

Lei 14.836/2024 e o empate no julgamento: *in dubio pro reo* ou *in dubio pau no reo*?

Em dezembro de 2021 publicamos uma coluna, aqui na **ConJur** [1], comentando a decisão proferida pelo ministro Fux na Ação Penal 969/DF. Naquela oportunidade, diante do empate no colegiado, o ministro afirmou que o empate não deveria favorecer a defesa (exceto no julgamento de habeas corpus, artigo 13, VII do RISTF), cabendo nos demais casos ao presidente da corte a decisão.

Spacca

Segundo 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*”.

A perplexidade diante de tal construção, para quem estuda processo penal, foi imensa, pois era um raciocínio (de processualista civil) absolutamente inadequado à luz das categorias jurídicas próprias do processo penal.

Empate sempre beneficiará a defesa

A nova lei veio para dizer o óbvio, mas no Brasil, o óbvio precisa ser dito e reafirmado diariamente. Os artigos 41-A e seu parágrafo único da Lei 8.038/1990 e o artigo 615, § 1º do CPP estabelecem agora que “em todos os julgamentos em matéria penal ou processual penal em órgãos colegiados, havendo empate, prevalecerá a decisão mais favorável ao indivíduo imputado, proclamando-se de imediato esse resultado, ainda que, nas hipóteses de vaga aberta a ser preenchida, de impedimento, de suspeição ou de ausência, tenha sido o julgamento tomado sem a totalidade dos integrantes do colegiado”.





Portanto, o empate, em qualquer julgamento colegiado, sempre beneficiará a defesa e o resultado será imediatamente proclamado, não cabendo ‘voto minerva’ do presidente ou mesmo aguardar o retorno de julgador ausente ou a posse de novo desembargador/ministro em caso de vacância.

Ainda que a lei não extrapole o campo do óbvio, ela faz um ajuste fino no exercício da jurisdição penal, por vezes invadida pelo processo civil através de falsas paridades, ou até mesmo por meio de distorções maquiadas de interpretações constitucionais, que na prática não passavam de um embuste para ressignificar o sentido e o alcance dos direitos fundamentais do réu no processo penal.

Foi uma opção civilizatória salutar que adota a etiqueta da superioridade ética do Estado no processamento dos réus, pressuposto das garantias processuais no sistema acusatório.

Para o réu basta a dúvida em todas situações

Agora nós temos uma lei dizendo claramente como o juiz não pode decidir, instituindo um critério decisório que considera equivalentes o *in dubio pro reo* — cláusula de direito material — ao *fair trial* — cláusula de direito processual —, duas derivações de um princípio maior que rege a noção do sistema acusatório: o *in dubio pro libertate*.

Não mais se exige que o acerto do caso seja feito com uma decisão majoritária, mas o critério passa ser que para o réu basta a dúvida em todas situações, eis que o Estado tem superioridade ética no tratamento do acusado e precisa produzir uma decisão forte o suficiente para se tornar incontestável.

Spacca



Alexandre Morais da Rosa
magistrado e professor

Outro aspecto relevante é inclusão da expressão “**todos**” quando tratou dos julgamentos penais com empate, enterrando a visão restritiva que alguns ministros do STF sustentavam sobre empate ser favorável ao réu apenas em HC. Acaba também com a determinação de suspensão do julgamento para convocar julgadores de outro órgão, ou aguardar a nomeação de outro magistrado para preencher a vaga faltante, sendo que a incerteza beneficia o acusado.

A abrangência da lei encerra também a discussão sobre aplicação do voto-médio, que era derivada do processo civil e servia como critério para lidar com contratos privados, mas não convencia suficientemente para restringir a liberdade.

Agora deve-se decidir quando tivermos três posições distintas, ou mais, até então consideradas como *non-liquet*. Significa que deve ser aplicada a situação mais benéfica ao acusado quando o órgão colegiado não formar maioria dentro das posições distintas. Exemplo: o relator declara a incompetência, o revisor absolve e o vogal condena, deve

prevalecer a mais posição mais benéfica ao acusado que a situação em concreto apontará (no exemplo, a absolvição).

A lei alcançará também o julgamento de controle concentrado de constitucionalidade das questões penais em que tivermos três ou mais posições diferentes sobre o tema, ou seja, caso não haja maioria absoluta dos membros sobre determinada tese de direito penal/processual penal desfavorável ao réu, deverá considerar-se que este *non-liquet* atrai a regra de julgamento do empate por equivalência, preservando-se a eficácia do *in dubio pro libertate*.

Pontos cegos

Por outro lado, perdeu-se a oportunidade de regular vários pontos-cegos que hoje os jurisdicionados experimentam, tanto no HC, como no HC coletivo. Tribunais brasileiros corriqueiramente decidem por não “conhecer” do HC considerando-o substitutivo de recurso próprio ou revisão criminal, mas na verdade o não conhecimento é uma característica dos recursos que não alcança o HC, eis que se trata de ação autônoma de impugnação que pode ser apresentada até mesmo em guardanapo de papel, ou seja,



processualmente não é a correto decidir pelo “não conhecimento”, devendo-se ler a petição e analisar se há constrangimento ilegal passível de ser sanada ou não pelo julgador.

