decreto-Lei n. 201/1967, c/c os arts. 29 e 71 do Código Penal, e pela prática do crime previsto no art. 288, também do Código Penal e submetê-lo a pena



total de 08 (oito) anos e 3 (três) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, e à pena acessória prevista no § 2º, artigo 1º, do Decreto-Lei n. 201/1967, de inabilitação, por 05 (cinco) anos, para o exercício de cargo ou função pública.

Já no julgamento da AP 969/DF não houve maioria para condenar ou absolver o acusado. O Ministro Relator Gilmar Mendes proferiu voto no sentido de afastar as preliminares sustentadas pela defesa e julgar improcedente a denúncia apresentada para absolver o acusado de todas as imputações ao considerar a ausência de provas suficientes para a condenação. Seu voto foi acompanhado pelo Ministro Revisor Ricardo Lewandowski e pelos Ministros Dias Toffoli, Alexandre de Moraes e Nunes Marques. Em sentido contrário, o Ministro Edson Fachin abriu voto divergente para condenar o acusado de todas as imputações e foi acompanhado nesse sentido pelos Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Luiz Fux (Presidente do STF). Com o resultado empata o julgamento foi suspenso para que se aguardasse a posse do 11º Ministro do STF (André Mendonça) que iria proferir o voto de desempate.

Em seguida, a defesa do acusado apresentou petição dirigida ao Ministro Relator (Gilmar Mendes) para solicitar que ele formulasse uma Questão de Ordem para ser apreciada pelo Plenário da Corte. A defesa afirmou que desde o ano de 2012 com o julgamento da AP 470 a jurisprudência do STF se firmou no sentido de que, em caso de empate, haveria uma situação de dúvida razoável em torno da imputação penal que ensejaria o prestígio de status de inocência do acusado e, conseqüentemente, decorreria uma interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 150, § 3º, do Regimento Interno do STF³ à luz da garantia fundamental da presunção de inocência. Através dessa linha de entendimento, a defesa requereu a revogação da decisão de suspensão do julgamento e a submissão das questões de ordem à apreciação do Plenário do STF com a conseqüente absolvição do acusado.

O Ministro Relator (Gilmar Mendes) considerou plausíveis as alegações da defesa, mas afirmou que ele e o Ministro Revisor (Ricardo Lewandowski) já haviam suscitado

³ O referido dispositivo, afirma que “Nos habeas corpus e recursos em matéria criminal, exceto o recurso extraordinário, havendo empate, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente ou réu”.



essas questões ao Presidente do STF no julgamento das ações penais e que este último já havia sinalizado que ia apreciar as matérias em momento oportuno. A par desses fundamentos, o Ministro Gilmar Mendes encaminhou “as presentes matérias de ordem pública ao Exmo. Sr. Presidente desta Corte, Ministro Luiz Fux, para análise quanto à possibilidade de submissão ao Plenário do Tribunal, em sede de questão de ordem.” (BRASIL, 2021, p. 06).

O Presidente do STF (Luiz Fux) apreciou a matéria em decisão monocrática proferida no dia 24/11/2021 afirmou que “não assiste razão à defesa” (BRASIL, 2021, p. 06). Sob o ponto específico do presente trabalho, Luiz Fux entendeu que seria incabível a aplicação analógica para as Ações Penais (AP) dos dispositivos que determinam a proclamação do resultado mais favorável ao acusado nos julgamentos de Habeas Corpus (HC) e de Recursos em Habeas Corpus (RHC). E assim o fez sob o argumento de que o HC e seus recursos, por necessitarem julgamento mais célere do que as demais classes processuais, seriam medidas excepcionais no sistema processual penal brasileiro e que, por isso, a regra de benefício ao acusado em caso de empate no julgamento só poderia ser aplicada nessas hipóteses. O Ministro afirma que:

Com efeito, a nossa legislação processual trata de modo excepcionalíssimo a prolação de resultado em caso de empate, preferindo-se o provimento majoritário. Isso não ocorre em caso de habeas corpus porque, na origem, esta ação constitucional voltava-se, quase exclusivamente, à proteção urgente do status libertatis ameaçado ou restrito por decisão absolutamente ilegal. A urgência do writ of habeas corpus é a razão maior da determinação legal de que se proceda à imediata soltura do paciente, em caso de empate, não se recomendando aguardar-se o tempo necessário à prolação do voto de desempate.

