

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

ACÓRDÃO

HABEAS CORPUS Nº 638 – CLASSE 16ª – ITAPETININGA – SÃO PAULO.

Relator: Ministro Marcelo Ribeiro.

Impetrante: Guilherme Abraham de Camargo Jubram.

Paciente: Danilo José Alves.

Advogados: Guilherme Abraham de Camargo Jubram e outros.

Órgão coator: Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo.

HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. CRIME PREVISTO NO ART. 344 DO CÓDIGO ELEITORAL. NÃO COMPARECIMENTO DO MESÁRIO CONVOCADO. MODALIDADE ESPECIAL DO CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. PREVISÃO DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA. ART. 124 DO CÓDIGO ELEITORAL. AUSÊNCIA DE RESSALVA DE CUMULAÇÃO COM SANÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

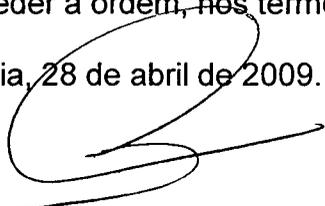
1. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, nos casos em que a decisão condenatória transitou em julgado, a excepcionalidade de manejo do *habeas corpus*, quando se busca o exame de nulidade ou de questão de direito, que independe da análise do conjunto fático-probatório. Precedentes.
2. O não comparecimento de mesário no dia da votação não configura o crime estabelecido no art. 344 do CE, pois prevista punição administrativa no art. 124 do referido diploma, o qual não contém ressalva quanto à possibilidade de cumulação com sanção de natureza penal.
3. Ordem concedida.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral,

A simple, stylized signature or flourish consisting of a single, wavy horizontal line.

por maioria, em conceder a ordem, nos termos das notas taquigráficas.

Brasília, 28 de abril de 2009.



CARLOS AYRES BRITTO - PRESIDENTE



MARCELO RIBEIRO - RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Senhor Presidente, o advogado Guilherme Abraham de Camargo Jubram impetrou *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor do paciente Danilo José Alves, relatando que o mesmo foi condenado pela prática do crime previsto no art. 344¹ do Código Eleitoral, por ter deixado de atender convocação para prestar serviço de mesário nas eleições de 2006.

A sentença condenatória, posteriormente confirmada pelo Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, aplicou a pena máxima prevista no art. 344 do CE, qual seja, dois meses, substituindo-a, contudo, pela prestação de serviços à comunidade. À fl. 150 consta o termo da audiência de especificação de serviços, realizada em 27.11.2008.

O impetrante sustenta a "não-configuração do crime na hipótese de a lei determinar sanção administrativa para tal conduta, salvo se a referida norma especificar a aplicação cumulativa do disposto no artigo 330 do Código Penal, ou, para o caso em apreço, do disposto no art. 344 do Código Eleitoral" (fl. 4) e cita precedente desta Corte neste sentido.

Requeru, liminarmente, a suspensão da ação penal e, por via oblíqua, do cumprimento dos serviços impostos ao paciente e, ao final, a concessão da ordem para trancamento da ação penal.

Por decisão de fls. 153-155, a liminar pleiteada foi deferida, tão-somente, para suspender os efeitos da condenação até o julgamento do mérito do presente *habeas corpus*.

Foram prestadas informações (fls. 168-177).

A Procuradoria-Geral Eleitoral opina pela concessão da ordem (fls. 180-184).

É o relatório.

¹ Art. 344. Recusar ou abandonar o serviço eleitoral sem justa causa:
Pena - detenção até dois meses ou pagamento de 90 a 120 dias-multa.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO (relator): Senhor Presidente, o *habeas corpus* é impetrado contra decisão condenatória transitada em julgado. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, nestes casos, a excepcionalidade de manejo do *habeas corpus*, quando se busca o exame de nulidade ou de questão de direito, que independe da análise do conjunto fático-probatório (STF-*HC* 91.650, rel. Min. Cezar Peluso, DJe 9.5.2008; *RHC* 82.045, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 25.10.2002; e *HC* 94.903, rel. Min. Menezes Direito, DJe 9.10.2008).

