



## TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

### ACÓRDÃO

#### RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 0600244-42.2020.6.19.0000 – CAMPOS DOS GOYTACAZES – RIO DE JANEIRO

**Relator:** Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto  
**Recorrente:** Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Rio de Janeiro  
**Advogados:** Luciano Bandeira Arantes – OAB: 85276/RJ e outros  
**Paciente:** Fernando Augusto Henrique Fernandes  
**Advogados:** José Roberto Batochio – OAB: 20685/SP e outros

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. AÇÃO PENAL. DESOBEDIÊNCIA ELEITORAL. ART. 347 DO CÓDIGO ELEITORAL. DECRETO DE SIGILO DE AUDIÊNCIAS. INSTRUÇÃO CRIMINAL. GRAVAÇÃO DE DEPOIMENTOS. ADVOGADO. BEM JURÍDICO TUTELADO. AUTORIDADE DA JUSTIÇA ELEITORAL NA ADMINISTRAÇÃO DO PROCESSO ELEITORAL. OBJETIVOS INSTITUCIONAIS PRECIPUAMENTE RELACIONADOS AO DIREITO AO SUFRÁGIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. INAPLICABILIDADE NA ESPÉCIE. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL. REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA COMUM FEDERAL. RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Na origem, o paciente foi denunciado pela prática, em tese, do crime tipificado no art. 347 do Código Eleitoral (desobediência a ordem ou instrução da Justiça Eleitoral) em virtude de ter se recusado a obedecer a ordem do juízo eleitoral de proibição da gravação dos depoimentos prestados em audiências de instrução e julgamento.
2. A prévia qualificação jurídica dos fatos constitui providência inerente à garantia do juiz natural e, por conseguinte, permeia a análise, desde a fase apuratória, da conduta objeto da ação penal para subsidiar a definição da justiça competente em razão da matéria – comum ou especializada, estadual ou federal, razão pela qual é cabível o exame da questão em sede de *habeas corpus*.
3. O preenchimento do aspecto material, atinente à ofensa aos postulados próprios da seara eleitoral, é elemento necessário para a fixação da competência especializada.
4. Conquanto o ato de decretação de sigilo das audiências, seguido da ordem de não gravação dos atos instrutórios, tenha sido emanado de juízo regularmente investido da função judicante eleitoral, trata-se de mero ato de instrução processual, regido pelas regras ordinárias da legislação aplicável, ainda que subsidiariamente às regras previstas no Código Eleitoral, passível de ser praticado em qualquer esfera de jurisdição, cuja inobservância enceta, se for o caso, a persecução penal pelo crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal.



5. A constatação de descumprimento de ordem emanada da Justiça Eleitoral preenche, em princípio, requisito formal para a configuração do crime previsto no art. 347 do Código Eleitoral. Todavia, sob o aspecto material, tal fato, por si só, não demonstra aptidão para violar as garantias inerentes ao direito ao sufrágio, à regularidade do processo eleitoral e à autoridade da administração pública deste ramo da justiça. Precedentes do STJ.

6. A modificação da competência não implica automática invalidação dos atos até aqui praticados na ação penal, os quais poderão ser ratificados pelo juízo competente, a teor do que preconiza o art. 567 do Código de Processo Penal, bem como na linha do que têm decidido os tribunais pátrios. Precedentes do STF.

7. **Recurso ordinário em *habeas corpus* parcialmente provido** para se reconhecer a incompetência da Justiça Eleitoral para processar e julgar a ação penal, com a determinação de remessa dos autos ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região para distribuição ao juízo competente, prejudicado o pedido de liminar.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, em dar parcial provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus* e reconhecer a incompetência da Justiça Eleitoral para processar e julgar a ação penal, com a determinação de remessa dos autos ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região para livre distribuição, prejudicado o pedido de liminar, nos termos do voto do relator.

Brasília, 1º de julho de 2020.

MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO – RELATOR

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Senhor Presidente, trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, com pedido de liminar, interposto pela Ordem dos Advogados do Brasil, tendo como paciente Fernando Augusto Henriques Fernandes, contra acórdão do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro, mediante o qual, por maioria, foi denegada a ordem que visava ao trancamento da ação penal.

Eis a ementa do acórdão recorrido:

**HABEAS CORPUS. PRETENSO TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. DELITO DE DESOBEDIÊNCIA A ORDEM DA JUSTIÇA ELEITORAL. ART. 347 DO CE. GRAVAÇÃO DE AUDIÊNCIA POR ADVOGADO. CONTRARIEDADE À DETERMINAÇÃO JUDICIAL NA AÇÃO PENAL DA “OPERAÇÃO CHEQUINHO”. COMPETÊNCIA DESTA ESPECIALIZADA PARA APURAR CRIME ELEITORAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA NÃO VERIFICADA DE PLANO. DENEGAÇÃO DA ORDEM.**

I – O trancamento de ação penal pela via do remédio heroico constitui medida excepcional, apenas admissível quando evidente a falta de justa causa, seja pela inexistência de indícios de autoria do delito, seja pela não comprovação de sua materialidade, ou ainda pela atipicidade da conduta do indiciado.



II – Temática da incompetência da Justiça Eleitoral que, a rigor, não é passível de apreciação na presente via, sobretudo para fins de trancamento de ação penal, dispondo de procedimento próprio no diploma processual penal (arts. 95, II; 108; 109 e 581, II), sob pena de supressão de instância e utilização do *writ* como sucedâneo recursal.

III – O tipo penal do art. 347 do Código Eleitoral é de natureza especial, em relação ao delito correlato comum de desobediência (art. 330 CP), a atrair a competência desta especializada para sua apreciação, à luz da ressalva contida na parte final do inciso IV do art. 109 da Constituição Federal.

IV – Não há como se concluir, indene de dúvidas, que o comportamento do paciente – gravação de audiência, supostamente tida como ato de insubordinação à ordem direta e individualizada de magistrado aos advogados – não se amoldou, em tese, ao crime da desobediência eleitoral. Matéria de prova.

V – Decretação de sigilo de audiências, nas ações penais de apuração da denominada “Operação Chequinho”, ao fundamento de preservação dos envolvidos do assédio da imprensa, e de indícios de constrangimento ou coação de testemunhas. Situação reputada legal por esta Corte, na ocasião, em sede de apreciação de Mandado de Segurança impetrado pela defesa.

VI – A invocada imunidade profissional do paciente, quanto à prerrogativa de defesa dos interesses dos seus patrocinados, é debate que depende de confronto com as demais circunstâncias fáticas e elementos probatórios, a serem extraídos no bojo da ação penal de origem.

VII – Argumento que se encontra afinado com eventual cogitação de excludente de ilicitude por exercício regular do direito, matéria cuja jurisprudência, igualmente, não reconhece passível de análise em sede de habeas corpus para trancamento de ação penal.

**Denegação da ordem.** (ID nº 33038088)

### **O CASO**

Na origem, o paciente foi denunciado pela prática, em tese, do crime tipificado no art. 347 do Código Eleitoral (desobediência a ordem ou instrução da Justiça Eleitoral) em virtude de ter se recusado a obedecer a ordem do juízo eleitoral que proibiu a gravação dos depoimentos prestados em audiências de instrução e julgamento, realizadas nos dias 20 de fevereiro e 3 de abril de 2017.

