



TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

ACÓRDÃO

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS Nº 690-40.
2011.6.00.0000 – CLASSE 16 – ARARICÁ – RIO GRANDE DO SUL**

Relatora: Ministra Nancy Andrighi
Embargante: Ministério Público Federal
Embargado: Venildo Antônio Tolfo
Advogado: Vagner Goulart Aurélio

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. *HABEAS CORPUS*. TEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. EFEITOS MODIFICATIVOS.

1. Equívoco do acórdão embargado quanto à correta data de publicação do recurso especial interposto nos autos de ação penal.
2. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para reconhecer a intempestividade do recurso especial e, por consequência, o trânsito em julgado da ação penal.

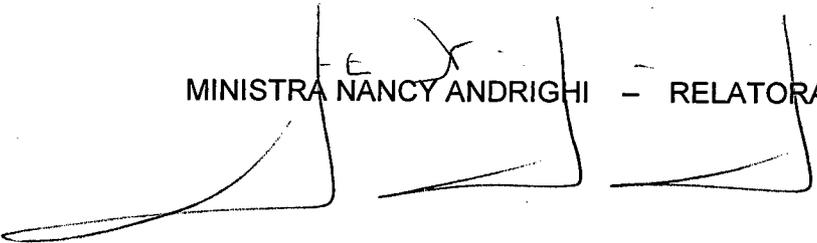
HABEAS CORPUS. VEREADOR. ELEIÇÕES 2008. INDUÇÃO DE INSCRIÇÃO FRAUDULENTE DE ELEITOR. ART. 290 DO CÓDIGO ELEITORAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE. *EMENDATIO LIBELLI*. NULIDADE AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA.

1. Não há falar em nulidade da ação penal em razão da negativa de suspensão condicional do processo. O paciente foi denunciado por condutas praticadas em concurso, cada uma com pena mínima de 1 ano de reclusão, de forma que o acréscimo mínimo decorrente do concurso impossibilita a proposta de suspensão condicional do processo, conforme dispõe a Súmula 243/STJ: “o benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (1) ano”.

2. Não há nulidade, também, quanto à desclassificação do crime pelo TRE/RS, do art. 299 do CE para o art. 290 do CE, pois o art. 383 do CPP possibilita que o magistrado atribua definição jurídica diversa aos fatos descritos na denúncia, a fim de que haja a correta subsunção da lei penal ao caso.
3. Ademais, na espécie a *emendatio libelli* favoreceu o paciente, pois implicou redução da pena inicialmente aplicada.
4. De todo modo, para modificar a conclusão da e. Corte Regional acerca da tipificação jurídica dos fatos descritos na denúncia seria necessária aprofundada incursão na prova dos autos, providência incompatível com a via estreita do *habeas corpus*, conforme jurisprudência pacífica desta c. Corte.
5. Ordem denegada.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em acolher os embargos de declaração, com efeitos modificativos, nos termos das notas de julgamento.

Brasília, 14 de dezembro de 2011.


MINISTRA NANCY ANDRIGHI - RELATORA

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI: Senhor Presidente, cuida-se de embargos de declaração interpostos pelo Ministério Público Eleitoral contra acórdão assim ementado (fl. 469):

HABEAS CORPUS. CRIME ELEITORAL. ART. 290 DO CÓDIGO ELEITORAL. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. RECURSO ESPECIAL INADMITIDO NA ORIGEM AO FUNDAMENTO DE INTEMPESTIVIDADE. ILEGALIDADE. RECURSO TEMPESTIVO. ORDEM CONCEDIDA.

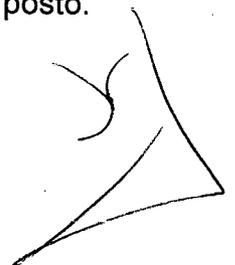
1. O *habeas corpus* contra decisão com trânsito em julgado é cabível apenas em hipóteses excepcionais, desde que haja flagrante ilegalidade. Precedentes.
2. A decisão do TRE/RS que não admite subida de recurso especial por considerá-lo equivocadamente intempestivo configura evidente constrangimento ilegal.
3. Ordem parcialmente concedida para anular o trânsito em julgado do acórdão e determinar que seja proferida nova decisão de admissibilidade do recurso especial interposto, ultrapassada a questão relativa à tempestividade.

