



Gustavo Badaró: Em empate, presunção de inocência deve ser assegurada

No julgamento da Ação Penal 470 pelo Supremo Tribunal Federal surgiu interessante discussão sobre qual deve ser o resultado do julgamento, quando a votação terminar empatada, no caso, cinco votos pela condenação e cinco votos pela absolvição. A questão ainda vai ser decidida pelo Plenário.

O problema decorreu da composição incompleta do tribunal, pela aposentadoria do Ministro Cezar Peluso. Mas esta não é a única causa geradora de empate, que também pode surgir em razão do impedimento ou suspeição de um ministro para julgar uma determinada ação, ou no caso de ausência justificada de um julgador, por ocasião do julgamento. Trata-se, pois, de tema que transcende ao chamado caso do mensalão.

A discussão surgiu, em parte, por não haver regra expressa sobre como decidir a ação penal em caso de empate na votação. Mas seria simplista achar que o problema estaria resolvido se houvesse um dispositivo legal no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal determinando o que deveria prevalecer no caso de mesmo número de votos pela condenação e pela absolvição.

Há no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal apenas uma regra geral, no artigo 13, caput, inciso IX, prevendo que, no caso de empate na votação, decorrente de ausência de ministro, em virtude de impedimento, suspeição, vaga ou licença médica superior a 30 dias, é atribuição do Presidente “proferir voto de qualidade nas decisões do Plenário”. Por outro lado, em matéria penal, existe regra somente para o empate no julgamento de habeas corpus ou recurso em habeas corpus, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal. O artigo 146, parágrafo único, dispõe que, em tais casos, “proclamar-se-á, na hipótese de empate, a decisão mais favorável ao paciente”.

Uma possibilidade seria considerar que, ausente regra expressa sobre o tema, o artigo 146, parágrafo único, que trata apenas do habeas corpus, deveria ser aplicado, por analogia, a todos casos penais, inclusive ações originárias, no sentido de se adotar a solução mais favorável ao acusado.

Outra solução, que levaria a resultado diverso, seria aplicar a previsão geral, que prevê o voto de qualidade do presidente, nos termos do artigo 13, caput, inciso IX, também aos casos de ações penais originárias de competência originária do STF. Neste último caso, considerando que o Presidente já vota como integrante do Plenário, ele votaria duas vezes.

Diante do impasse, também surgiram manifestações no sentido de que a omissão do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal deveria levar à absolvição porque o empate na votação exprimiria uma dúvida do conjunto dos ministros, e no processo penal, na dúvida, deve sempre a decisão mais favorecer ao acusado.

Nenhuma das três soluções já aventadas merece acolhida.

Não é caso de aplicação do *in dubio pro reo*, porque não se está no contexto de solução de dúvida sobre fato juridicamente relevante, enquanto regra de julgamento no processo penal. Não seria caso de



aplicação do *in dubio pro reo* quanto à existência do fato ou autoria, mas quanto ao resultado do seu julgamento. Segundo Lozzi, neste caso, a solução favorável ao acusado nada tem que ver com o ônus da prova ou a dúvida, encontrando seu fundamento no favor rei, que não se confunde com o *in dubio pro reo*.

A solução também não estará na aplicação do inciso IX do artigo 13 do RISTF que prevê, entre as atribuições do Presidente, “proferir voto de qualidade nas decisões do Plenário, para as quais o Regimento Interno não preveja solução diversa, quando o empate na votação”. O voto de qualidade do presidente, como facilmente se percebe, não é mecanismo de aplicação absoluta, mas uma regra geral, que admite previsões específicas em sentido diverso. Em matéria penal, se houver empate, não pode ter incidência o inciso IX do artigo 13, ante a ressalva nele contida: os casos em que se preveja solução diversa. Ao se decidir sobre a culpa ou inocência de um acusado, há previsão diversa, não no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, mas na Constituição, cujo artigo 5.º, caput, inciso LVII, assegura: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Em outras palavras, não há necessidade de o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal estabelecer disciplina legal diversa, afastando a regra do voto de qualidade de seu presidente, para o caso de empate no julgamento de ação penal condenatória de competência originária, porque a absolvição se impõe por ser a única hipótese técnica de manutenção do estado inicial de inocência, assegurado constitucionalmente. O inciso LVII do caput do artigo 5.º da Constituição é a previsão de “solução diversa” a que se refere o inciso IX do artigo 13 do RISTF.