Reproduzo, no que interessa, o voto do Ministro Cezar Peluso, proferido no *HC* nº 91.650:

2. Assiste razão ao impetrante.

É que o tipo descrito no art. 288 do Código Penal¹ visa a garantir a paz pública, “*aí tomada em sentido subjetivo, isto é, como sentimento coletivo de paz que a ordem jurídica assegura*”, como lembra NELSON HUNGRIA². E, para que exista o delito, completa o renomado autor, “*é suficiente o mero fato de se associarem mais de três pessoas (no mínimo, quatro) para o fim de cometer crimes, sem necessidade, sequer, do começo da atuação do mais ou menos extenso plano criminoso que os associados se hajam proposto*”.³

Daí, os elementos do crime de quadrilha ou bando:

“(a) concurso necessário de pelo menos quatro (4) pessoas (RT 582/348 – RT 565/406), (b) finalidade específica dos agentes voltada ao cometimento de delitos (RTJ 102/614 - RT 600/383) e (c) exigência de estabilidade e de permanência da associação criminosa (RT 580/328 - RT 588/323 - RT 615/272)” (*HC* nº 72.992, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 14.11.96).

Relevo, ainda, o *HC* nº 81.260 (Plenário, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 19.4.2002), e de cuja ementa consta:

“1. O crime de quadrilha se consuma, em relação aos fundadores, no momento em que aperfeiçoada a convergência de vontades entre mais de três pessoas, e, quanto àqueles que venham posteriormente a integrar-se ao bando já formado, no (sic) adesão de cada qual; crime formal, nem depende, a formação consumada de quadrilha, da realização ulterior de qualquer delito compreendido no âmbito de suas projetadas atividades criminosas, nem, conseqüentemente, a imputação do crime coletiva a cada um dos partícipes da organização reclama que se lhe possa

atribuir participação concreta na comissão de algum dos crimes-fim da associação" (Grifos nossos. Confirmam-se, ainda: HC nº 72.945, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 29.9.95; HC nº 74.175, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, DJ de 20.10.2000; HC nº 88.978, da minha relatoria, DJ de 21.9.2007).

Ora, o quadro atual da causa é o seguinte:

"O apelado MARCOS CARDOSO DA SILVA foi absolvido quanto ao homicídio e, condenado por formação de quadrilha qualificada, as penas de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime aberto (fls. 999/1000).

O apelante CID DOS SANTOS MARQUES FILHO foi condenado pelo homicídio qualificado e formação de quadrilha, as penas de 20 (vinte) anos de reclusão, ante o concurso real de crimes (fls. 1048-1051).

O apelante/apelado ROBSON DE AZEVEDO BUCCOS foi absolvido pelo homicídio e, condenado pela formação de quadrilha, as penas de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime semi-aberto (fls. 1187/1188)" (fl. 152).

Mas o quarto co-denunciado pelo delito de quadrilha ou bando, SEBASTIÃO JERÔNIMO FIGUEIREDO PEREIRA, "*foi absolvido da imputação que lhe foi feita com fulcro no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal*" (fl. 172. Confira-se cópia da sentença absolutória à fl. 174).

Não há, portanto, um dos elementos indispensáveis à caracterização teórica do delito de quadrilha ou bando, qual seja, o concurso necessário de, pelo menos, quatro pessoas.