Segundo a denúncia, recebida no dia 11 de fevereiro do ano em curso (ID nº 33035038), o magistrado, valendo-se do poder de polícia, decretou o sigilo do ato instrutório “*ao verbalizar que não seria permitida a gravação audiovisual em audiência por qualquer pessoa, inclusive, pelas partes e seus respectivos patronos, uma vez que tal ato é vedado por orientação pelo Egrégio Tribunal Regional Eleitoral, bem como, diante da complexidade do objeto da ação, haveria a possibilidade, em tese, de coação das testemunhas*” (ID nº 33035088).

No recurso ordinário, a recorrente suscita ausência de justa causa para a instauração da ação penal nos termos a seguir resumidos:

a) não há dolo na conduta do paciente de praticar o crime descrito no art. 347 do Código Eleitoral, o que indica inequívoca atipicidade dos fatos contra ele imputados na denúncia;

b) o paciente agiu no exercício do direito assegurado pelo art. 367, § 5º do Código de Processo Civil e no uso de suas prerrogativas profissionais de advogado, dentre elas o dever de resistência imediata a decisões judiciais que se considerem injustas ou ilegítimas;



c) a gravação do ato instrutório objetivou “assegurar ao seu constituinte e às partes o direito a prova, de modo a propiciar uma decisão mais justa e embasada e, ainda, (iii) denunciar as violações a garantias constitucionais que não haviam sido captadas pela anterior modalidade de registro em ata” (ID nº 33038388, p. 6);

d) a regra geral de publicidade (art. 37, *caput*, da CF/88) apenas comporta mitigação em situações excepcionais, como nos casos de “escandalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem”, a teor do que dispõe o § 1º do art. 792 do Código de Processo Penal, circunstâncias que não estão presentes nos autos;

e) são inidôneas as motivações adotadas pelo juiz de primeiro grau para proibir a gravação das audiências, quais sejam, a complexidade dos casos e o eventual risco de coação de testemunhas, o que implica ilegal cerceamento ao direito de defesa (art. 5º, LV, da CF/88);

f) a eventual imposição de sigilo de atos processuais não alcança o advogado, visto que resguardado pela imunidade profissional preconizada no art. 2º da Lei nº 8.906/94;

g) a teor da jurisprudência do STF, é lícita a gravação ambiental realizada sem anuência dos interlocutores (QO-RE nº 583.937/RJ). Nesse contexto, “se até a gravação feita clandestinamente, em detrimento da intimidade de terceiros, pode ser utilizada, muito mais uma gravação feita em audiência, amparada em direito assegurado pela Lei e com o fito exclusivo de garantir o direito à prova das partes, denunciar violações a garantias constitucionais ao seu guardião, o Poder Judiciário” (ID nº 33038388, p. 9);

h) a licitude da decisão que proibiu a gravação das audiências foi questionada no RMS nº 77-79, cujo mérito não foi julgado pelo TSE, porquanto encerrada a instrução probatória e levantado o sigilo dos feitos criminais nos quais o paciente atuava como advogado, assentado o prejuízo do *mandamus*; e

i) a conduta descrita na denúncia se amolda, eventualmente, ao crime de desobediência comum, previsto no art. 330 do Código Penal, e não ao fato típico descrito no art. 347 do Código Eleitoral, o que extrai da Justiça Eleitoral a competência para processar e julgar o feito.

Requer a concessão de medida liminar para suspender o trâmite da Ação Penal nº 0000007-25.2018.6.19.0098 até o julgamento de mérito do presente *writ* e, ao final, a reforma do acórdão regional para que se determine o trancamento do feito.

Na decisão proferida em 23.6.2020, por não vislumbrar, em exame preambular, ameaça direta ao direito de ir e vir do paciente, reservei-me a apreciar o pedido de liminar após juntadas as informações requisitadas ao TRE/RJ e a manifestação do Ministério Público Eleitoral.

No dia 25.6.2020, o TRE/RJ prestou as requisitadas informações complementares (ID nº 34161788).

A Procuradoria-Geral Eleitoral opinou pelo desprovimento do recurso ordinário por entender ausente hipótese excepcional a autorizar o trancamento da ação penal, além de ser competente a Justiça Eleitoral para processar e julgar o feito (ID nº 34970138).

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO (relator): Senhor Presidente, de início, diante da suficiente instrução do feito com oferecimento de informações pela autoridade coatora e apresentação de parecer de mérito pela Procuradoria-Geral Eleitoral, entendo prejudicada a análise do pedido de tutela de urgência e passo a apreciar o mérito do recurso ordinário.

Não obstante a elevada importância dos direitos alegadamente violados – ampla defesa, publicidade dos atos processuais, exercício regular da advocacia e imunidade inerente à profissão –, a partir de narrativa da qual se possa, eventualmente, extrair aparente atipicidade da conduta em apuração na ação penal que se busca trancar, falece a competência da Justiça Eleitoral para adentrar na análise da matéria, como se passa a expor.

Nas razões recursais, a recorrente reitera a tese de incompetência desta Justiça especializada deduzida perante o Tribunal *a quo* ao argumento de que a conduta descrita na denúncia se amoldaria ao crime de desobediência comum, previsto no art. 330 do Código Penal, e não ao fato típico descrito no art. 347 do Código Eleitoral.



A alegação foi rechaçada pelo TRE mediante fundamentação proposta pelo relator, Des. Guilherme Couto de Castro, a seguir transcrita:

Na espécie, objetivam os impetrantes o trancamento de ação penal, ao fundamento de incompetência da Justiça Eleitoral para apreciação dos fatos apurados, bem como de atipicidade da conduta imputada ao paciente, consistente no delito previsto no art. 347 do Código Eleitoral, *in verbis*:

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

Pena – detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano e pagamento de 10 (dez) a 20 (vinte) dias-multa. Pois bem. Após a análise percuciente dos autos, tem-se por confirmar os fundamentos aventados em sede de cognição sumária, a ensejar a denegação da ordem.

Na linha da jurisprudência remansosa do STF, o trancamento de ação penal, por meio do *Habeas Corpus*, "constitui **medida excepcional** só admissível quando **evidente a falta de justa causa** para o seu prosseguimento, seja pela inexistência de indícios de autoria do delito, seja pela não comprovação de sua materialidade, seja ainda pela atipicidade da conduta do indiciado" (STF HC 95.058 – ES. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. DJe 14/12/2012. Grifo nosso).

Como se percebe, em primeiro lugar, a temática da incompetência, a rigor, não é passível de apreciação na presente via, sobretudo para fins de trancamento de ação penal, dispondo de procedimento próprio no diploma processual penal (arts. 95, II; 108; 109 e 581, II), sob pena de supressão de instância e utilização do *writ* como sucedâneo recursal.

Ainda que assim não fosse, o fato de o tipo penal do art. 347 do Código Eleitoral ser de natureza especial, em relação ao delito correlato comum de desobediência (art. 330 CP), é justamente o que atrai a competência desta especializada para sua apreciação, à luz da ressalva contida no inciso IV do mesmo art. 109 da Constituição Federal suscitada pelos impetrantes, senão vejamos:

Art. 109 – Aos juizes compete processar e julgar:

[...]