A doutrina tem ressaltado que a presunção de inocência possui duplo aspecto, de regra probatória, que impõe o *in dubio pro reo*, como solução para dúvida sobre fato penalmente relevante no processo penal, e como regra de tratamento do acusado, que impede que a lei ou o juiz dê a quem é apenas réu em ação penal tratamento equivalente àquele dado ao condenado por sentença transitada em julgado.

Há, porém, uma terceira face da presunção de inocência, enquanto garantia política de qualquer cidadão. A presunção de inocência assegura o direito à liberdade de todo indivíduo, antes e independentemente de qualquer processo penal. Todos nascem livres e têm a liberdade entre seus direitos fundamentais. Tal direito, contudo, não é absoluto. A liberdade pode ser validamente restringida. Para tanto, o sistema de garantias fundamentais exige que haja um fato definido legalmente como crime (artigo 5.º, inciso XXXIX), por lei anterior à sua prática (artigo 5.º, XL), que seja objeto de julgamento após observância de um devido processo legal (artigo 5.º, LIV), que somente poderá ter resultado condenatório quando um conjunto de provas licitamente produzidas (artigo 5.º, LVI), comprove, além de qualquer dúvida razoável, a existência de um crime e a sua autoria (artigo 5.º, LVII). Respeitado esse modelo de garantias do processo, o cidadão livre poderá vir a ser privado de sua liberdade.

Nesse conjunto de garantias, o artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição assegura a todo indivíduo um prévio estado de inocência, que somente pode ser afastado se houver prova plena do cometimento de um delito. A sentença condenatória transitada em julgado muda o status inicial de inocente, para condenado. O direito de liberdade, antes plenamente exercido, se transforma em direito de exercício temporariamente privado. Por outro lado, a sentença absolutória nada muda. A improcedência do pedido – pouco importa se por prova plena da inocência ou decorrente de estado de dúvida – é simples reafirmação do estado inicial de inocência, assegurando que o então acusado possa continuar a exercer o direito de liberdade



em sua plenitude. O ponto fundamental é que, como explica Illuminati, presumir inocente um acusado quer dizer que a hipótese a ser verificada, mediante o procedimento probatório, é a culpa; logo, se o acerto falhar, não pode ser reconhecida senão a situação inicial: a inocência!

No caso de empate na votação do órgão colegiado, não houve condenação. O empate não transforma o inocente em culpado. A hipótese a ser acertada não atingiu o resultado positivo necessário para alterar o status de inocente! Se há empate, a tese condenatória não venceu. A imputação não foi considerada provada. As posições individuais pelo resultado condenatório não somam força suficiente para retirar o indivíduo de sua posição inicial. Mantém-se o estado inercial da inocência.

Diferente é a situação de empate no habeas corpus em que há previsão do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal no sentido de que, se houver empate, prevalece a posição mais favorável ao paciente. No primeiro caso, tem-se uma ação penal condenatória, cujo resultado positivo poderá levar à superação do estado inicial de inocência, com a restrição legítima da liberdade de locomoção. Porém, no habeas corpus, o direito à liberdade assegurado inicialmente pelo estado de inocência já sofreu restrição ou está ameaçado de sofrê-la, mas há a alegação de que existe um constrangimento ilegal. Não se trata, pois, de hipótese em que se pede uma tutela condenatória, mas de um remédio para a tutela da liberdade. Não se quer transformar inocência em culpa, ou liberdade em prisão. A liberdade já se transformou em prisão, ou está ameaçada de nela se converter. O que se quer é restabelecer a liberdade ou evitar a sua restrição.

Logo, é preciso definir o que fazer em caso de empate, pois o estado atual será a prisão e não a liberdade! Nesse caso, legalmente, o RISTF optou pela preservação da liberdade. Não se trata, porém, de aplicação do in dubio pro reo enquanto manifestação da presunção de inocência, mas de in dubio pro libertate. Como explica Canotilho “um limite material restritivo da liberdade de conformação da prova pelo legislador é constituído pela especial dignidade e importância atribuídos a determinados bens constitucionais (vida, liberdade, integridade física). Isso justifica que quando alguns direitos invioláveis estejam sujeitos a restrições e essas restrições pressuponham a existência de determinados factos acoplados a juízos de prognose, o ónus da prova pertence não a quem invoca o direito mas a quem cabe decretar as restrições” .

Em suma, e voltando ao tema das ações penais originárias, no caso de processos penais de competência de tribunais, se a votação terminar empatada, a única solução que se compatibiliza com a presunção de inocência, enquanto garantia política do cidadão, é a manutenção do seu estado inicial de inocente, assegurando seu direito à liberdade. Qualquer outra solução violará o artigo 5.º, caput, inciso LVII, da Constituição.

Date Created

22/10/2012