3. Posto transitada em julgado a sentença condenatória, a desconstituição da coisa julgada por via do writ é amplamente admitida diante do largo alcance que lhe conferem a Constituição da República (art. 5º, LXVIII) e o próprio Código de Processo Penal (arts. 647 e 648), como remédio extremo contra toda forma de insulto à liberdade física. O habeas corpus "corrige", portanto, "a coação ilegal ainda que decorrente de sentença penal transitada em julgado. (...) a nulidade, a extinção da punibilidade, a falta de justa causa são examinadas no habeas corpus, ainda que se tenha de desfazer a coisa julgada. Prevalece, in casu, a proteção ao direito individual da liberdade sobre a imutabilidade de res judicata, que é, na hipótese, relativa."⁴

É a jurisprudência da Corte:

"A coisa julgada estabelecida no processo condenatório não é empecilho, por si só, à concessão de habeas-corpus por órgão jurisdicional de gradação superior, de modo a desconstituir a decisão coberta pela preclusão máxima" (STF, 1ª Turma, RHC nº 82.045, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 25.10.2002);

“O *habeas corpus* constitui meio hábil para a argüição de nulidade do processo, ainda que a sentença respectiva tenha transitado em julgado” (RHC nº 64.076, Rel. Min. DJACI FALCÃO, DJ de 5.9.86);⁵

“*Habeas corpus*. ‘Constitui meio hábil para a argüição de nulidade do processo penal, mesmo havendo sentença trãnsita (sic) em julgado’ (RHC nº 61.715, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, DJ de 6.4.84. No mesmo sentido: HC nº 72.945, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 29.9.95).⁶

Veja-se, portanto, a amplitude que se deu ao *habeas* na Suprema Corte: concedeu-se a ordem para excluir a condenação referente a um dos crimes imputados.

No caso ora em exame, a pretensão do impetrante diz respeito apenas ao exame do enquadramento legal da hipótese de não comparecimento de mesário convocado.

No julgamento do RHC nº 21/SP, citado pelo impetrante, esta Egrégia Corte acordou que o não comparecimento de mesário no dia da votação não configura o crime previsto no art. 344 do CE, mas, tão-somente, infração administrativa, conforme disposto no art. 124² do referido diploma.

No voto condutor do mencionado acórdão, o Ministro Eduardo Ribeiro, relator do feito, assim se expressou:

A hipótese de que se cuida, na forma apontada na denúncia, ou seja, deixar de comparecer para compor mesa receptora de votos, desatendendo a convocação da Justiça Eleitoral, constitui modalidade especial daquilo que, não fosse a previsão específica, corresponderia ao crime de desobediência. Quem deixa de atender à determinação expedida pelo Juiz Eleitoral, para o fim exposto,

¹ ‘Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena – reclusão, de uma a três anos’.

² Comentários ao código penal. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, pág. 163.

³ *Idem*, pág. 177.

⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. SP: Saraiva, 1989, p. 150-151.

⁵ Ver ainda FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui (coord.). *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*. 1ª ed, 2ª tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v.1, p. 393.

⁶ *Idem*. Cf., ainda arestos do STJ, TJSP e TACRIM, relacionados pelos autores na mesma obra, p. 394.”

² Art. 124. O membro da Mesa Receptora que não comparecer no local, em dia e hora determinados para a realização de eleição, sem justa causa apresentada ao Juiz Eleitoral até 30 (trinta) dias após, incorrerá na multa de 50% (cinquenta por cento) a 1 (um) salário mínimo vigente na Zona Eleitoral, cobrada mediante selo federal inutilizado no requerimento em que for solicitado o arbitramento ou através de executivo fiscal.

desobedece a ordem legal de funcionário público, tipo contemplado pelo artigo 330 do Código Penal. Se assim é, o mesmo princípio há de ser aplicado. Estabelecida, para esse comportamento, penalidade administrativa, ausente ressalva de que isso se faz sem prejuízo de outra, de natureza penal, fica essa última afastada.

(...)

Ora, o Código Eleitoral, em seu artigo 124, comina sanção de multa, de caráter administrativo, para "o membro da mesa receptora que não comparecer no local em dia e hora determinados para a realização de eleição, sem justa causa". A conduta aí descrita é exatamente a atribuída à paciente a quem, aliás, foi imposta multa. E nenhuma ressalva contém o dispositivo, no sentido de que essa sanção não exclui a de cunho penal.