IV – os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, **excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral**; (ID nº 33038038 – grifos no original)

Como se vê, o relator afastou a tese de incompetência da Justiça Eleitoral para processar e julgar a ação penal, inicialmente, por entender que a matéria não comporta exame da via do remédio heroico, ante a existência de procedimento processual próprio, qual seja, a exceção de incompetência de juízo (art. 95, II, do CPP), e, em complemento, dada a prevalência do princípio da especialidade decorrente do próprio espírito da norma incriminadora insculpida no art. 347 do Código Eleitoral.

O Des. Paulo César Vieira de Carvalho, na esteira do entendimento esposado pelo relator, refutou a alegada incompetência da Justiça Eleitoral, mediante a fundamentação inserta nos seguintes trechos do voto que proferiu:



Vou me permitir rápidas considerações. Começo, obviamente pela questão colocada no *habeas corpus* e no memorial e profiro o voto com o documento em minhas mãos. No caso, trata-se da questão prejudicial da competência ou da alegada incompetência. Sustenta a impetração a competência da Justiça Federal diante do interesse da União.

Reporto-me, de início, à referência posta no voto do Relator ao artigo 109, IV, da Constituição, em sua parte final, excluindo, por óbvio, da Justiça Federal a competência da Justiça Eleitoral.

*“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:*

[...]

*IV – os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral; “*

No texto constitucional, a referência da Justiça Federal consta no artigo 121, que dá uma carta em branco para a lei complementar, que é o Código Eleitoral, o qual ganhou esta natureza, após o advento da atual Lei Maior.

*“Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais. “*

No Código Eleitoral, há menção expressa no artigo 35, II, o qual dispõe o seguinte:

*“Art. 35. Compete aos juízes:*

[...]

*II – processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos, ressalvada a competência originária do Tribunal Superior e dos Tribunais Regionais;”*

Parece-me que não há questão relacionada à conexão. A competência para o processo e julgamento do que se imputa na denúncia tipificado no artigo 347 do Código Eleitoral é imputação de crime eleitoral. A conduta não está a reboque de outro crime eleitoral para ser arrastada pela conexão, que sequer merece discussão, porque se trata de crime eleitoral, pois está tipificado no Código Eleitoral. Neste processo, é evidente a presença do princípio da especialidade, uma vez que há um elemento subjetivo a mais que vai para além do tipo previsto no artigo 330 do Código Eleitoral. O artigo 347 do mesmo diploma legal estabelece o seguinte:

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

*Pena – detenção de três meses a um ano e pagamento de 10 a 20 dias-multa.”*

Portanto, pelo princípio da especialidade, temos a competência da Justiça Eleitoral. Parece-me superada a impetração sob a primeira ótica, com todas as vênias. (ID nº 33037988)



Também ao acompanhar o relator, o Des. Ricardo Alberto Pereira entendeu que o crime descrito no art. 347 não comporta execução apenas no contexto de campanhas eleitorais ou dos trabalhos relacionados à votação, mas é passível de ocorrência, uma vez contrariado qualquer ato emanado da Justiça Eleitoral, como se infere do respectivo voto:

É senso comum, como diria o sociólogo Pierrri Bourdieu, que alguns fatos passam por nós como pontos pacíficos, dentre eles o de que todos os crimes eleitorais somente são praticados durante campanha eleitoral. Não! Desculpem-me. Não! Assim começo para destacar a nossa competência ou a competência da Justiça Federal.

Parece-me que o art. 347 não tem o cunho de ser aplicado apenas e tão somente nas hipóteses de campanha eleitoral porque a lei – o Código Eleitoral, a que me refiro – não quis assim e, quando o quis, ela o fez expressamente, por exemplo, nos arts. 324, 325 e 326 do Código Eleitoral, que tratam, respectivamente, de calúnia, difamação e injúria “na propaganda eleitoral, ou visando fins de propaganda”. Ou seja, para esses crimes, especificamente, o Código Eleitoral diz que tem que haver o sufrágio, com o exercício da prática da votação ou atos atinentes à votação. Assim, a Justiça Eleitoral só tem competência para julgar uma calúnia se estiver sendo praticada em propaganda eleitoral. Aí eu reconhecera nossa incompetência. Já o art. 347 não trata, em específico, de atos praticados na propaganda eleitoral ou no ato de votação eleitoral ou no ato de apuração de votos. O referido artigo é um tipo mais aberto em relação aos outros e trata de qualquer desobediência. Por que qualquer? Porque o legislador não especificou a desobediência quando diz “recusar alguém cumprimento ou obediência a diligências, ordens ou instruções da Justiça Eleitoral ou opor embaraços à sua execução” e não especificou “na propaganda eleitoral, ou visando fins de propaganda”. Não há vinculação a que momento ou ao que faz. Há, sim, uma expressa regra. Por que não aplicar o art. 330? Pelo princípio da especialidade. Então, parece-me, neste caso, que, como a lei, no art. 347, não fez uma especificidade, como o fez, por exemplo, nos casos de calúnia, injúria e difamação, que têm que estar ligados à propaganda eleitoral – porque poderia existir calúnia de outra forma e aí não seria mais nossa competência –, penso que, sim, é competência da Justiça Eleitoral a apreciação desta tese. (ID nº 33037988 – grifei)

Na corrente divergente, inaugurada pela desembargadora Katia Valverde Junqueira, que concedia a ordem para trancar a ação penal por concluir pela atipicidade da conduta em apuração, também foi superada a questão atinente à incompetência da Justiça Eleitoral, tendo em vista que “o habeas corpus foi impetrado contra ato de magistrado no exercício da jurisdição eleitoral” (ID nº 33037988).

Ao contrário da conclusão adotada pela Corte Regional nas duas vertentes que se firmaram no exame de mérito do *habeas corpus*, penso que a conduta descrita na denúncia não malfeire o bem jurídico tutelado pelo art. 347 do Código Eleitoral, qual seja, a autoridade da Justiça Eleitoral na administração do processo eleitoral e na realização de seus objetivos institucionais precipuamente relacionados ao sufrágio, portanto não comporta apuração no âmbito desta Justiça especializada.

O tema relativo à competência permeia as garantias do juiz natural e do devido processo legal, direitos fundamentais limitadores da ação persecutória do Estado em face dos indivíduos.

Com vista à prevenção de arbitrariedades, tais garantias proíbem a instituição de tribunais de exceção e, simultaneamente, impedem a subtração da causa ao juiz ou tribunal competente, tal como estabelecem, em momento prévio à prática delitiva (*tempus criminis regit iudicem*), as regras objetivas de distribuição das competências preconizadas pela Constituição Federal e pela legislação de regência.

Assim, a prévia qualificação jurídica dos fatos constitui providência inerente à garantia do juiz natural e, por conseguinte, permeia a análise, desde a fase apuratória, da conduta objeto da ação penal para subsidiar a definição da justiça competente em razão da matéria – comum ou especializada, estadual ou federal –, razão pela qual é cabível o exame da questão em sede de *habeas corpus*.