As soluções normativas para o caso de empate são variadas, não conduzindo à aplicação da decisão mais favorável em casos outros que não aqueles previstos expressamente em lei (BRASIL, 2021, p. 09)”.

O Ministro conclui sua fundamentação afirmando que a aplicação analógica de normas “analogia exige que haja semelhança entre o caso não previsto na lei e aqueles disciplinados pela norma jurídica que se pretende aplicar para solucionar a controvérsia” e que a “previsão expressa e específica de “habeas corpus” e “recursos em matéria



criminal” não admite extensão a casos de distinta natureza” (BRASIL, 2021, p. 11) e que a AP 969/DF deve permanecer suspensa até que um nome Ministro seja empossado no STF.

Feitas as observações a respeito do julgamento objeto do presente, seguimos com a problematização dos resultados dessa decisão para analisar se esta última teve como fundamentos as bases estruturantes do processo penal e suas possíveis repercussões no funcionamento do sistema de justiça criminal.

4. UMA ANÁLISE DA DECISÃO MONOCRÁTICA DO PRESIDENTE DO STF NA AP 969/DF À LUZ DE UMA TEORIA GERAL DO PROCESSO PENAL

Em quase todos os manuais das diversas disciplinas jurídicas há algumas linhas dedicadas à discussão de sua autonomia em face das demais. Não raro, este discurso é vinculado àquela compreensão positivista do Direito e pretende colocar seus diferentes ramos em compartimentos distintos. Para análise da decisão monocrática do Presidente do STF nos autos da AP 969/DF, o presente trabalho propõe uma discussão sobre autonomia baseada no enfoque teórico no sentido de uma autonomia científica (SILVEIRA, 2012, p. 22).

O direito processual penal já foi comparado por Francesco Carnelutti à Gata Borralheira (Cenerentola, em italiano) da tradição oral popular:

Era uma vez três irmãs que tinham em comum, ao menos, um dos genitores: eram chamadas ciência do direito penal, ciência do processo penal e ciência do processo civil. Ora, acontece que a segunda, em comparação com as demais, que eram muito belas e prósperas, teve uma infância e uma adolescência infelizes. Com a primeira aconteceu de dividir, por muito tempo, o mesmo quarto; e aquela tomou para si o bom e o melhor. (...) Cenerentola, assim, se contentava com as roupas abandonadas de suas irmãs mais afortunadas” (CARNELUTTI, 1976, p. 73-75).

Ao analisar a obra carneluttiana, Aury Lopes Júnior afirma que, em relação à autonomia científica, “o processo penal segue sendo a irmã preterida, que sempre teve de se contentar com as sobras das outras duas” (LOPES JÚNIOR, 2015 p. 02).



O processo penal, como a Cinderela, sempre foi preterido, tendo de se contentar em utilizar as roupas velhas de sua irmã. Mais do que vestimentas usadas, eram vestes produzidas para sua irmã (não para ela). A irmã favorita aqui, corporificada pelo processo civil, tem uma superioridade científica e dogmática inegável. (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 02)

Essa concepção trazida por Carnelutti e analisada por Aury demonstra que desde a sua concepção o processo penal teve seu desenvolvimento científico prejudicado já que lhe “cabiam” institutos de outros ramos sem a devida ponderação sobre a sua funcionalidade.

