

MED. CAUT. EM HABEAS CORPUS 107.795 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. CELSO DE MELLO
PACTE. (S)	: MARILANDY RICARDO RABELLO
PACTE. (S)	: SÉRGIO PEREIRA
PACTE. (S)	: MARFISA DE RICARDO RABELLO
PACTE. (S)	: LÍVIA APARECIDA DOS SANTOS
IMPTE. (S)	: MARIA CLÁUDIA DE SEIXAS E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES)	: RELATOR DO HC N° 28255920106000000 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

EMENTA: CRIME ELEITORAL. PROCEDIMENTO PENAL DEFINIDO PELO PRÓPRIO CÓDIGO ELEITORAL ("LEX SPECIALIS"). **PRETENDIDA OBSERVÂNCIA** DO NOVO "ITER" PROCEDIMENTAL ESTABELECIDO PELA REFORMA PROCESSUAL PENAL DE 2008, **QUE INTRODUZIU** ALTERAÇÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ("LEX GENERALIS"). **ANTINOMIA** MERAMENTE APARENTE, PORQUE SUPERÁVEL MEDIANTE APLICAÇÃO DO CRITÉRIO DA **ESPECIALIDADE** ("LEX SPECIALIS DEROGAT LEGI GENERALI"). **CONCEPÇÃO** ORTODOXA QUE PREVALECE, ORDINARIAMENTE, NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS ANTINÔMICOS QUE OPÕEM LEIS DE CARÁTER GERAL **ÀQUELAS** DE CONTEÚDO ESPECIAL. **PRETENDIDA UTILIZAÇÃO** DE FATOR DIVERSO DE SUPERAÇÃO DESSA ESPECÍFICA ANTINOMIA DE PRIMEIRO GRAU, **MEDIANTE** OPÇÃO HERMENÊUTICA QUE SE MOSTRA MAIS COMPATÍVEL COM OS POSTULADOS QUE INFORMAM O ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA. **VALIOSO PRECEDENTE** DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (**AP 528-AgR/DF**, REL. MIN. RICARDO LEWANDOWSKI). **NOVA ORDEM RITUAL** QUE, POR REVELAR-SE MAIS FAVORÁVEL AO ACUSADO (CPP, ARTS. 396 E 396-A, **NA REDAÇÃO** DADA PELA LEI N° 11.719/2008), **DEVERIA REGER** O PROCEDIMENTO PENAL, NÃO OBSTANTE DISCIPLINADO EM LEGISLAÇÃO ESPECIAL, **NOS CASOS** DE CRIME ELEITORAL. **PLAUSIBILIDADE** **JURÍDICA** DESSA

POSTULAÇÃO. OCORRÊNCIA DE "PERICULUM IN MORA". MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

DECISÃO: Trata-se de "habeas corpus", com pedido de medida liminar, **impetrado** contra decisão, que, **emanada** do E. Tribunal Superior Eleitoral, **restou consubstanciada** em acórdão assim ementado:

"'Habeas corpus'. Ação penal. Inscrição fraudulenta de eleitor. Falsidade ideológica. Condutas típicas. Procedimento. Código de Processo Penal. Aplicação subsidiária. Adoção. Necessidade. Código Eleitoral. Norma específica. Ordem denegada.

1. O trancamento da ação penal na via do 'habeas corpus' somente é possível quando, sem a necessidade de reexame do conjunto fático-probatório, evidenciar-se, de plano, a **atipicidade** da conduta, a **ausência** de indícios para embasar a acusação ou, ainda, a **extinção** da punibilidade, hipóteses não verificadas 'in casu'. **Precedentes**.

2. No processamento das infrações eleitorais devem ser observadas as disposições específicas dos arts. 359 e seguintes do Código Eleitoral, devendo ser aplicado o Código de Processo Penal apenas subsidiariamente.

3. Não constitui constrangimento ilegal o recebimento de denúncia que contém indícios suficientes de autoria e materialidade, além da descrição clara de fatos que configuram, em tese, os crimes descritos nos arts. 289 e 350 do Código Eleitoral.

4. Ordem denegada."

(HC 2825-59.2010.6.00.0000/SP, Rel. Min. MARCELO RIBEIRO - grifei)

Busca-se, na presente impetração, a concessão de medida cautelar destinada a suspender o curso do **Processo-crime** nº 02/2009, ora em tramitação perante o Juízo da 203ª Zona Eleitoral da comarca de Viradouro/SP.

