

## Ainda sobre empate no Supremo Tribunal: um adendo esclarecedor



Tenho muito orgulho de ter participado como *amicus curiae*

em um dos julgamentos mais inequivocamente importantes da história de nosso Supremo Tribunal. Assumi a função que levo como dever de todo jurista que valoriza a democracia e respeita a institucionalidade em nosso país: a função de amigo da Corte.

Na quinta, dia 10/9/2020, [aqui](#) na *Senso Incomum*, fiz uma crítica a uma tese levantada pelo Ministro Edson Fachin em questão de ordem na semana passada ([ver aqui](#)).

Minha crítica ao Ministro deu-se em razão de sua proposta de fazer prevalecer e sacralizar uma corrente interpretativa no Supremo que restringe o benefício ao réu em caso de empate apenas em casos de *habeas corpus*.

O Ministro Fachin, da forma respeitosa e gentil que lhe é marca, escreveu a mim esclarecendo alguns pontos. Trouxe a meu conhecimento a íntegra de sua questão de ordem. Com esse episódio, vi que alguns esclarecimentos acerca dos princípios que fundamentam minha crítica vêm bem — sobretudo para que não se diga que duvido do respeito que tem o Ministro Fachin pela integridade do Direito. É *precisamente* porque acredito nisso que escrevi minha crítica. Também é a razão pela qual me parece por bem esclarecer algumas coisas aqui.

Sei bem que o Ministro jamais teria a pretensão de negar o benefício a réus em caso que envolvem a liberdade individual — é isso que ele deixa claro quando explica que não questiona a regra do Regimento Interno que assim dispõe no Parágrafo Único do art.146.

O que o Ministro pede na referida QO é que, à luz do art. 150, §§ 1º e 3º, a regra do empate seja aplicável *estritamente* em se tratando de *habeas* ou de seu recurso ordinário, ou dos recursos de matéria penal a que faz menção o § 3º do art. 150.

O que o Min. Fachin sustenta é que “*os empates superáveis, verificados em decorrência da ausência eventual de algum dos integrantes do órgão colegiado, nas causas penais de competência originária do Supremo Tribunal Federal, sejam resolvidos mediante aplicação da norma regimental prevista no art. 150, § 1º, do RISTF, suspendendo-se o julgamento para a oportuna colheita do voto de desempate.*”

Entendo o que o Min. Fachin quer dizer. É sua posição e a questão de ordem é suscitada para que a matéria se resolva. Debates são saudáveis.

Essa divergência eventual de entendimento no STF mostra como Dworkin tinha razão: desacordos teóricos fazem parte do Direito. Nós não temos só regras. Nós discordamos sobre os fundamentos das regras. É por isso que o Direito é interpretativo. E é belo.

É justamente porque desacordos teóricos existem que discordo teoricamente — e respeitosamente — do raciocínio que ampara a questão de ordem suscitada pelo Min. Fachin.

E discordo pela mesma razão pela qual o meu texto anterior, este texto, *nenhum* texto é uma crítica ao Ministro Fachin. Ou à Min. Carmen Lúcia, ou ao Min. Gilmar ou o Min. Lewandowski. Ou a qualquer outro membro da Corte. Meu grande ponto é algo que transcende regras de regimento interno. Meu grande ponto é que, por trás de toda regra (do RISTF ao CPP, do CC ao CPP), há *um princípio*. E as regras, os princípios, as normas em Direito não são independentes — formam um todo coerente, a ser interpretado/aplicado tendo a integridade como imperativo.

E se há um princípio que faz o Direito ser o que é, desde que o Direito construiu seu império — e, com isso, a própria civilização que conhecemos —, é o *in dubio pro reo*. Veja-se: todos os dias no Brasil quantas pessoas são vítimas do *in dubio pro societate*? O *in dubio pro societate* é o contrário do *in dubio pro reo* — aquele lá da Palas Atena.

Eu entendo o ponto do Min. Fachin. E respeito muito que ele traga isso às claras, e que ele não queira pendências, dúvidas. Mas, resumindo, o Ministro entende que, além das hipóteses de *habeas* e recursos, exceto o RExt, empates exigem a suspensão do julgamento.

Na prática, isso significa que, em casos de competência originária do Supremo, havendo empate, não há *in dubio pro reo*. As únicas hipóteses admitidas pelo Min. Fachin — e ele traz esses exemplos práticos em sua questão de ordem — são nos casos muito eventuais de impedimento de algum integrante da Corte ou de cadeira vaga no Supremo.

Foi esse o posicionamento — o Min. Fachin lembra isso — de Joaquim Barbosa, quando o Min. Ayres Britto, na famosa AP 470, declarou que “*prevalece a absolvição do réu, em caso de empate, porque ela exprime ou se revela como projeção do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade*”. Joaquim Barbosa disse que concordava.... mas. Concordava, *mas* apenas porque o Supremo estava com dez membros. Fosse “superável” o empate, o entendimento seria pela suspensão. Tal como quer o Min. Fachin.

De novo: eu entendo o ponto. É legítimo. Mas agora sou eu que digo *mas*.

O ponto é legítimo, *mas...* não há “mas” em questão de princípio. Vejam o que disse o Min. Ayres Britto: “*prevalece a absolvição do réu, em caso de empate, porque ela exprime ou se revela como projeção do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade*”. Ou seja, em qualquer questão penal, deve prevalecer o indubio pro reo em caso de empate. O ônus é sempre do Estado. É disso que falo na Coluna Senso Incomum.

Esse é o ponto. Não existe “mas” em se tratando do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.

É por isso, Min. Fachin; é por isso, demais ministros; é por isso, leitores, que me parece ser uma questão para além de Regimento Interno. Parece-me ser uma questão de princípio. Se o assunto é o Regimento Interno, a ressalva explícita menciona recursos extraordinários.

Na ausência da regra? Eu fico com o princípio. “*Prevalece a absolvição do réu, em caso de empate, porque ela exprime ou se revela como projeção do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade*”.

De todo modo, agradeço muito ao Min. Fachin. De verdade. As pessoas estão tão acostumadas com ironias e xingamentos e polêmicas baratas que não veem a possibilidade de um desacordo genuíno e de uma troca verdadeira. Quando me escreve o Ministro, só posso agradecer a oportunidade de expandir a reflexão e trazer algumas questões importantes à pauta do dia. Aproveito para acrescentar uma questão derivada do *in dubio pro societate* que combato: o “princípio” do *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo). Esse princípio que não é um princípio inverte o ônus a relação Estado-cidadão. Coloca o ônus da prova do prejuízo no cidadão, quando é do Estado esse ônus. Eis a mesma discussão que está no ponto central da Coluna do dia 10.09.2020, isto é, as garantias processuais-constitucionais são uma conquista civilizatória e nunca a dúvida pode favorecer o mais forte.

Meu ponto, meu grande ponto, era lembrar que o Direito é uma questão de princípio; que as normas são consideradas em seu todo; que, por difícil que seja em alguns momentos, os princípios devem prevalecer. Porque é o Direito que segura a democracia.

O assunto é complexo. E as preocupações do Min. Fachin são muito legítimas. O que fica de lição é que Dworkin tinha razão: desacordos teóricos são rotina no Direito.

E é bom que seja assim. Podemos constantemente resignificá-lo em respeito à sua tradição autêntica.

#### **Date Created**

11/09/2020