Considero, pois, em vista do exposto, que a conduta a que se refere a denúncia não constituirá crime, mas ilícito administrativo. Crime haverá naqueles casos em que a recusa da prestação do serviço eleitoral não seja previsto como infração daquela outra natureza ou exista, eventualmente, a ressalva."

É firme a jurisprudência de que "não há crime de desobediência quando a inexecução da ordem emanada de servidor público estiver sujeita à punição administrativa, sem ressalva de sanção penal" (HC 88.452/RS, rel. Min. Eros Grau, DJ de 19.5.2006).

Nesse sentido, destaco o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PREFEITO MUNICIPAL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA DE ORDEM JUDICIAL PROFERIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA COM PREVISÃO DE MULTA DIÁRIA PELO SEU EVENTUAL DESCUMPRIMENTO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRECEDENTES DO STJ. ORDEM CONCEDIDA.

1. Consoante firme jurisprudência desta Corte, para a configuração do delito de desobediência de ordem judicial é indispensável que inexista a previsão de sanção de natureza civil, processual civil ou administrativa, salvo quando a norma admitir expressamente a referida cumulação.

2. Se a decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança, cujo descumprimento justificou o oferecimento da denúncia, previu multa diária pelo seu descumprimento, não há que se falar em crime, merecendo ser trancada a Ação Penal, por atipicidade da conduta.

Precedentes do STJ.

3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

4. Ordem concedida, para determinar o trancamento da Ação Penal 1000.6004. 2056, ajuizada contra o paciente.

(STJ - HC nº 92.655/ES, DJ de 25.2.2008, rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO).

Na linha dos precedentes citados, portanto, a conduta a que se refere a denúncia, por constituir modalidade especial do crime de desobediência, não configura crime, mas ilícito administrativo, em razão do previsto no art. 124 do CE, que não contém ressalva quanto à possibilidade de cumulação com sanção de natureza penal.

Ressalto, ainda, que o aludido entendimento foi aplicado no REspe nº 34.588/RJ, rel. Ministro Eros Grau, DJe de 11.2.2009, e no REspe nº 28.349/ RJ, rel. Ministro Carlos Ayres Britto, DJ de 9.4.2008.

Pelo exposto, concedo a ordem, para cassar o acórdão do TRE-SP e rejeitar a denúncia.

É o voto.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO (presidente): O *habeas corpus* processualmente é via de atalho, é via *per saltum* e, por isso se diz ser tímida, angusta. Mas a envergadura do *habeas corpus* não pode deixar de ser reconhecida pela sua matriz constitucional e pelo seu objeto, que é proteger o que seguramente é a prima-dona das liberdades constitucionais, a liberdade de locomoção.

O SENHOR MINISTRO FERNANDO GONÇALVES: Não foi somente pena de multa?

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO (relator): Não. Ele foi condenado a dois meses, e a pena foi substituída por prestação de serviço.

O SENHOR MINISTRO FERNANDO GONÇALVES: Então, estou de acordo.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO (presidente): Mas trata-se de infração administrativa – Vossa Excelência muito bem esclareceu –, não é crime propriamente dito.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO (relator): Não.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Senhor Presidente, ressaltarei o meu ponto de vista, porque, em outro recurso de habeas corpus, cujo relator fora o Ministro Marcelo Ribeiro, em que pedi vista – salvo engano, o RHC nº 109 –, havia uma peculiaridade. Então, nem cheguei a examinar o ponto de vista já externado pelo relator, de que, se a lei comportar, por exemplo, aplicação de multa pecuniária, isso exclui a possibilidade de haver qualquer crime pela desobediência à ordem judicial.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO (relator): Salvo quando a lei expressa.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Então, ressalvei, já nesse meu voto, que não cheguei a examinar essa questão porque estava negando provimento ao recurso por outro motivo, pois naquele caso o delito, em tese, não estaria sujeito à aplicação de multa. Mas entendo, Senhor Presidente, com a devida vênia, que não. Por exemplo, uma sanção eleitoral em que um candidato comete um delito, e esse delito, está sujeito à aplicação de pena pecuniária, multa, isso não o desobriga de cumprir a decisão judicial, sob pena de responder também ao crime...