Em suas razões, o Ministério Público Eleitoral aduz a existência de contradição no acórdão recorrido, pois de acordo com o art. 4º, § 3º, da Lei 11.419/2006, considera-se a data da publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação do *Diário de Justiça Eletrônico*, o que não foi o caso dos autos.

Alega que no caso o acórdão do TRE/RS foi publicado – e não disponibilizado – no *DJe* do dia 3.2.2011. Desse modo, o prazo recursal iniciou-se no dia 4.2.2011, restando intempestivo o recurso especial interposto no dia 8.2.2011.

Ao fim, pugna pelo acolhimento dos embargos de declaração para que seja reconhecida a intempestividade do recurso especial interposto.

É o relatório.



VOTO

A SENHORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI (relatora): Senhor Presidente, de fato, consta na certidão de fl. 369 que o acórdão do TRE/RS foi **publicado** – e não disponibilizado – no Diário Eletrônico da Justiça Eleitoral do Rio Grande do Sul no dia 3.2.2011.

Desse modo, o prazo recursal iniciou-se no dia útil seguinte, 4.2.2011 (sexta-feira), terminando no dia 7.2.2011(segunda-feira). Assim, intempestivo o recurso especial interposto no dia 8.2.2011 (fl. 371).

Forte nessas razões, **acolho** os embargos de declaração **com efeitos modificativos** para reconhecer a **intempestividade do recurso especial** interposto por Venildo Antônio Tolfo e, por consequência, o trânsito em julgado da ação penal nº 1000049-16.

Acolhidos os embargos de declaração e, assim, superada a questão relativa à tempestividade do recurso especial, passo ao exame das demais alegações trazidas pelo impetrante neste *habeas corpus*.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Venildo Antônio Tolfo, denunciado perante a 131ª Zona Eleitoral de Sapiranga/RS pela prática do crime de corrupção eleitoral (art. 299 do CE)¹. De acordo com a denúncia, o paciente teria prometido doar casas a eleitores se eles transferissem seus títulos eleitorais do Município de Sapiranga/RS para o Município de Araricá/RS.

Em 1ª Instância, o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão e ao pagamento de 6 (seis) dias-multa pela prática do crime previsto no art. 299 do Código Eleitoral, em concurso material (art. 69 do Código Penal) (fls.318-321).

O paciente interpôs recurso ao TRE/RS (fls. 325-335), alegando nulidade da sentença por ausência de fundamentação e pela negativa de suspensão condicional do processo. No mérito, alegou ausência

¹ Art. 299. Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita: Pena - reclusão até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa.

de provas do dolo específico, pugnando pela absolvição, ou sucessivamente, pela substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

A Corte Regional afastou a preliminar de nulidade, haja vista que o pedido de suspensão condicional do processo havia sido denegado de forma fundamentada pelo Ministério Público Eleitoral. Assentou, ainda, que no caso não era possível a concessão da suspensão condicional do processo em razão do disposto na Súmula 243/STJ².

No mérito, o Eg. TRE/RS considerou que a conduta descrita na denúncia amoldava-se ao tipo penal do art. 290 do Código Eleitoral³ e não ao art. 299 da mesma lei, procedendo à *emendatio libelli* (art. 383 do Código de Processo Penal).

Modificada a tipificação dos fatos, o Eg. TRE/RS reduziu a pena privativa de liberdade para 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, substituindo-a por duas restritivas de direitos – prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária a entidade privada com destinação social.

Irresignado, Venildo Antônio Tolfo interpôs recurso especial, o qual não foi admitido pelo e. Tribunal de origem por ter sido considerado intempestivo.

Contra essa decisão não foi interposto recurso, **tendo ocorrido o trânsito em julgado no dia 21.2.2011** (certidão de fl. 387).

Sustenta o impetrante que a coação ilegal consiste na ausência de proposta do benefício de suspensão condicional do processo, mesmo tendo havido a desclassificação do crime. Alega que o paciente faz jus ao benefício, porquanto atendidos todos os requisitos subjetivos do art. 89 da Lei 9.099/95.

Alega, ainda, nulidade da ação penal, ao fundamento de que uma vez reconhecida a ausência de dolo específico de obter votos, deveria o

² Súmula nº 243/STJ. O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.