O Direito Penal Eleitoral, de natureza especializada, erige da necessidade de se conferir maior proteção aos valores sociais<sup>1</sup> intrinsecamente relacionados ao direito ao sufrágio, em contraponto ao Direito Penal geral, que cuida das condutas criminalmente reprováveis, classificadas como delitos comuns, e se funda na proteção aos “bens jurídicos triviais, das pessoas em geral, tais como personalidade, patrimônio, família, fé pública, saúde, liberdade”<sup>2</sup>.



Nesse contexto, a doutrina de José Jairo Gomes<sup>3</sup> situa os ilícitos penais eleitorais como os que visam resguardar determinados bens jurídicos, “*como a higidez do processo eleitoral, a lisura do alistamento e da formação do corpo eleitoral, princípios como a liberdade do eleitor e do voto, a veracidade da votação e do resultado das eleições, a representatividade do eleito*”.

Por vezes, será necessário perscrutar o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora para se definir a competência jurisdicional desta Justiça especializada. Isso porque, embora se trate de ramo específico, o Direito Penal Eleitoral prevê crimes cuja definição típica se apresenta muito similar a tipos penais classificados como comuns.

É o caso dos crimes contra a honra – calúnia, difamação e injúria –, previstos nos arts. 138, 139 e 140 do Código Penal, os quais, se praticados no contexto da propaganda eleitoral ou visando a fins de propaganda, passam a ser disciplinados pelo Código Eleitoral nos respectivos arts. 324, 325 e 326; assim como do crime de corrupção, tipificado em suas modalidades passiva e ativa nos arts. 317 e 333 do Código Penal, delito similar ao tipo de corrupção eleitoral, previsto para ambas as modalidades no art. 299 do Código Eleitoral, que difere do delito comum pela finalidade do objeto da troca, que passa a ser a obtenção de voto ou a abstenção de determinado eleitor, bem como pelo bem jurídico tutelado, *in casu*, a liberdade para o exercício do voto.

Também essa é a feição do delito tratado nos presentes autos. O Código Penal prevê, no respectivo art. 330, o crime de desobediência, cujo bem juridicamente protegido é a administração pública, enquanto o Código Eleitoral estabelece tipo penal correlato em seu art. 347, com pena privativa de liberdade mais severa, que se distingue do primeiro precisamente em virtude do valor jurídico tutelado, qual seja, “*a autoridade da Justiça Eleitoral, bem como a regularidade da administração do processo eleitoral e a eficaz realização de suas funções para que seus objetivos institucionais sejam atingidos*”.<sup>4</sup>

Pois bem. Na espécie, a denúncia formalizada contra o paciente pelo Ministério Público Eleitoral perante o juízo da 98ª Zona Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro, juntada nos presentes autos, assim descreve a ação que deu ensejo à persecução criminal:

Nos dias 20 de fevereiro e 03 de abril ambos do ano de 2017, em sala de audiência do fórum desta Comarca, o denunciado, de forma livre, consciente e voluntária, recusou-se a cumprir e obedecer a ordem do juízo eleitoral durante a audiência de instrução e julgamento de não gravação dos depoimentos ali prestados, bem como recusou-se a cumprir e obedecer às instruções da Justiça Eleitoral neste mesmo sentido, conforme Assentada de audiência (fls. 119 e 124) e Petição (fl. 11/12).

Consta dos autos que, nas datas de 20 de fevereiro e 03 de abril ambas do ano de 2017, em salas de audiências no fórum desta Comarca, durante audiência realizada na Ação Penal nº 34-70.2016.6.19.0100, presidida pelo M. M. Juiz de Direito Dr. Ralph Machado Manhães Júnior, o denunciado, embora advertido, desobedeceu à ordem direta e individualizada, proferida pelo juízo, de que não seria permitida gravação audiovisual em audiência de instrução pelas partes no processo.

Na ocasião, o juízo, valendo-se de seu poder de polícia, em audiência, decretou o sigilo daquele ato ao verbalizar que não seria permitida a gravação audiovisual em audiência por qualquer pessoa, inclusive, pelas partes e seus respectivos patronos, uma vez que tal ato é vedado por orientação pelo Egrégio Tribunal Regional Eleitoral, bem como, diante da complexidade do objeto da ação, haveria a possibilidade, em tese, de coação de testemunhas.

Tornou-se evidente a prática do crime consoante petição protocolada nos autos da ação penal eleitoral tombada sob o nº 34-70. 2016.6.19.0100 (às fls. 3/41), subscrita pelo denunciado, pela qual este confessou a prática de desobediência à ordem proferida pelo referido juízo, ao asseverar que “*a Defesa gravou as audiências anteriores*”, requerendo, inclusive, que o juízo degravasse os áudios por ele clandestinamente registrados (fls. 11/12).

Assim agindo, o DENUNCIADO praticou a conduta típica descrita no artigo 347, do Código Eleitoral, por duas vezes, na forma do art. 71 do Código Penal. (ID nº 33035088)





O ato judicial que decretou o sigilo das audiências, em tese desobedecido pelo paciente, foi analisado pela Corte de origem nos autos do MS nº 77-79, no julgado de cuja ementa, integralmente transcrita pelo relator no voto condutor do acórdão recorrido, se extraem os seguintes contornos fáticos relevantes ao deslinde do presente *writ*:

1. Mandado de segurança impetrado contra decisão que proibiu a gravação audiovisual do ato e determinou que todos os telefones celulares permanecessem desligados durante sua realização.

2. Da leitura da ata da audiência e das informações prestadas pelo juízo, observa-se que foi decretado o sigilo da audiência, em sua primeira etapa, a fim de preservar as partes e as testemunhas do assédio da imprensa, e estas últimas também de qualquer constrangimento ou coação, tendo em vista as notícias de que algumas testemunhas teriam sido ameaçadas e coagidas a alterarem seus depoimentos.

3. A proibição da gravação audiovisual e a ordem para que os telefones fossem desligados estão em consonância com a decisão que decretou o sigilo do ato, sendo certo que a utilização de aparelhos celulares possibilitaria, em razão dos vários recursos tecnológicos hoje disponíveis, não só a gravação da audiência, mas também o envio imediato de arquivos de áudio e vídeo a pessoas que não participavam do ato. (ID nº 33038038)

A aplicação do princípio da especialidade, aventada pelo Tribunal de origem para embasar o prosseguimento da ação penal nesta esfera, só se justifica quando em jogo valores precipuamente ligados à atividade-fim da Justiça Eleitoral.

Como visto, conquanto o ato de decretação de sigilo das audiências, seguido da ordem de não gravação dos atos instrutórios, tenha sido emanado de juízo regularmente investido da função judicante eleitoral, a natureza da decisão em tese desobedecida não guarda relação com os fins institucionais desta Justiça especializada, por conseguinte com os valores sociais protegidos pelo tipo penal descrito no art. 347 do Código Eleitoral.

Trata-se de mero ato de instrução processual, regido pelas regras ordinárias da legislação aplicável, ainda que subsidiariamente às regras previstas no Código Eleitoral, passível de ser praticado em qualquer esfera de jurisdição, cuja inobservância enceta, se for o caso, a persecução penal pelo crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal.