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO (relator): Não é que desobrigue; é porque a tese, inclusive, já referendada pelo Superior Tribunal de Justiça, com o fim de só se aplicar essa jurisprudência quando se tratar de crime genérico, como no caso de desobediência. Por exemplo, na Justiça Eleitoral, o sujeito coloca a propaganda irregular, é determinada a retirada e sofre as sanções no caso de não retirar. Se for capitulada como crime aquela conduta, é claro que será crime, mesmo que tenha sanção administrativa.

Suponhamos que existisse o crime de afixar cartaz na rua; ele iria sofrer a sanção administrativa e a penal também. Mas, no caso, como é genérico, está-se dizendo que não configura crime de desobediência, porque está sujeito a uma sanção administrativa e a conduta não é capitulada especificamente como crime.



O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Mas, acredito que, por exemplo, no caso de multa, se o candidato coloca uma propaganda fora do local próprio, e a Justiça determina que essa propaganda seja retirada, e ele não a retira, está desobedecendo a ordem judicial e, em tese, está sujeito ao crime previsto no artigo 344 do Código Eleitoral, que é o de desobediência. Neste caso, parece haver as especificidades, porque a infração seria administrativa.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO (relator): Considera, inclusive, que não se aplica, porque no caso concreto não se discute desobediência.

O artigo 344 do Código Eleitoral dispõe:

Art. 344. Recusar ou abandonar o serviço eleitoral sem justa causa:
[...]

E há julgado do Tribunal – do Ministro Eduardo Ribeiro – dispondo que o fato de o mesário deixar de comparecer não configura esse crime.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO (presidente): O artigo 347 do Código Eleitoral estabelece:

Art. 347. Recusar alguém cumprimento ou obediência a diligências, ordens ou instruções da Justiça Eleitoral ou opor embaraços à sua execução:
[...]

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Senhor Presidente, o Ministro Marcelo Ribeiro citou alguns acórdãos, lembro-me de ter visto também no Recurso em Habeas Corpus nº 109 e penso, com a devida vênia, que não se aplicam, entendo que são condutas distintas.

Se o candidato, na Justiça Eleitoral, está sujeito a obedecer à ordem judicial e se ele faz propaganda, por exemplo, em local indevido, está sujeito a multa e também a processo criminal.

Agora, neste caso, o crime é recusar ou abandonar o serviço eleitoral sem justa causa? E seria genérico, e ele não...?

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO (relator): Leio precedente da Corte:

A hipótese de que se cuida na forma apontada na denúncia, ou seja, deixar de comparecer para compor mesa receptora de votos, desatendendo a convocação da Justiça Eleitoral, constitui modalidade especial daquilo que, não fosse a previsão específica, corresponderia ao crime de desobediência. Quem deixa de atender à determinação expedida pelo Juiz Eleitoral, para o fim exposto, desobedece a ordem legal de funcionário público, tipo contemplado pelo artigo 330 do Código Penal. Se assim é, o mesmo princípio há de ser aplicado. Estabelecida, para esse comportamento [específico], penalidade administrativa, ausente ressalva de que isso se faz sem prejuízo de outra, de natureza penal, fica essa última afastada.

[...]

Ora, o Código Eleitoral, em seu artigo 124, comina sanção de multa, de caráter administrativo, para “o membro da mesa receptora que não comparecer no local em dia e hora determinados para a realização de eleição, sem justa causa”. A conduta aí descrita é exatamente a atribuída à paciente a quem, aliás, foi imposta a multa. E nenhuma ressalva contém o dispositivo, no sentido de que essa sanção não exclui a de cunho penal.