No que diz respeito a autonomia do direito processual penal em face ao direito penal, Jorge Figueiredo Dias destaca que há entre essas disciplinas, uma relação de mútua complementaridade funcional, que sugere que sejam partes distintas de uma unidade (DIAS, 1974, p. 28-29). Trata-se de noção muito semelhante ao que a doutrina italiana convencionou chamar de instrumentalidade (LEONE, 1969, p. 175). Através dela, se considera o direito processual como instrumental em relação ao direito material, o que significa que o direito penal só seria aplicado por meio do processo.

Com efeito, trata-se de questão extremamente complexa e de difícil solução. Ao tratar sobre o tema, a doutrina majoritária brasileira entendeu de modo afirmativo, empreendendo um esforço epistêmico que consistiu basicamente em adaptar ao processo penal (que tem um discurso científico menos desenvolvido) as categorias teóricas do direito processual civil, tudo em nome de uma teoria geral do processo que já integra o senso comum teórico dos juristas.

A teoria geral do processo, como difundida no Brasil, é obra de Francesco Carnelutti, um dos pioneiros no tratamento sistemático-científico do direito processual, que assumiu ter identificado o conceito fundamental da ciência processual quando desenvolveu seu conceito de lide (SILVEIRA, 2012, p. 29). A lide é definida pelo autor como um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita (CARNELUTTI, 1986, p. 302).



Dentre esses autores adeptos a utilização de uma teoria geral do processo, José Frederico Marques sustenta a unidade do processo para caracterizá-lo como instituto jurídico uno, variando apenas a forma do procedimento e considera que

O direito processual penal não é mais um complemento do chamado direito material. Sua autonomia nos quadros da ciência jurídica está, plenamente, reconhecida e firmada pela moderna doutrina do Direito. O processo tem uma teoria geral, aplicável a todos os seus ramos, e, para fins práticos, está dividido em dois grandes setores: o Direito Processual Civil e o Direito Processual Penal. Este último é o conjunto de princípios e normas que disciplinam a atuação da jurisdição penal, enquanto que o primeiro consiste na regulamentação da jurisdição não penal (MARQUES, 1961, p. 07).

Essa concepção adotada por Marques imagina um processo desvinculado de seus objetivos ou escopos e, com isso, sua natureza de instrumentalidade estaria positivamente ligada tão somente a consecução do direito material e, portanto, hierarquicamente inferior a este.

Já Afrânio da Silva Jardim segue a idéia Carneluttiana de lide pautada no conflito de interesses qualificado pela pretensão de determinado sujeito e pela resistência de interesse alheio. Jardim, contudo, não considera a lide essencial ao processo, pois “casos há em que o conflito de interesses não se faz presente e a existência do processo é indiscutível, até mesmo para declarar esta circunstância” (JARDIM, 2007, p. 22).

Esse entendimento do autor reflete uma posição intermediária sobre a existência de lide no processo penal, no sentido de haver ou não, “dependendo sempre da reação do réu frente à pretensão do autor, tanto na ação condenatória, quanto nas ações penais não condenatórias”.

Segundo Aury Lopes, o erro mais comum dessa doutrina majoritária é que, “para tentar salvar uma inadequada categoria do Processo Civil, vão metendo definições que extrapolam os limites semânticos e de sentidos possíveis” (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 05).

Como adverte Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “teoria geral do processo é engodo; teoria geral é a do processo civil e, a partir dela, as demais”. Ou seja, pensam tudo desde o lugar do processo civil, com um olhar viciado, que conduz a um engessamento do processo penal nas estruturas do processo civil (COUTINHO, 1998, p. 119).



Para Marco Aurélio Nunes da Silveira, a teoria geral do processo é de todo inconcebível na medida em que impõe ao processo penal categorias teóricas alienígenas e ocasionou uma verdadeira e forçosa subsunção do processo penal à teoria do direito processual civil. (SILVEIRA, 2012, 28).

Os autores que consideram improcedente esse “labor teórico unificador” apresentam dois pontos fundamentais para essa imprecisão: (a) o conceito fundamental da teoria geral do processo, a lide, é imprestável a representar o conteúdo do processo penal; (b) os sistemas processuais penal e civil têm conformações principiológicas distintas e inconciliáveis. (SILVEIRA, 2012, 28).