Essa compreensão encontra guarida na jurisprudência do STJ, que já pacificou, em sede de conflito de competência, que, não obstante a existência de tipo penal eleitoral específico para descrever determinada conduta também tutelada pela norma penal ordinária, necessária a verificação, sob o aspecto material, do bem jurídico que a norma visa tutelar. É o que se infere da ementa abaixo colacionada:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DESTRUIÇÃO DE TÍTULO ELEITORAL. DOCUMENTO UTILIZADO APENAS PARA IDENTIFICAÇÃO PESSOAL, SEM CONTEÚDO ELEITORAL. DESVINCULAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. A simples existência, no Código Eleitoral, de descrição formal de conduta típica não se traduz, incontinenti, em crime eleitoral, sendo necessário, também, que se configure o conteúdo material de tal crime.

2. **Sob o aspecto material, deve a conduta atentar contra a liberdade de exercício dos direitos políticos, vulnerando a regularidade do processo eleitoral e a legitimidade da vontade popular. Ou seja, a par da existência do tipo penal eleitoral específico, faz-se necessária, para sua configuração, a existência de violação do bem jurídico que a norma visa tutelar, intrinsecamente ligado aos valores referentes à liberdade do exercício do voto, a regularidade do processo eleitoral e à preservação do modelo democrático.**



3. A destruição de título eleitoral da vítima, despida de qualquer vinculação com pleitos eleitorais e com o intuito, tão somente, de impedir a identificação pessoal, não atrai a competência da Justiça Eleitoral.

4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da Vara de Execuções Fiscais e Criminal de Caxias do Sul – SJ/RS, ora suscitante.

(STJ. CC nº 127.101/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, *DJe* de 20.2.2015)

Ainda no intuito de demonstrar o espírito da proteção conferida aos delitos eleitorais, cito precedente firmado pelo STJ, na solução de conflito de competência para processar e julgar delito de falso testemunho praticado no âmbito de processo eleitoral:

PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME ELEITORAL NÃO CONFIGURADO. FALSO TESTEMUNHO. CRIME PERANTE A JUSTIÇA ELEITORAL. INTERESSE DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Nos termos do art. 109, inciso IV, da Constituição Federal, compete à Justiça Federal processar e julgar infração penal de falso testemunho praticada em detrimento da União, que tem interesse na administração da justiça eleitoral.

**2. A circunstância de ocorrer o falso depoimento em processo eleitoral não estabelece vínculo de conexão para atrair a competência da Justiça Eleitoral.**

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal, ora suscitante.

(CC nº 106.970/SP, Rel. Min. Og Fernandes, Terceira Seção, julgado em 14.10.2009, *DJe* de 22.10.2009)

Veja-se que o preenchimento do aspecto material, atinente à ofensa aos postulados próprios da seara eleitoral, é elemento necessário para a fixação da competência especializada. Tanto é assim que o STJ já teve a oportunidade de fixar a competência comum para o julgamento do crime de falso testemunho ocorrido em depoimento prestado em processo eleitoral (STJ, CC nº 106970/SP, Rel. Min. Og Fernandes, Terceira Seção, *DJe* de 22.10.2009), bem como igualmente afastou a competência dessa justiça em caso no qual houve a destruição de título eleitoral voltada tão somente a impedir a identificação pessoal, sem implicação com o pleito em si (STJ, CC nº 127101/RS Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, *DJe* de 20.2.2015). Nesse caso, ressalte-se, afastou-se a incidência do tipo penal próprio do art. 339 do Código Eleitoral.

Por outro lado, a jurisprudência do TSE sinaliza que a apuração do crime previsto no art. 347 do Código Eleitoral somente tem lugar quando a ordem contrariada se revestir de conteúdo eminentemente eleitoral, como é o caso, por exemplo, de determinação voltada à retirada de propaganda irregular. A propósito, cito os seguintes julgados:

*HABEAS CORPUS*. ART. 347 DO CÓDIGO ELEITORAL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA ELEITORAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. A recusa em cumprir ordem da Justiça Eleitoral configura, em tese, crime de desobediência eleitoral, prevista no art. 347 do CE. No caso dos autos, a empresa Google Brasil Internet Ltda., representada pelo seu Diretor Geral (paciente), **recusou-se reiteradamente a cumprir determinação judicial de retirada de vídeo da internet cujo conteúdo representa propaganda eleitoral irregular.**

2. Não cabe, em *habeas corpus*, perquirir questões atinentes à liberdade de expressão ou de informação, pois se referem ao mérito da representação por propaganda eleitoral irregular.



3. O paciente, na condição de Diretor do Google Brasil Internet Ltda., **é a pessoa a quem incumbe legalmente o cumprimento da ordem de retirada da internet do vídeo objeto de representação por propaganda eleitoral irregular**. O paciente não pode se esquivar da responsabilidade pelos atos praticados por seus procuradores, pois agiram em seu nome, munidos de documento hábil para essa finalidade.

4. Não há falar em ausência de ordem judicial endereçada ao paciente de forma direta e individualizada, pois o acórdão do TRE/PB é explícito em apontar o paciente, nominalmente, como destinatário.

5. A conduta do paciente reveste-se de tipicidade penal, pois não há lei que preveja especificamente sanção pecuniária para a hipótese e a ordem judicial consignou que o seu descumprimento seria punido à luz do direito penal.

6. Ordem denegada.

(*Habeas Corpus* nº 121148, Acórdão, Relator(a) Min. Nancy Andrighi, Publicação: RJTSE – Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 24, Tomo 3, Data 21.3.2013, Página 380)

Crime de desobediência. Transação penal.

– Tendo sido a determinação judicial de **observância de regras de propaganda eleitoral dirigida a partidos e coligações**, não se pode imputar a candidatos – que não foram notificados a esse respeito – a prática do crime de desobediência previsto no art. 347 do Código Eleitoral.

Ordem concedida a fim de trancar o procedimento consistente na oferta de transação penal.

(*Habeas Corpus* nº 579, Acórdão, Relator(a) Min. Arnaldo Versiani, Publicação: DJ – Diário de justiça, Volume 1, Data 5.12.2007, Página 145)

Com efeito, a constatação de descumprimento de ordem emanada da Justiça Eleitoral preenche, em princípio, requisito formal para a configuração do crime previsto no art. 347 do Código Eleitoral, mas, sob o aspecto material, tal fato, por si só, não se demonstra apto a violar as garantias inerentes ao direito ao sufrágio, à regularidade do processo eleitoral e à autoridade da administração pública deste ramo da justiça, raciocínio que implica a constatação de ausência de competência em razão da matéria no caso concreto.

Com essas considerações, é de se reconhecer a incompetência absoluta da Justiça Eleitoral para processar e julgar a ação penal objeto do presente *writ* e, por conseguinte, de se julgar parcialmente procedente o recurso ordinário em *habeas corpus*, com a remessa dos autos à Justiça Comum.