³ Art. 290 Induzir alguém a se inscrever eleitor com infração de qualquer dispositivo deste Código. Pena - Reclusão até 2 anos e pagamento de 15 a 30 dias-multa.

paciente ter sido absolvido, e não condenado pelo crime previsto no art. 290 do Código Eleitoral:

Ao final, requer liminarmente a suspensão da execução da pena até o julgamento final deste *writ*.

No mérito, pugna pela concessão da ordem para que seja anulada a ação penal a partir do recebimento da denúncia, garantindo ao paciente o direito à suspensão condicional do processo, “com a decretação de sua absolvição” (fl. 13).

O pedido liminar foi indeferido pelo e. Ministro Aldir Passarinho Junior em 14.4.2011 (fls. 395-398).

A autoridade coatora prestou informações às folhas 404-421.

A d. Procuradoria-Geral Eleitoral manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 422-428).

No que se refere à ausência de concessão de suspensão condicional do processo, o Ministério Público Eleitoral, em primeira instância, fundamentou adequadamente a ausência de formulação da proposta ao paciente, ao afirmar que:

Quanto à suspensão condicional do processo, o Ministério Público deixou de oferecer ao denunciado a proposta amparado na circunstância de que os antecedentes do réu demonstram a prática de outras infrações penais (em anexo – ocorrências policiais noticiando a prática de estupro e corrupção passiva), não preenchendo, portanto, os requisitos subjetivos estabelecidos pelo art. 89 da Lei nº 9.099/95, bem como do artigo 77, II, do Código Penal (fl. 142).

A questão foi novamente analisada por ocasião do julgamento da apelação criminal no TRE/RS, que reafirmou a impossibilidade de concessão do benefício, tendo em vista não apenas a conduta social desabonadora **como também o fato de o paciente ter sido denunciado por condutas praticadas em concurso formal, cada uma com pena mínima de 1 (um) ano de reclusão:**

(...) não se verifica qualquer nulidade do processo por ausência da proposta de suspensão condicional.

O recorrente foi denunciado por condutas praticadas em concurso, cada uma com pena mínima de 1 ano de reclusão, de forma que o acréscimo mínimo decorrente do concurso afasta a possibilidade da proposta, em conformidade com a Súmula 243 do STJ, segundo a qual *"o benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (1) ano"* (fl. 362).

De fato, o entendimento sumulado do STJ é de que não se pode conceder a suspensão condicional do processo em relação às condutas praticadas em concurso se a pena mínima cominada, ao final, exceder o limite de 1 (um) ano.

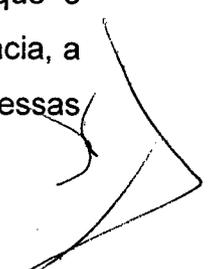
No caso, o paciente foi denunciado pela infração prevista no art. 299 do Código Eleitoral, em concurso material (art. 69 do Código Penal). Ademais, não obstante o TRE/RS ter desclassificado a imputação para o crime previsto no art. 290 do Código Eleitoral, **aplicou a regra do concurso formal** (art. 70 do Código Penal), o que ensejou o aumento da pena mínima para 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão (fls. 364-365).

Assim, não há falar em nulidade da ação penal em razão da negativa de suspensão condicional do processo.

Por fim, não prospera o argumento do impetrante de nulidade do processo por ter havido desclassificação para outro crime, e não absolvição.

Na hipótese, o TRE/RS entendeu que a conduta praticada pelo paciente, qual seja, promessa de doação de casas a eleitores se eles transferissem seus títulos eleitorais para o Município de Araricá/RS, enquadrava-se no tipo penal definido pelo art. 290 do Código Eleitoral: "Induzir alguém a se inscrever eleitor com infração de qualquer dispositivo deste Código".

O art. 383 do Código de Processo Penal possibilita que o magistrado atribua definição jurídica diversa aos fatos descritos na denúncia, a fim de que haja a correta subsunção da lei penal ao caso. Nessas



circunstâncias não se exige sequer a abertura de prazo para manifestação da defesa, sobretudo porque o réu defende-se dos fatos, e não da capitulação jurídica atribuída na peça acusatória. Desse modo, a *emendatio libelli*, por si só, não gera qualquer nulidade.