O HC não pressupõe algo equivalente ao requisito do gravame recursal, eis que basta o risco à liberdade (HC preventivo por exemplo), também não existindo prazo para impetração. O único requisito que toca algo equivalente aos requisitos recursais é a noção de legitimidade, mas que no HC é muito mais abrangente.

O “não conhecimento” é uma atecnia processual que se mostra incompreensível, porque se cria um obstáculo processual artificial que é superado logo em seguida na própria decisão para concluir se há ou não constrangimento ilegal passível de ser sanado “de ofício”, como se o pedido de liberdade não existisse.

O respeito à competência é pressuposto para o exercício da jurisdição, de modo que se houver um descompasso entre o pedido da impetração com a regra prevista na Constituição, o adequado em termos procedimentais seria a denegação da ordem pela inadequação da via eleita e, em casos de vulnerabilidade do acusado, a determinação de declínio do HC para o juízo competente analisar imediatamente o pedido de veiculado (artigo 649 do CPP). Nessa decisão de declínio, nada impede que sejam adotadas medidas profiláticas de proteção ao direito fim (cautelaramente).

Importante compreender que o artigo 647-A restringiu a concessão do HC de ofício aos processos em que a autoridade judicial tiver competência, ainda que a “ação” ou “recurso” não seja conhecido.

O exemplo do recurso é mais simples de ser percebido: em recurso extraordinário contra condenação em 2ª instância, o STF pode receber a peça e, mesmo que não preenchido os requisitos de repercussão geral ou constitucionalidade da questão, conceder HC de ofício para sanar a ilegalidade.

Aqui o trecho “*no âmbito de sua competência jurisdicional*” diz respeito à competência para julgar o recurso e não à competência para julgar originariamente HC contra ato coator de ministro de tribunais superiores por exemplo.

E o não conhecimento da ação? São as hipóteses de HCs concedidos de ofício em Reclamações constitucionais (RCL) ou em revisões criminais. Nessas situações não há burla de competência porque a RCL é o processo de “competência jurisdicional” para fins de artigo 647-A. Da mesma forma, se a revisão criminal pode ser recebida pela fungibilidade como um HC, também pode ser um meio para expedição de HC de ofício.

Para além de afastar a tese de “não conhecimento”, o ajuste terminológico do HC fora do âmbito dos recursos seria relevante porque abriria a discussão sobre a regulação de quando estaríamos em uma situação de duplicidade de pedido, repetição de objeto ou ainda, em situações em que o HC se confunde com a matéria do RHC, em que ambos autos poderiam ser reunidos para evitar decisões conflitantes, evitando que o magistrado seja levado ao erro.

Habeas Corpus coletivo

A lei traz uma grande inovação: pela primeira vez está mencionado o *Habeas Corpus coletivo*, uma construção pretoriana polêmica. Mas a questão mais sensível em HCs coletivos foi ignorada: quem tem legitimidade e como definir a competência?

Ainda temos muito o que construir nesse terreno. Mas um aspecto salutar que a lei trouxe é a possibilidade de o juiz, identificando numa causa aparentemente individual a possibilidade de abranger pacientes indeterminados, conceder o HC individual e *ex officio*, estender a decisão para todas as pessoas em situação equivalente.

Um exemplo poderia ser a decisão em um HC individual em que o paciente alega que cumpriu a pena de forma degradante e buscaria soluções compensatórias, como a contagem em dobro ou pedidos correlatos. Se este HC estivesse no Supremo, o ministro poderia conceder a ordem individual, estendo-a a todos pacientes em situação equivalente.

Evolução civilizatória

Em conclusão, avançou-se na abrangência do critério do empate para todas as situações de processo penal, solapando disfunções do processo civil equivocadamente transmitidas para o penal. Agora “todos” julgamentos por empate são favoráveis ao réu.

Na questão do HC coletivo foram dados passos importantes na previsão deste instrumento, mas ainda existem pontos-cegos que não podem ser preenchidos de maneira restritiva, pois a funcionalidade deste instrumento é a ampliação da proteção aos direitos fundamentais dos jurisdicionados do processo penal.

Esperamos, finalmente, que o óbvio prevaleça e que dúvida (efetivamente) sempre seja decidida *pro reo*. Isso não é ‘coitadismo’, mas fruto da evolução civilizatória.

[1] <https://www.conjur.com.br/2021-dez-03/limite-penal-semana-stf-in-dubio-pau-reo-prerrogativa-cruzada-flavio/>

Autores: Aury Lopes Jr., Alexandre Morais da Rosa, Vítor Paczek