Insta, porém, observar que a modificação da competência não implica automática invalidação dos atos até aqui praticados na ação penal, os quais poderão ser ratificados pelo juízo competente, a teor do que preconiza o art. 567, do Código de Processo Penal, bem como na linha do que têm decidido os tribunais pátrios.

Nesse sentido, confirmam-se precedentes do STF:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL E PROCESSO PENAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO MONOCRÁTICO PELO RELATOR E PRESUNÇÃO DE REPERCUSSÃO GERAL. OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO. ART. 96, III, DA CF. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAÇÃO DE JUIZ DE DIREITO. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. INQUÉRITO INICIADO POR AUTORIDADE POLICIAL. ALEGADA OFENSA AO ART. 33 DA LOMAN. ATOS INSTRUTÓRIOS RATIFICADOS PELO JUÍZO COMPETENTE. POSSIBILIDADE. NULIDADE DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.



[...]

**III – A possibilidade de ratificação de atos instrutórios – e até mesmo de atos decisórios – pela autoridade competente encontra-se em harmonia com a jurisprudência deste Supremo Tribunal. Precedentes.**

IV – Inquérito judicial concluído sob a presidência de Desembargador do Tribunal de Justiça e denúncia oferecida pela Procuradoria-Geral de Justiça do Estado. Ausência de nulidade no acórdão alusivo ao recebimento da denúncia.

V – Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE nº 730579 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, *DJe* de 30.6.2017 – grifei)

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. PEDIDO DE ANULAÇÃO DE ATOS PRATICADOS POR JUÍZO QUE SE DECLAROU INCOMPETENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

**1. O exame de eventual nulidade de atos praticados por Juízo que se declara incompetente deve ser feito pelo Juízo de Primeiro Grau competente para apreciar a causa, cuja decisão submete-se ao controle pelas instâncias subsequentes.**

2. Admite-se a possibilidade de ratificação pelo juízo competente de atos decisórios. Precedentes.

3. Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido.

(RHC nº 122966, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, *DJe* de 6.11.2014 – grifei)

Ante o exposto, **dou parcial provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*** e reconheço a incompetência da Justiça Eleitoral para processar e julgar a ação penal, com a determinação de remessa dos autos ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região para distribuição ao juízo competente, prejudicado o pedido de liminar.

É como voto.

---

#### Referências

<sup>1</sup> Bem jurídico pode ser entendido “*como tudo aquilo que represente um valor ideal para a sociedade, um valor que merece proteção do Estado em virtude de sua importância, no que diz respeito aos interesses pessoais e gerais os quais o ordenamento deve resguardar para que seja possível uma vida harmônica em sociedade*”. DA PONTE, Antonio Carlos e AOKI, Luiz Gustavo de Oliveira Santos. *O Alcance e os Bens Jurídicos Resguardados pelo Direito Eleitoral. In Direito Penal e Processo Penal Eleitoral*. Tratado de Direito Eleitoral, Tomo 8. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 22.

<sup>2</sup> GOMES, José Jairo. *Crimes eleitorais e processo penal eleitoral*. 3ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 9.

<sup>3</sup> GOMES, José Jairo. *Crimes eleitorais e processo penal eleitoral*. 3ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 11.

<sup>4</sup> GOMES, José Jairo. *Crimes eleitorais e processo penal eleitoral*. 3ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 202.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO SÉRGIO BANHOS: Senhor Presidente, Senhores Ministros, em primeiro lugar eu gostaria de parabenizar, pela exímia sustentação oral, o ilustre Doutor José Roberto Batochio,



referência para toda a advocacia brasileira. Também gostaria de louvar o voto primoroso do ilustre relator, Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho, a quem acompanho na íntegra.

Tenho algumas anotações, mas vou lançá-las depois, a título de declaração de voto que farei juntar, mas todas no sentido do que já disse o eminente relator que, mais uma vez, tenho que destacar: um voto escoreito, totalmente completo, difícil, inclusive, na minha opinião, da mudança de uma vírgula sequer.

Acompanho, portanto, o voto do relator.

É assim que voto, Senhor Presidente.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhor Presidente, eminentes pares, ilustre advogado, Doutor José Roberto Batochio, que vem fazer a sustentação oral nesta sessão virtual presencial; Senhor Vice-Procurador-Geral Eleitoral, Doutor Renato Brill; e eminente Relator, Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho, que, como sói ocorrer, e tal como já salientado pelo eminente Ministro Sérgio Banhos, vem trazer à colação uma análise lúcida e sensível desta matéria.

Consoante se pôde depreender, estamos examinando recurso ordinário em *habeas corpus* interposto pela Ordem dos Advogados do Brasil, tendo como paciente Fernando Augusto Henrique Fernandes, do acórdão exarado pelo Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro.

Nesse acórdão, como noticiado por Sua Excelência o eminente Ministro Relator e deflui dos autos, foi denegada a ordem que visava o trancamento da ação penal. É certo que nas razões recursais reitera-se a tese da incompetência da Justiça Eleitoral, que foi deduzida lá mesmo no Tribunal Regional, ao argumento de que a denúncia descrita ou o suposto tipo descrito na denúncia se amoldaria ao crime de desobediência comum e, portanto, matéria da Justiça Comum, art. 330 do Código Penal, e não submetida ao regramento do art. 347 do Código Eleitoral.

Consoante se pôde haurir da análise feita pelo eminente Ministro Relator, o paciente foi denunciado pelo crime previsto no art. 347 do Código Eleitoral e já se depreendeu, nitidamente, que o causídico teria descumprido a ordem de juiz eleitoral que decretou sigilo daquele ato ao verbalizar que não seria permitida a gravação, visto que, argumenta-se, haveria, em tese, possibilidade de coação das testemunhas ou de testemunhas.

O eminente Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho acolhe em parte o recurso em *habeas corpus*, nada obstante reconheça que o ato de decretação do sigilo das audiências, seguido da ordem de não gravação, tenha emanado de juiz investido da função judicante eleitoral, a decisão não guarda, segundo Vossa Excelência, relação com os fins institucionais desta Justiça Especializada ou, como disse o eminente Ministro Tarcisio, “*com os valores sociais protegidos pelo tipo penal descrito no art. 347 do Código Eleitoral*”.

Menciono esse ponto, Senhor Presidente, visto que até esta altura estou, obviamente, seguindo os passos traçados pelo eminente Ministro Relator para lembrar, embora quiçá desnecessário, o teor e bem assim as elementares do tipo do art. 347 do Código Eleitoral, permito-me citar: “*recusar alguém cumprimento ou obediência a diligências, ordens ou instruções da Justiça Eleitoral ou opor embaraços à sua execução*”.

Portanto, aqui se demanda um elemento típico eleitoral para a configuração, ao menos em tese, do delito que se encontra aqui descrito e tipificado à luz dessa regra que acabo de citar. Parece-me evidente que há, no caso, uma atipicidade formal, visto que deliberação eleitoral alguma houve na hipótese e, portanto, nada obstante compreenda e entenda a posição do eminente Ministro Relator, que acolhe uma circunstância que, por assim dizer, é preambular, atinente à incompetência da Justiça Eleitoral, tendo em vista a imputação que restou feita na denúncia, concluo – peço vênica para, portanto, dissentir nesse ponto – pela ausência de justa causa por se tratar de um fato formalmente atípico e, por essa razão, eu estou votando no sentido de acolher o recurso ordinário e deferir o trancamento da ação penal.