Sobre o primeiro, Rogério Lauria Tucci entende pela irrelevância da lide no processo penal. Tucci considera inadequado a “transposição do conceito civilístico de pretensão para o processo penal” já que a pretensão consiste em elemento “caracterizador da ocorrência de lide – seja pela resistência oposta pelo sujeito passivo da relação jurídica, cuja definição constitui a meta do processo extrapenal de conhecimento; seja pela insatisfação do direito neste reconhecido.” Já no para a existência de processo penal seria necessário apenas a ocorrência, ainda que suposta, de infração, por membro da comunidade, a norma penal material (TUCCI, 2001, p. 34-35).

Aury Lopes Júnior, considera que o conceito de lide penal é imprestável e não faz qualquer sentido. O autor, inclusive, considera equivocado o termo ‘pretensão punitiva’, porquanto o Ministério Público não atua no processo penal como ‘credor’ (cível) que pede a adjudicação de um direito próprio. Ele afirma que

o Direito Civil se realiza todo dia sem Processo Civil (negócios jurídicos etc.), pois é autoexecutável, tem realidade concreta. O Direito Civil só chama o Processo Civil quando houver uma lide, carnelutianamente pensada como um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Já no campo penal tudo é diferente. O Direito Penal não é autoexecutável e não tem realidade concreta fora do processo (LOPES JÚNIOR, 2014).

Para o autor não cabe ao Ministério Público o poder de punir, mas tão somente de promover a ação penal. Por isso, considera que no processo penal “não existe lide, até porque não existe ‘exigência punitiva’ que possa ser satisfeita fora do processo (de novo



o princ. da necessidade). O MP exerce uma ‘pretensão acusatória’ e, o juiz, o poder condicionado de punir” (LOPES JÚNIOR, 2014).

Dialogando com Aury Lopes Júnior, Juarez Cirino dos Santos afirma que:

o processo penal não se constitui processo de partes livres e iguais – como o processo civil, por exemplo, dominado pela liberdade de partes, em situação de igualdade processual –, mas uma relação de poder instituída pelo Estado com a finalidade de descobrir a verdade de fatos criminosos e punir os autores considerados culpados. (SANTOS, 2006, p. 655).

Esse panorama apresentado indica a necessidade de que o processo penal não pode ser influenciado por uma suposta teoria geral do processo – que é na verdade uma teoria geral do processo civil –, que seria aplicável a todos os ramos do direito, e se basear em seus próprios fundamentos estruturantes.

Ao contrário do processo civil, não existe no processo penal uma distribuição de carga probatória (LOPES JÚNIOR, 2014). Pelo fato não consistir num processo de partes livres e iguais, o processo penal atribui integralmente o ônus de prova ao órgão acusador. Caso existam dúvidas a respeito da suficiência probatória apta a submeter uma pessoa a uma condenação criminal o processo penal segue a regra de juízo estabelecida pelo postulado da presunção de inocência e o acusado deverá ser absolvido.

E qual situação jurídica demonstra que mais existiram dúvidas para condenar uma pessoa do que um empate no julgamento? Sob as lentes de um processo penal demarcado por uma teoria baseada em seus próprios fundamentos estruturantes a decisão monocrática do Presidente do STF na AP 969/DF que concluiu que o empate no julgamento de ação penal não favorece o acusado mostra-se incongruente.

A presunção de inocência consiste em princípio estruturador do processo penal, baseado numa opção política, que resulta da convicção de que essa é a melhor forma de garantir o respeito pela dignidade humana, em sede de perseguição penal (BOLINA apud MUNIZ, 2021)

Conforme destaca Gina Ribeiro Gonçalves Muniz, o ônus da dúvida surgida por um empate de votos em um julgamento deve ser suportado pelo Estado que, por sua vez,



possui a “obrigação de produzir provas lícitas e incriminatórias para além de qualquer dúvida razoável” (MUNIZ, 2021).