Além disso, no caso dos autos a *emendatio libelli* foi favorável ao paciente, pois o tipo penal inicialmente imputado a ele, qual seja, corrupção eleitoral (art. 299 do CE) estabelece pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, enquanto o tipo penal pelo qual foi condenado (art. 290 do CE) prevê pena de reclusão de 1 (um) a 2 (dois) anos. Verifica-se, inclusive, que o TRE/RS reduziu a pena inicialmente aplicada de 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão para 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, substituindo-a por duas restritivas de direitos – prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária a entidade privada com destinação social.

De todo modo, para modificar a conclusão da Eg. Corte Regional acerca da tipificação jurídica dos fatos descritos na denúncia seria necessária aprofundada incursão na prova dos autos, providência incompatível com a via estreita do *habeas corpus*, conforme jurisprudência pacífica desta c. Corte (Precedentes: RHC 482206, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJe* de 12.8.2011; HC 336862, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJe* de 17.3.2011; HC 288362, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJe* de 17.12.2010).

Forte nessas razões, **denego a ordem.**

É o voto.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Senhor Presidente, no momento em que foi apregoado o feito, eu havia entendido serem embargos de declaração.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI
(presidente): São embargos de declaração.



A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Entendi que havia sido julgado o recurso e agora, nos embargos, estaríamos rejuizando.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Eu preciso que fique esclarecido se estou julgando o *habeas corpus* ou os embargos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Embargos de declaração no *habeas corpus*.

A SENHORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI (relatora): Sim.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Entendi que a Ministra está se retratando, pois havia ela assentado, em um primeiro momento, que houve o trânsito em julgado. Vossa Excelência assentou que não havia transitado e mandou rejuizar?

A SENHORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI (relatora): Exatamente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): O Ministério Público ingressou com embargos de declaração afirmando que havia transitado em julgado. Tenho a impressão de que o que se quer aqui, o que se pretendia, e o que o Ministério Público deseja, é que se inicie a execução, mas o embargado não quer. É essa a questão.

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP: Senhor Presidente, pelo que entendi no início, houve a concessão de *habeas corpus* para efeito de desclassificar o delito, afirmando à parte que ela faria jus à suspensão condicional ou à absolvição. Mas ela não se conformou porque queria mais e interpôs recurso especial. Então o Ministério Público opôs embargos de declaração contra a decisão do *habeas corpus*, alegando apenas a intempestividade do recurso. Pelo que entendi, foi isso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Não houve um recurso em *habeas corpus*.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Não. Houve um *habeas corpus* em que a Ministra concedeu a ordem em parte.



A SENHORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI (relatora): Esse é um processo que recebi por herança. O Ministro Aldir Passarinho Junior concedeu a ordem parcialmente, para anular o trânsito em julgado do acórdão e determinar que fosse proferida uma nova decisão. Foram opostos embargos de declaração. Verifiquei que essa decisão estava, em meu modo de ver, equivocada. Fiz as contas e constatei a intempestividade do recurso especial. Por isso, quando eu disse que acolhia os embargos de declaração para assentar a intempestividade, pensei que poderíamos parar aqui, porque seria modificado o acórdão. Contudo, a parte ainda alega outras tantas questões.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Mas a minha dúvida estava exatamente nesta questão preliminar.

A SENHORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI (relatora): Se eu poderia modificar a decisão do Ministro Aldir Passarinho Junior?

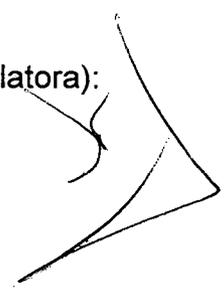
O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Que não é mais do Ministro Aldir Passarinho Junior e sim do Colegiado.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Eu penso que Vossa Excelência já foi a relatora do *habeas corpus*.

Nós concedemos a ordem no *habeas corpus* para anular o trânsito em julgado. Sua Excelência, o Ministro Marcelo Ribeiro, ficou vencido entendendo não ser cabível *habeas corpus* nesse caso, o Ministro Marco Aurélio o concedia em maior extensão, mas a maioria do Tribunal concedeu o *habeas corpus* sustentando que o recurso especial era tempestivo e não havia sido admitido, ou não foram examinados os seus pressupostos pela Presidência do Tribunal.