É como voto.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (presidente): Portanto, o Ministro Luiz Edson Fachin vai ao mérito e já vota pelo trancamento da ação penal, quando o Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto apenas declinava da competência para o Tribunal Regional Federal da 2ª Região.



## ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO (relator): Só um esclarecimento muito rápido.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (presidente): Pois não, Ministro Tarcisio.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO (relator): Eu deixei transparecer no início do voto que - para usar uma expressão nada jurídica -, que eu fiquei com a mão coçando para conceder essa ordem também, mas a minha dúvida de natureza técnica é se eu teria, evidentemente, competência para tanto e pela análise que fiz, não. E aí parei justamente nesse antecedente lógico referido pelo Ministro Fachin.

Eu não teria nenhum tipo de problema em conceder essa ordem às inteiras, fosse eu juiz federal não especializado da competência eleitoral, mas a proposta encaminhada pelo Ministro Fachin é uma proposta que vai ao encontro da minha convicção pessoal, não como magistrado eleitoral, mas, sim, como alguém que aprecia a análise jurídica desses temas.

Seria só esse esclarecimento, Presidente. Obrigado.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Presidente, inicio cumprimentando a sustentação oral realizada pelo Doutor José Batochio e também os votos já proferidos pelos Ministros Tarcisio Vieira e Ministro Edson Fachin. Mas, com todas as vênias, apresentarei divergência em relação às duas teses já levantadas.

Presidente, qual é a conduta pela qual o paciente foi denunciado e a denúncia recebida? Ele desobedeceu uma expressa determinação do juiz eleitoral. Ele, o paciente, desobedeceu uma não só expressa, mas uma determinação que foi considerada lícita, legal, pelo Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro no Mandado de Segurança 792017.6.19.0000. Ou seja, houve uma decisão que proibiu a gravação e a utilização de telefones celulares em audiência.

O Tribunal Regional Eleitoral entendeu lícita essa determinação derivada do próprio sigilo que o juiz decretou no processo e, em virtude disso, entendeu possível ao juiz – como é possível ao juiz, seja eleitoral, seja o juiz estadual, federal, seja o próprio tribunal – determinar no sigilo a impossibilidade e a vedação de que se grave a audiência e que se utilize o aparelho celular durante a audiência.

Essa ordem foi considerada legal pelo Tribunal Regional Eleitoral. Ou seja, não há, a priori, ilicitude da ordem.

A partir disso, o paciente desobedeceu essa ordem. Ao desobedecer essa ordem expressa – é uma ordem a que, apesar de realizada pelo juiz eleitoral, uma ordem administrativa de condução do processo na Justiça Eleitoral. A ele foi imputado o art. 347 do Código Eleitoral, que leio as elementares:

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

Qual a ordem determinada? Sigilo no processo, inclusive o sigilo da audiência, e a proibição da gravação e utilização de celulares. Podemos concordar ou não com essa ordem, mas essa ordem foi emitida pelo juiz condutor do processo e foi referendada, foi entendida legal pelo Tribunal Regional Eleitoral.

Qual o bem jurídico tutelado pelo art. 347? Bom funcionamento da Justiça Eleitoral. Diferentemente de inúmeros tipos penais previstos no Capítulo II do Código Eleitoral, não há no art. 347 nenhuma elementar que exija a finalidade eleitoral, que exija fins eleitorais, ou serviço eleitoral. Quando o legislador assim o quis, a lei expressamente previu essa elementar. Basta ver, e cito aqui a título exemplificativo, art. 349, 352, 354, todos eles previstos no mesmo Capítulo II do Código Eleitoral, que trazem como como elementar, fins eleitorais. Ou o art. 344 do mesmo Capítulo II do Código Eleitoral, que traz como elementar serviço eleitoral.



O art. 347 não traz como elementar nem fins eleitorais, nem serviço eleitoral, nem finalidade das eleições, nem finalidade de apuração eleitoral. O art. 347 traz como elementares, para o que nos importa aqui, recusar alguém cumprimento ou obediência à ordem da Justiça Eleitoral ou impor embaraços a sua execução, tendo como bem jurídico tutelado o funcionamento da Justiça Eleitoral.

Não me parece aqui que – em tese, obviamente, no âmbito restrito do habeas corpus – o descumprimento do advogado seja, primeiro, em tese, um ato lícito. A possibilidade de descumprir uma determinação do condutor do processo, gravando à sorreita a audiência, utilizando o celular, para fins de publicidade. Até porque a justificativa dada pelo magistrado e acatada pelo Tribunal Regional Eleitoral foi evitar publicidade dos atos, pelo sigilo do processo – a publicidade contida entre as partes. Não me parece, primeiro, que seja lícita essa conduta do advogado. E, ao não ser lícita, está presente o tripé que, a meu ver, justifica a justa causa para a manutenção da ação penal: a viabilidade, a tipicidade e a punibilidade.

Ora, para a boa condução da Justiça Eleitoral, porque a Justiça Eleitoral, prevista como elementar do tipo – “impedimento a embaraço à ordem da Justiça Eleitoral” –, do art. 347, não restringe à Justiça Eleitoral simplesmente a função de eleições, abarcando a função jurisdicional.

Como disse anteriormente, diferentemente de inúmeros tipos penais do próprio Capítulo II, não se prevê fins eleitorais. Aqui, o que se pretende proteger, o que se pretende tutelar é exatamente o bom funcionamento da Justiça Eleitoral, que tem função administrativa de realizar as eleições, mas tem função jurisdicional também. E aqui não houve, a meu ver, nenhuma limitação por parte do legislador. Se quisesse ter estabelecido, o legislador poderia ter feito, como fez – insisto – no art. 349, art. 352, art. 354 e também no art. 344, todos do mesmo Capítulo II do Código Eleitoral.

Dessa forma, Senhor Presidente, pedindo todas as vênias aos Ministros que me antecederam, Ministro Tarcisio Vieira e Ministro Edson Fachin, entendo que a competência é da Justiça Eleitoral e não está flagrantemente presente a ausência de justa causa, devendo a ação ser mantida. E, aí sim, durante a instrução processual penal, vai se analisar se houve ou não a culpabilidade do paciente.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO OG FERNANDES: Presidente, Senhores Ministros, eu também cumprimento o ilustre patrono da questão.

Os fatos que são contados no processo pelo relator estão a indicar que nós estávamos diante de um processo eleitoral sem nenhuma eiva de sigilo e que diante de um incidente na audiência em que o advogado postulava e protestava pelo efetivo cumprimento da disposição do Código de Processo Penal, que determina a narrativa do que foi dito, pelo que foi escrito através do juízo competente de forma assertiva, isso ao que consta e pela leitura não foi de fato cumprido e ensejou o protesto do advogado.

Eu pergunto, diante desses sucessos, haveria condição outra de suprir a comprovação do alegado pelo advogado? Ou de superar por algum outro elemento essa prova? Parece-me que a resposta é negativa.

