

Senhor Presidente, eminentes pares.

Embora a incompletude do Órgão Colegiado não impeça a prestação jurisdicional caso verificado o quórum mínimo a que alude o art. 147 do RISTF, não raro o empate em deliberações colegiadas em questões de Direito Penal tem suscitado a incidência de normas divergentes extraídas de interpretações dadas aos arts. 146, p. único e 150, §§ 1º e 3º, ambos do RISTF.

Refiro-me, no ponto, às deliberações que se sucedem em classes processuais distintas do *habeas corpus* ou do seu recurso ordinário, como nos procedimentos de competência originária do Supremo Tribunal Federal (Petições, Reclamações, Inquéritos e Ações Penais), já que para aquelas, dada a natureza urgente implícita à tutela do direito de locomoção, a resolução do empate em favor do paciente é de sentido unívoco da norma que se extrai do art. 146, p. único, do RISTF, cujo teor reproduzo:

Art. 146. Havendo, por ausência ou falta de um Ministro, nos termos do art. 13, IX, empate na votação de matéria cuja solução dependa de maioria absoluta, considerar-se-á julgada a questão proclamando-se a solução contrária à pretendida ou à proposta. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 35, de 2 de dezembro de 2009)

Parágrafo único. No julgamento de *habeas corpus* e de recursos de *habeas corpus* proclamar-se-á, na hipótese de empate, a decisão mais favorável ao paciente. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 35, de 2 de dezembro de 2009)

No entanto, ao meu sentir, tal regra vem sendo estendida para deliberações outras, ainda que em sede de direito penal, arrostando dispositivos regimentais e, quiçá, o entendimento firmado pelo Plenário da Corte em casos análogos.

Com efeito, o estudo dos precedentes emanados do Plenário do Supremo Tribunal Federal revela que o recurso à proclamação do resultado mais favorável ao réu, como máxima de Direito Penal que privilegia o *status libertatis* e a presunção de inocência, só se afigura legítimo, ressalvados os casos de *habeas corpus* e recurso ordinário em *habeas corpus*, quando o colegiado se depara com uma situação de empate insuperável, a impedir a aplicação da norma que se

extrai da leitura conjugada dos §§ 1º a 3º do art. 150 do RISTF, os quais preceituam:

Art. 150. O Presidente da Turma terá sempre direito a voto.

§ 1º Se ocorrer empate, será adiada a decisão até tomar-se o voto do Ministro que esteve ausente.

§ 2º Persistindo a ausência, ou havendo vaga, impedimento ou licença de Ministro da Turma, por mais de um mês, convocar-se-á Ministro da outra, na ordem decrescente de antiguidade.

§ 3º Nos habeas corpus e recursos em matéria criminal, exceto o recurso extraordinário, havendo empate, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente ou réu.

Ou seja, não se tratando de *habeas corpus* ou do seu recurso ordinário, ainda que a controvérsia seja de natureza penal, verificado o empate na deliberação, antes de se proclamar o resultado em favor do investigado/réu, deve-se perquirir a possibilidade de superação desse verdadeiro estado de *non liquet* verificado no órgão julgador, em prestígio à natureza democrática que é ínsita aos pronunciamentos colegiados.

Nesse sentido, trago à colação deliberações do Plenário do Supremo Tribunal Federal no sentido de que, diante do empate na votação, sendo este superável em razão da ausência eventual de algum de seus integrantes, a resolução deve se dar pelo sobrestamento do julgamento para a coleta oportuna do voto de desempate sobre a controvérsia.

Menciono, de início, o que deliberado por ocasião do julgamento do RC 1468 segundo, de Relatoria do Ministro ILMAR GALVÃO, especificamente na assentada do dia 24.6.1999, oportunidade na qual, diante do empate acerca da natureza do fato sob análise em sede recursal (se delito político ou comum), o julgamento foi suspenso para a colheita do voto do Ministro Carlos Velloso, ausente justificadamente.

No mesmo sentido foi conduzido o julgamento da AP 433, de Relatoria da Ministra Ellen Gracie, ocasião em que, verificado o empate na votação acerca do mérito da denúncia e mesmo diante da iminente prescrição da pretensão punitiva, que se consumaria no dia seguinte à assentada do dia 4.3.2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu pela observância da norma

regimental que determina o sobrestamento da deliberação para a colheita do voto do Ministro Eros Grau, então ausente.