E qual situação jurídica demonstra que mais existiram dúvidas para condenar uma pessoa do que um empate no julgamento? Sob as lentes de um processo penal demarcado por uma teoria baseada em seus próprios fundamentos estruturantes a decisão monocrática do Presidente do STF na AP 969/DF que concluiu que o empate no julgamento de ação penal não favorece o acusado mostra-se incongruente.

No caso de um empate em julgamento colegiado, é demonstrado que não foi superado o limite da dúvida razoável apto a ensejar uma condenação criminal. Sendo o processo penal parte integrante do aparelho coercitivo estatal, é imprescindível o estabelecimento de proteção da liberdade individual do acusado que assegure condições mínimas para a realização de uma avaliação o mais imparcial possível da responsabilidade criminal (CORDERO, apud SOUZA FILHO, p. 208). É nesse contexto que se insere a presunção de inocência, que, à luz de sua regra de julgamento, atribui como injusta uma condenação criminal quando houver uma dúvida razoável sobre sua culpa (CENTEZO, apud SOUZA FILHO, p. 208).

Nesse sentido, a regra da tomada de decisão para além de qualquer dúvida razoável sinaliza a adesão a um princípio jurídico fundamental para o Estado Democrático de Direito. Sua desconsideração fere de morte o núcleo basilar de funcionamento do sistema de justiça criminal prejudicando o seu funcionamento porquanto a posição de equilíbrio, e não de vantagem, encontra resistência na sua aplicabilidade.

A par desses fundamentos, é possível constatar que a regra de julgamento alicerçada pelo princípio da presunção de inocência foi desconsiderada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, regra esta que, por força da complexa fenomenologia do processo penal, deveria prevalecer sobre qualquer norma regimental.

CONCLUSÕES

Por meio de uma teoria geral específica para o processo penal a decisão é possível compreender que a decisão desconsidera que o princípio favor rei que decorre do in dubio



pro reo é resultado da evolução civilizatória do processo penal e confere eficácia ao postulado da presunção de inocência que exige prova robusta apta a justificar a submissão de uma pessoa à restrição de sua liberdade.

A ocorrência de um empate denota a incapacidade do órgão acusatório em comprovar a veracidade de sua tese. O empate aponta que existiram dúvidas e estas representam uma oposição ao que se exige para se chegar a uma decisão contrária a uma pessoa acusada no processo penal.

Considerando situação de desigualdade que ocorre na relação entre o Estado que pune, processa e acusa para como o jurisdicional a presunção de inocência. Tal postulado não configura posição de vantagem, mas sim de equilíbrio nessa relação e funciona como mecanismo de proteção à pessoa em detrimento do poder punitivo estatal. Com a preservação do estado de inocência do acusado em face de dúvida razoável E é precisamente neste ponto que o processo penal se difere do processo civil que é dominado pela liberdade de partes, em situação de igualdade processual.

No presente artigo, se busca oferecer indícios de como o sistema de justiça criminal nos tribunais superiores vem atuando na observância de postulados fundamentais do processo penal já que, como se sabe, esses julgados são de extrema importância para o funcionamento desse sistema nas instâncias inferiores em virtude de sua posição privilegiada na formação de precedentes obrigatórios.

A forma como a AP 969/DF foi decidida pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, para além dos argumentos de autoridades travestidos de obediência às normas regimentais, denota fortes indícios que a presunção de inocência, foi ignorada em prol de uma fundamentação com argumentos típicos de uma teoria geral do processo.

Como foi abordado neste trabalho, a teoria geral do processo, na forma em que foi recepcionada no Brasil, está entranhada de conceitos do direito processual que, por sua vez, possui bases distintas do direito processual penal. A prevalência de regras de direito processual civil para solucionar controvérsias no âmbito do sistema de justiça criminal pode vir a macular instrumentos fundamentais do processo penal. Sendo a presunção da



inocência um dos seus principais sustentáculos, é inconcebível em um sistema democrático com funcionamento que esse postulado seja descartado.