A dúvida está em saber se o acórdão teria sido publicado ou disponibilizado no dia 4.2.2011. O Ministério Público demonstrou, nos embargos de declaração, que o acórdão fora disponibilizado no dia 3; logo, publicado no dia 4. Assim, o prazo do recurso especial seria o dia 7 e não o dia 8, quando ele foi interposto.

A SENHORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI (relatora):
Portanto intempestivo.



O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Vossa Excelência está então ultrapassando a questão dos embargos de declaração, afirmando que o recurso especial era realmente intempestivo, admitindo o cabimento do *habeas corpus* contra a decisão transitada em julgado e examinando os demais pressupostos do *habeas corpus*.

A SENHORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI (relatora): Para concluir afirmando que deve ser denegada a ordem.

PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Senhor Presidente,
peço vista dos autos.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'D' followed by a series of loops and a long horizontal stroke, characteristic of the signature of Dias Toffoli.

EXTRATO DA ATA

ED-HC nº 690-40.2011.6.00.0000/RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Embargante: Ministério Público Federal. Embargado: Venildo Antônio Tolfo (Advogado: Vagner Goulart Aurélio).

Decisão: Após o voto da Ministra Nancy Andrighi, acolhendo os embargos de declaração, com efeitos modificativos, antecipou o pedido de vista o Ministro Dias Toffoli.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes as Ministras Cármen Lúcia e Nancy Andrighi, os Ministros Dias Toffoli, Gilson Dipp, Marcelo Ribeiro e Arnaldo Versiani, e o Procurador-Geral Eleitoral, Roberto Monteiro Gurgel Santos.

SESSÃO DE 6.10.2011.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Senhor Presidente, rememoro o caso, para uma perfeita compreensão da controvérsia.

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Vagner Goulart Aurélio em favor de Venildo Antônio Tolfo, condenado pelo Juízo da 131ª Zona Eleitoral de Sapiranga/RS, pela prática do crime previsto no art. 299 do Código Eleitoral c/c art. 70 do Código Penal, ao cumprimento da pena de 2 anos e 3 meses de reclusão.

Consta dos autos que o Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, ao julgar o recurso interposto contra a decisão condenatória, afastou a possibilidade da proposta de suspensão condicional, a teor do enunciado da Súmula nº 243 do Superior Tribunal de Justiça e, no mérito, considerou que a conduta descrita na denúncia amoldava-se ao tipo penal previsto no art. 290 do Código Eleitoral e não à do art. 299 do mesmo *Codex*, aplicando a *emendatio libelli* (fls. 361 a 366).

Contra esse julgado, foi interposto recurso especial que, em juízo de admissibilidade exercido por aquele Tribunal Regional Eleitoral, restou inadmitido por intempestividade (fls. 384/385).

Essa decisão transitou em julgado em 21.2.2011, conforme certidão de folha 387.

Foi, então, impetrado o presente *habeas corpus* no qual alega o impetrante o constrangimento ilegal imposto ao paciente, tendo em vista a “ausência de proposta do benefício de suspensão condicional do processo, mesmo tendo havido a desclassificação do crime. Alega, que o paciente faz jus ao benefício, porquanto atendidos os requisitos do art. 89 da Lei 9099/95” (fl. 471).

Defende, ainda, a tempestividade do recurso especial interposto, sendo, portanto, equivocada a proclamação do trânsito em julgado, certificado à folha 387.



Busca a concessão da ordem para que seja anulada a ação penal a partir do recebimento da denúncia, de modo a garantir ao paciente o direito ao *sursis* processual e, ainda, seja declarada a nulidade do trânsito em julgado do recurso interposto pelo paciente.

A liminar foi indeferida (fls. 395-398) e a Procuradoria-Geral Eleitoral opinou pela denegação da ordem (fls. 422 a 428).

Em sessão, de 21.6.2011, esta Corte Superior, por entender tempestivo o recurso especial interposto pela defesa do paciente, concedeu parcialmente a ordem em julgado assim ementado:

"HABEAS CORPUS. CRIME ELEITORAL. ART. 290 DO CÓDIGO ELEITORAL. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. RECURSO ESPECIAL INADMITIDO NA ORIGEM AO FUNDAMENTO DE INTEMPESTIVIDADE. ILEGALIDADE. RECURSO TEMPESTIVO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O habeas corpus contra decisão com trânsito em julgado é cabível apenas em hipóteses excepcionais, desde que haja flagrante ilegalidade. Precedentes.