Somente nas situações fáticas em que o empate na deliberação se verificou insuperável, seja em razão do impedimento de algum integrante ou mesmo nos momentos em que uma das cadeiras do Supremo Tribunal Federal se encontrava vaga, é que o Plenário decidiu pela aplicação da regra de julgamento que materializa o princípio *in dubio pro reo*. Nesse sentido foi a deliberação levada a efeito na assentada do dia 13.10.2011, por ocasião do julgamento do RE 596.152, época em que a vaga aberta em razão da aposentadoria da Ministra Ellen Gracie ainda não havia sido preenchida.

O debate também se fez presente por ocasião do julgamento da AP 470, oportunidade na qual o Plenário também contava com uma vaga não preenchida, razão pela qual, diante da composição paritária, deliberou-se pela proclamação da decisão mais favorável aos réus em caso de empate.

Porque elucidativos, trago à colação excerto dos diálogos travados pelos eminente Ministros:

QUESTÃO DE ORDEM O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Senhores Ministros, agora, em continuidade de julgamento, alcançamos a fase da dosimetria e o que me cabe é passar a palavra, pela ordem, à Sua Excelência o Ministro-Relator Joaquim Barbosa. Entretanto, a título de questão de ordem, eu gostaria de encaminhar a votação ou o entendimento de que, em caso de empate, prevalece a tese da absolvição do réu. 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, além disso seja porque o conceito do Plenário e do próprio Tribunal, como unidade decisória - o acórdão é do Colegiado -, quer o Tribunal estaticamente considerada na Constituição e nas leis, quer dinamicamente considerado, ele, Tribunal, há de permanecer uno. E o fato é que, diante do empate, o Tribunal se vê dividido, e não na posse da sua inteireza, da sua unidade; unidade que somente se obtém pela aplicação do princípio constitucional da majoritariedade, que é o princípio constitucional da maioria dos votos de cada julgador. Portanto, eu resolvo a questão de ordem

no sentido de que, em caso de empate, a proclamação do resultado é pela absolvição do réu.

(...)

VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Senhor Presidente, eu gostaria de externar a minha concordância com esse critério, mas, ao mesmo tempo, gostaria de alertar que essa minha concordância se dá unicamente nesta situação anômala em que vivemos: nós estamos sem um Membro.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Perfeito, temos dez Membros, número par.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Eu não acredito que esta proposta se estenda a situações de empate momentâneo, uma ausência momentânea de um Colega.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Quando há possibilidade de convocar o Colega ausente, eventualmente, para o desempate. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Quando há possibilidade de convocar ou aguardar a presença do Colega.

No âmbito desta colenda Segunda Turma, trago em destaque julgamentos de feitos de natureza penal em que, diante do empate verificado na votação, mas considerada a ausência eventual de um dos eminentes integrantes, deliberou-se pelo sobrestamento da proclamação para a colheita do voto de desempate.

Reporto-me ao que decidido na assentada do dia 5.12.2017, ocasião em que, diante da ausência justificada do eminente Ministro Ricardo Lewandowski e verificado o empate no tocante ao juízo de admissibilidade da denúncia oferecida nos autos do INQ 4.005, deliberou-se pela aplicação do disposto no art. 150, § 1º, do RISTF com a suspensão do julgamento para o voto de desempate. Idêntica deliberação se deu em 4.4.2017, por ocasião de julgamento de agravo regimental interposto contra decisão monocrática proferida no INQ 3.998, de minha relatoria; e em 5.6.2018, por ocasião do recebimento da denúncia oferecida nos autos do INQ 4.011, de Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.

Há situações, no entanto, em que, a despeito da superabilidade do empate verificado na ausência eventual de um dos integrantes, recorre-se à regra de

juízo próprio das ações de *habeas corpus* sem que se aguarde o voto de desempate.

Refiro-me, a título exemplificativo, o que recentemente se verificou por ocasião do julgamento da RCL 37.235, ocorrido em 18.2.2020.

Diante de tal cenário, Senhor Presidente, a bem da segurança jurídica que a sociedade espera dos pronunciamentos jurisdicionais que emanam deste Supremo Tribunal Federal, proponho questão de ordem, a ser submetida ao Plenário, nos termos do art. 7º, IV, do RISTF, no sentido de que, ressalvados os casos de *habeas corpus*, do seu recurso ordinário ou dos recursos criminais a que alude o art. 150, § 3º, do RISTF, 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.