Abro um parêntese na citação para dizer que o tipo penal que existe no caso não é esse de não comparecer à mesa; é o de “recusar” – o termo é genérico.

Então, o que se está dizendo é que existe um tipo genérico. Quando a lei prevê determinada conduta que, em tese, se enquadraria nesse tipo genérico, mas separa essa conduta específica – que no caso é “deixar de comparecer” – e atribui sanção administrativa, o entendimento é de que não há crime nesse caso.

Agora, no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, há decisões no mesmo sentido em relação à desobediência. Eis a decisão do STJ:

Consoante firme jurisprudência da Corte, para configuração do delito de desobediência é indispensável que inexista previsão de sanção de natureza civil, processual ou administrativa, salvo, quando a norma admitir expressamente acumulação.

Ou seja, há jurisprudência pacífica do STJ, do STF e do TSE.



VOTO

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Senhor Presidente, peço vênias ao relator para indeferir o *habeas corpus*. Continuo convencido desse exame que fiz. Se as jurisprudências do Supremo e do STJ são nesse sentido, creio que realmente só me falta pedir vênias também a essas jurisprudências.

Mas entendo que são instâncias completamente independentes. Se há multa específica para uma atividade que o serventuário não faz e há conduta genérica que qualifica essa conduta específica como crime, isso não afasta a incidência da norma penal que, para a mesma conduta, ainda que seja genérica, imponha ou preveja a respectiva sanção.

Ou seja, embora não qualifique especificamente como crime, mas em termos genéricos, “recusar ou abandonar o serviço eleitoral sem justa causa” – o que aconteceu –, apenas o fato de não comparecer ao serviço de mesário, previsto no artigo 124, que prevê a aplicação da multa, comina essa sanção para essa finalidade de multa, mas também, em termos genéricos, comina para a infração criminal.

Se a conduta exige ou impõe a aplicação de determinada multa por qualquer espécie que seja, isso não afasta a incidência da norma penal, que, para a mesma conduta, ainda que seja genérica, imponha ou preveja a respectiva sanção.

Por isso, pedindo vênias, indefiro o *habeas corpus*.

PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO FELIX FISCHER: Senhor Presidente, peço vista dos autos.

EXTRATO DA ATA

HC nº 638/SP. Relator: Ministro Marcelo Ribeiro. Impetrante: Guilherme Abraham de Camargo Jubram. Paciente: Danilo José Alves (Advogados: Guilherme Abraham de Camargo Jubram e outros). Órgão coator: Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo.

Decisão: Após o voto do Ministro Marcelo Ribeiro concedendo a ordem, e o voto do Ministro Arnaldo Versiani denegando-a, pediu vista o Ministro Felix Fischer.

Presidência do Sr. Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes os Srs. Ministros Felix Fischer, Fernando Gonçalves, Marcelo Ribeiro, Arnaldo Versiani e o Dr. Antonio Fernando de Souza, Procurador-Geral Eleitoral. Ausentes, sem substitutos, os Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau.

SESSÃO DE 22.4.2009.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO FELIX FISCHER: Senhor Presidente, trata-se de *habeas corpus* impetrado por Guilherme Abraham de Camargo Jubram em favor de Danilo José Alves contra ato reputado coator do e. Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, que confirmou sentença judicial condenatória desfavorável ao paciente.

Narra a inicial que o paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 344 do Código Eleitoral, uma vez que não atendeu à convocação da Justiça Eleitoral para compor mesa receptora de votos nas eleições de 2006.

Ao fim, requereu a concessão da ordem para que seja trancada a ação penal.

O Relator, e. **Ministro Marcelo Ribeiro**, concedeu a ordem para cassar o acórdão do e. TRE/SP e rejeitar a denúncia.