2. A decisão do TRE/RS que não admite subida de recurso especial por considerá-lo equivocadamente intempestivo configura evidente constrangimento ilegal.

3. Ordem parcialmente concedida para anular o trânsito em julgado do acórdão e determinar que seja proferida nova decisão de admissibilidade do recurso especial interposto, ultrapassada questão relativa à tempestividade."

Contra essa decisão o *Parquet* eleitoral, opôs, tempestivamente, os presentes embargos de declaração com efeitos infringentes, no qual aduz, *in verbis*, que:

*"(...) há contradição no acórdão embargado. A Lei nº 11.419 referida no voto é clara ao prescrever, em seu artigo 4º, § 3º, que 'considera-se como data da publicação o primeiro dia útil seguinte ao da **disponibilização** da informação no Diário da Justiça eletrônico', o que não foi o caso dos autos.*

*Conforme se observa da certidão de fls. 369 e como o próprio acórdão embargado reconhece, o acórdão regional foi **publicado** em 3.2.2011 e não disponibilizado nesta data, inaplicável, portanto, o artigo mencionado.*

*Em consulta ao sítio eletrônico da Justiça Eleitoral do Rio Grande do Sul (...), confirma-se o óbvio; que o acórdão do Processo Classe RC nº 100004916 foi **publicado** no diário eletrônico nº 18 daquela Corte Regional (em anexo), em 03 de fevereiro de 2011. O prazo*

recursal iniciou-se, portanto, em 4.2.2011. Assim, o apelo especial protocolado em 08.02.2011 apresenta-se intempestivo” (fl. 487 – grifos no original).

Em sessão de 6 de outubro de 2011, a eminente Relatora, Ministra **Nancy Andrighi**, acolheu os embargos com efeitos modificativos para *“reconhecer a intempestividade do recurso especial interposto por Venildo Antônio Tolfo e, por consequência, o trânsito em julgado da ação penal nº 1000049-16”*.

Prosseguindo na análise de mérito das demais questões trazidas pela impetração, sua Excelência votou pela denegação da ordem.

Com a *venia* dos eminentes pares, antecipei o pedido vista dos autos para um exame mais detido do caso.

É o breve relatório.

Ressalto, inicialmente, que estou acompanhado, *in totum*, a eminente Relatora.

Anoto, de saída, ser amplamente admitida pela jurisprudência a possibilidade de interposição de embargos de declaração com efeitos infringentes desde que esses efeitos decorram de omissão, obscuridade ou contradição verificada quando do julgado embargado. Cito, por exemplo, do STF, o HC nº 86.139/SP, Segunda Turma, Relatora a Ministra **Ellen Gracie**, DJe de 26.9.2008; e do TSE, o HC nº 596/SE-ED, Relator o Ministro **Marcelo Ribeiro**, DJ de 1º.8.2008.

No caso, a contradição instaurou-se em razão da data em que, de fato, teria sido publicado o acórdão proferido pelo TRE/RS.

Dito isso, afirmo que a Lei nº 11.419/2006, em capítulo específico acerca da comunicação eletrônica dos atos processuais, considera como data da publicação do ato o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no *Diário da Justiça eletrônico* (art. 4º, § 3º).

Portanto, considerando que a certidão de fl. 369, certifica que o acórdão do TRE/RS foi, de fato, **publicado e não disponibilizado** no DEJE/RS no dia 3.2.2011, e o recurso foi protocolado, tão somente, em

8.2.2011, este é intempestivo, pois apresentado quando exaurido o prazo de três dias prescrito no § 1º do art. 279 do Código Eleitoral.

Nada impede, contudo, que, em sede de embargos se dê o efeito modificativo para sanar esse erro material. Nesse sentido, inclusive, há julgado da Suprema Corte. Confira-se:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES FUNCIONAIS. FUNCIONÁRIO PÚBLICO APOSENTADO À ÉPOCA DA DENÚNCIA. INAPLICABILIDADE DO PROCEDIMENTO ESPECIAL ESTABELECIDO NOS ARTIGOS 513 A 516 DO CPP. O procedimento especial estabelecido nos artigos 513 a 516 do Código de Processo Penal não é aplicável ao servidor público aposentado. Circunstância omitida na impetração, mas comprovada documentalmente pelo Ministério Público Federal.