Aduz, em síntese, a parte ora impetrante, neste "writ", a **ocorrência de nulidade absoluta** do procedimento penal em questão, alegando-se que o magistrado de primeiro grau teria desrespeitado o rito estabelecido nos **artigos 396 e 396-A** do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 11.719/2008, eis que "as disposições dos artigos 395 a 398 do Código de Processo Penal aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda

que não regulados nesse Código, *incluindo-se*, assim, os processos apuratórios de crimes eleitorais, ainda que o rito procedural seja regulado por lei especial" (grifei).

Presente tal contexto, passo a examinar a postulação cautelar ora deduzida **nesta** sede processual.

Não se ignora que, na aplicação das normas que compõem o ordenamento positivo, podem registrarse situações de conflito normativo, reveladoras da existência de antinomia em sentido próprio, eminentemente solúvel, porque superável mediante utilização, em cada caso ocorrente, de determinados fatores, tais como o critério hierárquico ("lex superior derogat legi inferiori"), o critério cronológico ("lex posterior derogat legi priori") e o critério da especialidade ("lex specialis derogat legi generali"), que têm a virtude de viabilizar a preservação da essencial coerência, integridade e unidade sistêmica do ordenamento positivo (RTJ 172/226-227, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

No caso ora em exame, mostra-se pertinente a invocação do critério da especialidade, pois se acham em (aparente) conflito regras legais, de caráter procedural, inscritas no Código de Processo Penal ("lex generalis") e no Código Eleitoral ("lex specialis").

A utilização do critério da especialidade representaria, no caso, a solução ortodoxa da antinomia de primeiro grau registrada no contexto ora em exame.

Essa concepção ortodoxa, que faz incidir, em situação de antinomia aparente, o critério da especialidade, tem prevalecido, ordinariamente, no entendimento doutrinário, como resulta da lição de eminentes autores (HUGO DE BRITO MACHADO, "Introdução ao Estudo do Direito", p. 164/166 e 168, itens ns. 1.2, 1.3 e 1.6, 2^a ed., 2004, Atlas; MARIA HELENA DINIZ, "Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada", p. 67/69, item n. 4, e p. 72/75, item n. 7, 1994, Saraiva; ROBERTO CARLOS BATISTA, "Antinomias Jurídicas e Critérios de Resolução", "in" Revista de Doutrina e Jurisprudência-TJDF/T, vol. 58/25-38, 32-34, 1998; RAFAEL MARINANGELO, "Critérios para Solução de Antinomias do Ordenamento Jurídico", "in" Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 15/216-240, 232/233, 2005, RT, v.g.), valendo referir, dentre eles, o magistério, sempre lúcido e autorizado, de NORBERTO BOBBIO ("Teoria do Ordenamento Jurídico", p. 91/92 e 95/97, item n. 5, trad. Cláudio de Cicco/Maria Celeste C. J. Santos, 1989,

Polis/Editora UnB), para quem, ocorrendo situação de conflito entre normas (aparentemente) incompatíveis, deve prevalecer, por efeito do critério da especialidade, o diploma estatal "que subtrai, de uma norma, uma parte de sua matéria, para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória)..." (grifei).

Ocorre, no entanto, que se invoca, no caso, um outro critério, que não o da especialidade, fundado em opção hermenêutica que se legitima em razão de se mostrar mais compatível com os postulados que informam o estatuto constitucional do direito de defesa, conferindo-lhe substância, na medida em que a nova ordem ritual definida nos arts. 396 e 396-A do CPP, na redação dada pela Lei nº 11.719/2008, revela-se evidentemente mais favorável que a disciplina procedural resultante do próprio Código Eleitoral.

Sabemos que a reforma processual penal **estabelecida** por legislação editada em 2008 revelou-se mais consentânea com as novas exigências **estabelecidas** pelo moderno processo penal de perfil democrático, cuja natureza põe em perspectiva a essencialidade do direito à plenitude de defesa e ao efetivo respeito, pelo Estado, da prerrogativa ineliminável do contraditório.

Bem por isso, a Lei nº 11.719/2008, ao reformular a ordem ritual nos procedimentos penais, instituiu fase preliminar caracterizada pela instauração de contraditório prévio, apto a ensejar, ao acusado, a possibilidade de arguir questões formais, de discutir o próprio fundo da acusação penal e de alegar tudo o que possa interessar à sua defesa, além de oferecer justificações, de produzir documentos, de especificar as provas pretendidas e de arrolar testemunhas, sem prejuízo de outras medidas ou providências que repute imprescindíveis.