O e. **Ministro Arnaldo Versiani** divergiu. Aduziu Sua Excelência ser possível a cumulação das sanções administrativa e penal no caso concreto.

Diante da divergência, pedi vista dos autos para melhor análise.

Pedindo vênia ao e. **Ministro Arnaldo Versiani**, acompanho o Relator pelas razões que passarei a expor.

Inicialmente, destaco que o fato de o *writ* ter sido impetrado contra decisão transitada em julgado não é, necessariamente, óbice ao seu conhecimento, conforme demonstrado pelo e. Relator. É vedado, no entanto, o reexame de fatos e provas.

Este é o entendimento do c. Supremo Tribunal Federal:

(...) Possibilidade, no entanto, da impetração do '*writ*' constitucional, perante órgão judiciário competente, ainda que transitada em julgado a condenação penal, desde que inexistente controvérsia

fático-probatória. Precedentes. (AI-AgR-ED nº 605.158/PR, Rel. **Min. Celso de Mello**, 2ª Turma, DJ de 10.8.2007)

Habeas corpus. Penal. Sentença penal condenatória transitada em julgado. Possibilidade de impetração de habeas corpus. Precedentes. (...) 1. A jurisprudência desta Suprema Corte consolidou-se no sentido de que '*a coisa julgada estabelecida no processo condenatório não é empecilho, por si só, à concessão de habeas corpus por órgão jurisdicional de gradação superior, de modo a desconstituir a decisão coberta pela preclusão máxima*' (RHC nº 82.045/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 25/10/02). (...) 3. Habeas corpus conhecido e denegada a ordem. (HC nº 94903/RS, Rel. **Min. Menezes Direito**, 1ª Turma, DJ de 10.10.2008)

'HABEAS CORPUS': CABIMENTO CONTRA DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO (...). (HC nº 69.662/RJ, Rel. **Min. Sepúlveda Pertence**, 1ª Turma, DJ de 18.9.1992)

Reconhecendo a fungibilidade entre o *habeas corpus* e a revisão criminal, destaco decisão da 5ª Turma do c. Superior Tribunal de Justiça:

(...) 2. É possível desconstituir decisão transitada em julgado por meio de habeas corpus se verificada a existência de flagrante ilegalidade, aplicando-se o princípio da fungibilidade entre o writ e a revisão criminal. Precedentes. (RHC nº 19.215/MS, Rel. **Min. Arnaldo Esteves Lima**, 5ª Turma, DJ de 23.10.2006)

No mérito, entendo que o voto do e. Relator não merece reparos, uma vez que a pretensão do impetrante consubstancia-se na análise do enquadramento legal da hipótese de não comparecimento de eleitor convocado a compor mesa receptora de votos.

A questão já foi tratada pelo c. TSE no julgamento do RHC nº 21/SP, rel. **Min. Eduardo Ribeiro**, DJ de 11.12.1998.

Naquela oportunidade, a c. Corte Superior Eleitoral, acordou que o não comparecimento do mesário no dia das eleições não configuraria o crime previsto no art. 344 do Código Eleitoral³. A conduta omissiva

³ Art. 344. Recusar ou abandonar o serviço eleitoral sem justa causa:
Pena - detenção até dois meses ou pagamento de 90 a 120 dias-multa.

enquadrar-se-ia no disposto no art. 124 do mesmo Código⁴, sendo mera infração administrativa sujeita ao pagamento de multa.

Entendeu-se que, o crime eleitoral em comento constituiria *“modalidade especial daquilo que, não fosse a previsão específica, corresponderia ao crime de desobediência.”*

Desse modo, aplicar-se-ia a jurisprudência segundo a qual para a configuração do crime desobediência é imprescindível que não exista sanção cível ou administrativa, exceto nos casos em que a norma expressamente assim ressalve a cumulação das sanções.