Embargos declaratórios acolhidos, com efeitos infringentes, a fim de determinar o prosseguimento da ação penal” (HC nº 96.058/SP-ED, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 30.4.2010).

Acerca das demais questões trazidas na impetração, não vislumbro constrangimento ilegal de modo a amparar a concessão da ordem.

No que concerne o pretendido *sursis* processual, conforme bem sublinhou a relatora, “*não obstante o TRE/RS ter desclassificado a imputação para o crime previsto no art. 290 do Código Eleitoral, aplicou a regra do concurso formal (art. 70 do Código Penal), o que ensejou o aumento de pena mínima para 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão (fls. 364-365). Assim, não há falar em nulidade da ação penal em razão da negativa de suspensão condicional do processo”* (grifos no original).

Aliás, essa é a orientação deste Tribunal Superior:

“Habeas Corpus. Suspensão condicional do processo. Lei 9.099/95, art. 89.

A suspensão do processo, prevista no art. 89 da Lei 9.099/95, é inaplicável em relação aos crimes cometidos em concurso formal, se a pena mínima, acrescida do aumento de um sexto, ultrapassar o limite de um ano.

Ordem denegada” (HC nº 380/RN, Relator o Ministro Garcia Vieira, DJ de 31.3.2000).

No mesmo sentido é o magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

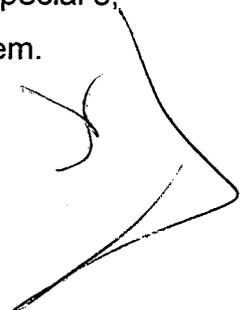
“Processo Penal. Infrações cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva. Suspensão condicional do Processo. Art. 89 da Lei nº 9.099/95. Não aplicação. O benefício da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/95, não é admitido nos delitos praticados em concurso material quando o somatório das penas mínimas cominadas for superior a 01 (um) ano, assim como não é aplicável às infrações penais cometidas em concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada ao delito mais grave aumentada da majorante de 1/6 (um sexto), ultrapassar o limite de um (01) ano” (HC nº 83.163/SP, Tribunal Pleno, Relator para acórdão o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 19.6.2009).

Do mesmo modo, não há que se falar nulidade do processo por ter havido desclassificação para outro crime, e não absolvição. O Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul ao considerar que a conduta descrita na denúncia amoldava-se ao tipo penal previsto no art. 290 do Código Eleitoral e não à do art. 299 do mesmo Codex, aplicou a regra contida no art. 383 do Código de Processo Penal (*emendatio libelli*), segundo a qual *“o juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave”*. Nessa fase procedimental, portanto, pode a autoridade judiciária alterar a classificação do delito sem que haja qualquer cerceamento de defesa, pois o réu se defendeu, ao longo da instrução, dos fatos a ele imputados e não da classificação.

Ademais, conforme bem ressaltou a ilustre Relatora, na linha de precedentes desta Corte, *“para modificar a conclusão da tipificação jurídica dos fatos descritos na denúncia, seria necessária aprofundada incursão na prova dos autos, providência incompatível com a via estreita do habeas corpus”*.

Por essas razões, igualmente, eu acolho os embargos com efeitos modificativos para reconhecer a intempestividade do recurso especial e, quanto às demais questões trazidas pela impetração, eu denego a ordem.

É como voto.



EXTRATO DA ATA

ED-HC nº 690-40.2011.6.00.0000/RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Embargante: Ministério Público Federal. Embargado: Venildo Antônio Tolfo (Advogado: Vagner Goulart Aurélio).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, acolheu os embargos de declaração, com efeitos modificativos, nos termos do voto da relatora.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes as Ministras Cármen Lúcia e Nancy Andrighi, os Ministros Dias Toffoli, Gilson Dipp, Marcelo Ribeiro e Arnaldo Versiani, e o Procurador-Geral Eleitoral, Roberto Monteiro Gurgel Santos.

SESSÃO DE 14.12.2011*.

* Sem revisão das notas de julgamento do Ministro Ricardo Lewandowski.