Com tais inovações, o Estado observou tendência já consagrada em legislação anterior, como a Lei nº 10.409/2002 (art. 38) e a Lei nº 11.343/2006 (art. 55), cujas prescrições viabilizaram a prática de verdadeiro contraditório prévio no qual o acusado poderia invocar todas as razões de defesa - tanto as de natureza formal quanto as de caráter material.

Mostrou-se tão significativa essa fase procedural que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em sucessivas decisões, reconheceu que a inobservância desse "contraditório prévio" constituía causa de nulidade processual absoluta (HC 87.346/MS, Rel. p/ o acórdão Min. CARMEN LÚCIA - HC 90.226/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 98.382/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RHC 86.680/SP, Rel.

Min. JOAQUIM BARBOSA, v.g.), como o evidenciam, dentre outros, os seguintes julgados:

"'HABEAS CORPUS' - DIREITO AO CONTRADITÓRIO PRÉVIO (LEI Nº 10.409/2002, ART. 38) - REVOGAÇÃO DESSE DIPLOMA LEGISLATIVO - IRRELEVÂNCIA - EXIGÊNCIA MANTIDA NA NOVÍSSIMA LEI DE TÓXICOS (LEI Nº 11.343/2006, ART. 55) - INOBSEERVÂNCIA DESSA FASE RITUAL PELO JUÍZO PROCESSANTE - NULIDADE PROCESSUAL ABSOLUTA - OFENSA AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DO 'DUE PROCESS OS LAW' - PEDIDO DEFERIDO.

- A inobservância do rito procedural previsto na (revogada) Lei nº 10.409/2002 configurava típica hipótese de nulidade processual absoluta, sendo-lhe insita a própria idéia de prejuízo, eis que o não-cumprimento do que determinava, então, o art. 38 do diploma legislativo em causa comprometia o concreto exercício, pelo denunciado, da garantia constitucional da plenitude de defesa. Precedentes.

- Subsistência, na novíssima Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/2006, art. 55), dessa mesma fase ritual de contraditório prévio, com iguais consequências jurídicas, no plano das nulidades processuais, se descumpriida pelo magistrado processante.

- A exigência de fiel observância, por parte do Estado, das formas processuais estabelecidas em lei, notadamente quando instituídas em favor do acusado, representa, no âmbito das perseguições penais, inestimável garantia de liberdade, pois o processo penal configura expressivo instrumento constitucional de salvaguarda dos direitos e garantias assegurados ao réu. Precedentes."

(HC 93.581/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

"(...) II - Defesa - Entorpecentes - Nulidade por falta de oportunidade para a defesa preliminar prevista no art. 38 da L. 10.409/02: demonstração de prejuízo: prova impossível (HC 69.142, 1ª T., 11.2.92, Pertence, RTJ 140/926; HC 85.443, 1ª T., 19.4.05, Pertence, DJ 13.5.05).

Não bastassem o recebimento da denúncia e a superveniente condenação do paciente, não cabe reclamar, a título de demonstração de prejuízo, a prova impossível de que, se utilizada a oportunidade legal para a defesa preliminar, a denúncia não teria sido recebida."

(HC 84.835/SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma - grifei)

"'HABEAS CORPUS'. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. RITO DO ART. 38 DA LEI 10.409/2002. INOBSERVÂNCIA. EXISTÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A DEFESA.

A **inoobservância** do rito do art. 38 da Lei nº 10.409/2002, que assegura o **contraditório prévio** ao denunciado pelo crime de tráfico de entorpecentes, **resulta na nulidade** do processo penal, **desde** o recebimento da denúncia.

Habeas corpus conhecido e ordem concedida."