No caso analisado, a situação de empate ou até mesmo o placar apertado, que apenas surge com o voto de desempate proferido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, não sinaliza um juízo de certeza suficiente para legitimar uma sentença penal condenatória. Logo, deveria prevalecer a regra de julgamento formulada pela presunção de inocência.

Esse panorama apresentado indica a necessidade de que o processo penal não pode ser influenciado por uma suposta teoria geral do processo – que é na verdade uma teoria geral do processo civil –, que seria aplicável a todos os ramos do direito, e se basear em seus próprios fundamentos estruturantes.

Surge com esse posicionamento a uma ainda mais premente necessidade de se incorporar o necessário respeito às categorias jurídicas próprias do processo penal e deixar de lado as roupas velhas de sua irmã mais privilegiada que nunca lhe couberam.

REFERÊNCIAS:

BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. São Paulo: Campus Jurídico, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JÚNIOR, Aury. Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Parecer apresentado nos autos do HC nº 126.292/STF. Consultante: Maria Cláudia de Seixas. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-antecipacao-pena.pdf>>. Acesso em: 29/10/2021.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência. *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 149-182, jan./abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 969/DF**. Autor: Ministério Público Federal. Réu: André Luiz Dantas Ferreira. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de novembro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15348872541&ext=.pdf>. Acesso em: 27/07/2022.

CARNELUTTI, Francesco. **Cenerentola**. *Rivista di diritto processuale*. v. I, Pádua: CEDAM, 1946.



- CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di diritto processuale civile**. Pádua: CEDAM, 1986.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal**. Madri: Editorial Trotta, 2000.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 2014.
- GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal - Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935**. Barcelona, Bosch, 1935.
- JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal: estudos e pareceres**. 12. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- JARDIM, Afrânio Silva. **Reflexão teórica sobre o processo penal. Direito processual penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007**.
- LEONE, Giovanni. **Elementi di diritto e procedura penale**. 2ª Ed. Napoli: Jovene, 1969.
- LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. Quando Cinderela terá suas próprias roupas? A necessária recusa à teoria geral do processo. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 230-237, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.13>.
- LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. A semana no STF: do "in dubio pau no reo" à prerrogativa cruzada no caso Flávio Bolsonaro. **Revista Consultor Jurídico**, 03 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-03/limite-penal-semana-stf-in-dubio-pau-reo-prerrogativa-cruzada-flavio>. Acesso em: 21/07/2022
- LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do Processo Penal. **Revista Consultor Jurídico**, 27 de agosto de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal>. Acesso em: 20/07/2022
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal v. I**. Rio de Janeiro: Forense, 1961.
- 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.



MUNIZ, Gina Ribeiro Gonçalves. A negação da presunção de inocência no processo penal. **Revista Consultor Jurídico**, 03 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-03/gina-muniz-negacao-presuncao-inocencia-processo-penal>. Acesso em 25/07/2022.

NARDELLI, Marcella A. M.; MASCARENHAS, Fabiana A. Os standards probatórios como métrica da verdade: em busca de parâmetros objetivos para a racionalização das decisões sobre os fatos. **Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal**, n. 44, jul.-dez. 2016, p. 45-66.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Humanos, **General Comment no. 13**, 1984, parágrafo 7. Disponível em: <https://www.refworld.org/publisher,HRC,GENERAL,,453883f90,0.html>. Acesso em: 21/07/2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Humanos. **General Comment no. 32**, 2007, parágrafo 30. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/606075>. Acesso em: 21/07/2022.

PINTO, Felipe Martins. **Introdução crítica ao processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: Parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. Presunção de inocência e a doutrina da prova além da dúvida razoável na jurisdição constitucional. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 8, n. 1, p. 189-234, jan./abr. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i1.685>.

SUANNES, Aduino. **Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal**. São Paulo, RT, 1999

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal**: Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **A ação processual penal entre política e constituição**: outra teoria para o direito processual penal. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, 2012.