Nesse sentido, destacou o e. Relator o precedente que se segue:

HABEAS CORPUS. PREFEITO MUNICIPAL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA DE ORDEM JUDICIAL PROFERIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA COM PREVISÃO DE MULTA DIÁRIA PELO SEU EVENTUAL DESCUMPRIMENTO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRECEDENTES DO STJ. ORDEM CONCEDIDA.

- 1. Consoante firme jurisprudência desta Corte, para a configuração do delito de desobediência de ordem judicial é indispensável que inexistam a previsão de sanção de natureza civil, processual civil ou administrativa, salvo quando a norma admitir expressamente a referida cumulação.**
2. Se a decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança, cujo descumprimento justificou o oferecimento da denúncia, previu multa diária pelo seu descumprimento, não há que se falar em crime, merecendo ser trancada a Ação Penal, por atipicidade da conduta. Precedentes do STJ.
3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.
4. Ordem concedida, para determinar o trancamento da Ação Penal 1000.6004. 2056, ajuizada contra o paciente. (STJ, HC nº 92.655/ES, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, DJ de 25.2.2008)

⁴ Art. 124. O membro da mesa receptora que não comparecer no local, em dia e hora determinados para a realização de eleição, sem justa causa apresentada ao juiz eleitoral até 30 (trinta) dias após, incorrerá na multa de 50% (cinquenta por cento) a 1 (um) salário-mínimo vigente na zona eleitoral cobrada mediante selo federal inutilizado no requerimento em que for solicitado o arbitramento ou através de executivo fiscal.

§ 1º Se o arbitramento e pagamento da multa não for requerido pelo mesário faltoso, a multa será arbitrada e cobrada na forma prevista no artigo 367.

§ 2º Se o faltoso for servidor público ou autárquico, a pena será de suspensão até 15 (quinze) dias.

§ 3º As penas previstas neste artigo serão aplicadas em dobro se a mesa receptora deixar de funcionar por culpa dos faltosos.

§ 4º Será também aplicada em dobro observado o disposto nos §§ 1º e 2º, a pena ao membro da mesa que abandonar os trabalhos no decurso da votação sem justa causa apresentada ao juiz até 3 (três) dias após a ocorrência.

Mais recentemente, confirmando o entendimento de que o não comparecimento do mesário no dia das eleições não configura o crime previsto no art. 344 do Código Eleitoral, menciono decisão monocrática do e. **Ministro Carlos Ayres Britto**, no REspe nº 28.349/RJ, DJ de 9.4.2008.

Dessa forma, e com a devida vênia da divergência, **acompanho o e. Relator para conceder a ordem e rejeitar a denúncia por atipicidade da conduta.**

É o voto.

EXTRATO DA ATA

HC nº 638/SP. Relator: Ministro Marcelo Ribeiro. Impetrante: Guilherme Abraham de Camargo Jubram. Paciente: Danilo José Alves (Advogados: Guilherme Abraham de Camargo Jubram e outros). Órgão coator: Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo.

Decisão: O Tribunal, por maioria, concedeu a ordem, nos termos do voto do relator. Vencido o Ministro Arnaldo Versiani.

Presidência do Sr. Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes os Srs. Ministros Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Felix Fischer, Fernando Gonçalves, Marcelo Ribeiro, Henrique Neves e o Dr. Antonio Fernando de Souza, Procurador-Geral Eleitoral.

SESSÃO DE 28.4.2009*.

<p style="text-align: center;">CERTIDÃO DE PUBLICAÇÃO</p> <p>Certifico a publicação deste Acórdão no Diário da Justiça eletrônico de <u>21/5/2009</u>, pág. <u>19</u>.</p> <p>Eu, <u>Weslei Machado Alves</u> <u>Analista Judiciário</u>, lavrei a presente certidão.</p>
--

/JCBRAGA

* Notas orais sem revisão dos Ministros Carlos Ayres Britto e Arnaldo Versiani.