(HC 94.027/SP, Rel. p/ o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA - grifei)

Esta Suprema Corte, de outro lado, tendo presentes as inovações produzidas pelos diplomas legislativos que introduziram expressivas reformas em sede processual penal (Lei 11.689/2008 - Lei nº 11.690/2008 - Lei nº 11.719/2008), veio a adequar, mediante construção jurisprudencial, a própria Lei nº 8.038/90 (que já previa fase de contraditório prévio) ao novo modelo ritual, fazendo incidir, nos processos penais originários, a regra que, fundada na Lei nº 11.719/2008 (CPP, art. 400), definiu o interrogatório (qualificado como "depimento pessoal" pelo art. 359 do Código Eleitoral, na redação que lhe deu a Lei nº 10.732/2003) como o último ato da fase de instrução probatória, por entender que se tratava de medida evidentemente mais favorável ao réu:

"PROCESSUAL PENAL. INTERROGATÓRIO NAS AÇÕES PENais ORIGINÁRIAS DO STF. ATO QUE DEVE PASSAR A SER REALIZADO AO FINAL DO PROCESSO. NOVA REDAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I - O art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.719/2008, fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução penal.

II - Sendo tal prática benéfica à defesa, deve prevalecer nas ações penais originárias perante o Supremo Tribunal Federal, em detrimento do previsto no art. 7º da Lei 8.038/90 nesse aspecto. Exceção apenas quanto às ações nas quais o interrogatório já se ultimou.

III - *Interpretação sistemática e teleológica do direito.*

IV - *Agravo regimental a que se nega provimento.*"

(AP 528-AgR/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI - grifei)

Tenho por relevante, bem por isso, esse aspecto da causa ora em exame, uma vez que a previsão do contraditório prévio a que se referem os artigos 396 e 396-A do CPP, mais do que simples exigência legal, traduz indisponível garantia de índole jurídico-

-constitucional **assegurada** aos denunciados, de tal modo que a **observância** desse rito procedural configura instrumento de clara limitação ao poder persecutório do Estado, **ainda mais se se considerar** que, **nessa resposta prévia** - que compõe fase processual insuprimível (CPP, art. 396-A, § 2º) -, torna-se lícita a formulação, nela, **de todas as razões**, de fato ou de direito, **inclusive** aquelas pertinentes ao mérito da causa, reputadas essenciais ao pleno exercício da defesa pelo acusado, **como assinala**, com absoluta correção, **o magistério da doutrina** (EUGÉNIO PACELLI DE OLIVEIRA e DOUGLAS FISCHER, "Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência", p. 869/870, 2ª ed., 2011, Lumen Juris; PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN e JORGE ASSAF MALULY, "Curso de Processo Penal", p. 374/375, 4ª ed., 2009, Forense; ANDREY BORGES DE MENDONÇA, "Nova Reforma do Código de Processo Penal", p. 260/264, 2ª ed., 2009, Método, v.g.).

É sempre importante rememorar, presente o contexto em análise, que a exigência de fiel observância das formas processuais estabelecidas em lei, notadamente quando instituídas em favor do acusado, representa, no âmbito das persecuções penais, uma inestimável garantia de liberdade, pois não se pode desconhecer, considerada a própria jurisprudência desta Suprema Corte, que o processo penal configura expressivo instrumento constitucional de salvaguarda das liberdades individuais do réu, contra quem não se presume provada qualquer acusação penal:

"A submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade conflitante que se estabelece entre a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do 'jus libertatis' titularizado pelo réu.

A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos, que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido - e assim deve ser visto - como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu.

O processo penal condenatório não é um instrumento de arbitrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu - que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória -, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que,

condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe, ao órgão acusador, o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público.

A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula 'nulla poena sine iudicio' exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual."

(RTJ 161/264-266, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Isso significa, portanto, que a estrita observância da forma processual representa garantia plena de liberdade e de respeito aos direitos e prerrogativas que o ordenamento positivo confere a qualquer pessoa sob perseguição penal.

Sendo assim, tendo presentes as razões expostas, defiro o pedido de medida liminar, em ordem a suspender, cautelarmente, em relação aos ora pacientes, até final julgamento da presente ação de "habeas corpus", o curso do Processo-crime nº 02/2009, ora em tramitação perante o Juízo da 203ª Zona Eleitoral de Viradouro/SP (Processo-crime nº 02/2009), sustando-se, inclusive, caso já proferida, a eficácia de eventual sentença penal condenatória.

Comunique-se, com urgência, o teor da presente decisão, com o encaminhamento da respectiva cópia, ao eminente Senhor Presidente do E. Tribunal Superior Eleitoral (HC 2825-59.2010.6.00.0000/SP) e ao MM. Juiz da 203ª Zona Eleitoral de Viradouro/SP (Processo-crime nº 02/2009).

Publique-se.

Brasília, 28 de outubro de 2011.

Ministro CELSO DE MELLO
Relator