Diferentemente do Ministro Alexandre de Moraes, a quem peço também licença, eu acompanho as duas teses. Eu acompanho a tese do Ministro Edson Fachin, porque se formos olhar o Estatuto dos Advogados, a Lei nº 8.906, no § 3º do art. 2º, estabelece que, no exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações nos limites desta lei.

Rigorosamente não há nenhuma hierarquia entre juiz e operador do Direito, no caso o advogado que cuidava com toda exaçaõ em relação aos fatos tratados nesse conflito.

E parece-me que também a circunstância de o Tribunal ter referendado o ato do juiz não transpõe a matéria para os rumos da legalidade.

Quero reiterar que me valho, e certamente isso corresponde à tradução fiel da realidade, dos elementos que são atraídos à nossa consideração pelo voto do eminente Ministro Tarcisio Vieira, brilhante como sempre, exceto na parte em que me menciona, Ministro Tarcisio.



Mas o fato é que estamos diante do pleno exercício da atividade da advocacia, em que se opõe uma restrição fictícia, para dourar uma decisão do juiz de primeiro grau que não encontra, ao meu sentir, nenhum respaldo e nenhum apoio na sua consequência, no seu desdobramento, na legislação penal de qualquer natureza, seja eleitoral, seja jurisdição penal comum, na jurisdição federal.

Se esta Corte entender majoritariamente pela consideração de conceder um *Habeas Corpus* de ofício na forma em que o Ministro Fachin se manifestou, eu o acompanho porque considero que temos um fato absolutamente, do ponto de vista do Direito, irrelevante. Não há justa causa para o oferecimento da denúncia.

Porém, se a maioria considerar, embora pareçam teses antagônicas, que deve unicamente encaminhar os autos à Justiça Comum Federal, eu também voto nesse sentido e, portanto, acompanho e aí acompanharia às inteiras o voto do Ministro relator.

É como voto, Senhor Presidente, Senhores Ministros.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (presidente): Ministro Og, Vossa Excelência então entende pela incompetência da Justiça Eleitoral. É isso?

O SENHOR MINISTRO OG FERNANDES: Ou, alternativamente, acompanhando a tese do Ministro Fachin, por considerar que há, no fundo, ausência de justa causa para uma ação penal. Qualquer uma dessas atitudes eu acompanho.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO: Presidente, eu também, em primeiro lugar, quero reiterar os cumprimentos ao Doutor Batochio pela sustentação que fez, muito clara, contribuindo para a solução do caso – do espinhoso caso – a essa Corte. Cumprimento todos os votos que me precederam, todos eles com profundidade, com análise jurídica e fática do caso.

Presidente, eu vou começar, rapidamente, vai ser muito breve. Eu vou analisar a questão da competência. E, nesse particular, também, assim como fez o Ministro Alexandre de Moraes, eu penso que o art. 347, que foi lido, aqui, pelo Ministro Fachin, que é “Recusar o cumprimento ou obediência a diligências, ordens ou instruções da Justiça Eleitoral...”, me parece que o juiz encarna, ali, a figura da Justiça Eleitoral. Descumprir, em tese, uma ordem dessa acarreta, segundo a doutrina abalizada, uma violação à autoridade da Justiça Eleitoral. A denúncia que eu li, aqui, e que separei no trecho, diz o seguinte:

[...]

Em 20 de fevereiro e 3 de abril do ano de 2007 – portanto, tem duas circunstâncias –, durante a audiência realizada na ação penal tal, o denunciado, advogado de um dos réus na referida ação, embora advertido, desobedeceu a ordem direta e individualizada, proferida pelo juízo, de que não seria permitida a gravação audiovisual, em audiência de instrução, pelas partes no processo.

[...]

Também descreveu – a denúncia – que, “dada a complexidade do objeto da ação, haveria a possibilidade, em tese, de coação de testemunhas, caso fosse gravada a audiência”.

Ora, no meu modo de entender, a competência é mesmo, com a devida vênia do eminente relator, da Justiça Eleitoral, embora esse ponto não venha impugnado no recurso, com a devida vênia, mas poderíamos, claro, conhecer da matéria, até mesmo de ofício, mas como salientou o representante do Ministério Público no seu parecer, este ponto não [inaudível] no RHC – Doutor Renato anotou isso.

Quanto ao mérito, eu fiquei, aqui, imaginando, ao ouvir os votos dos eminentes colegas, eu fiquei imaginando o Ministro Barroso, presidindo uma sessão, consultando a Corte – se em um determinado caso, o que poderemos fazer porque não há impedimento legal nenhum – se em um determinado caso, fosse interessante se decretar o segredo de justiça. E a Corte decretasse o segredo de justiça. E o advogado, na tribuna, começasse a gravar a nossa sessão. E o Ministro Barroso dissesse a ele “Você não pode gravar porque





está em segredo de justiça". E ele, então, diz "Não, mas eu posso porque eu tenho, até, um RHC que tem um precedente que concedeu o direito de fazer isso, descumprir a ordem do Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, chancelada pelos demais Ministros da Corte".

Qual é o sentido que o juiz teve de proibir a gravação? Preservar a prova, ele entendeu necessária, e, ao mesmo tempo, naquele momento, eu não estou entrando no mérito, se essa conduta, como disse o Ministro Alexandre, merece sanção ou não merece, isso é o mérito da questão, mas eu estou dizendo que hoje foi esse juiz, amanhã será qualquer um de nós.

Então, com o devido respeito às posições – e o faço, efetivamente, com sinceridade, tenho o mesmo respeito tanto pela atividade do advogado, que é fundamental para o exercício da jurisdição, sem advogado não há jurisdição adequada, mas também, mas também, penso que há que se preservar, aí, que se resguardar a autoridade do juiz –, se ele disse que era não permitido a gravação, que se utilizasse os recursos cabíveis contra isso, mas não descumprir a ordem. Ele fica totalmente desautorizado e cada um de nós, aqui, vai poder, amanhã, também sofrer esse mesmo tipo [inaudível]

Então, sinceramente, volto a dizer, fico, compreendendo a posição de cada um, respeito e compreendo, mas subscrevo, integralmente, o voto do Ministro Alexandre de Moraes, no sentido de afirmar a competência da Justiça Eleitoral e rejeitar, ao menos por ora, a alegação de falta de justa causa, dado que, durante a instrução, vai se avaliar a conduta de cada um.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (presidente): Senhores Ministros, também eu cumprimento o ilustre advogado, Doutor José Roberto Batochio, que esteve na tribuna, cumprimento o eminente Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, o relator, e cumprimento a todos os colegas pelos votos para, igualmente, me alinhar a essa posição agora enunciada pelo Ministro Luis Felipe Salomão, já anteriormente pelo Ministro Alexandre de Moraes, sobretudo na questão da competência.

Acho que a dicção do art. 347 do Código Eleitoral não dá margem a se afastar a competência da Justiça Eleitoral nessa hipótese. Diz o dispositivo, que já foi lido: "Recusar alguém cumprimento ou obediência a diligências, ordens ou instruções da Justiça Eleitoral ou opor embaraços à sua execução".

Não tenho nenhuma dúvida de que a ordem de um juiz eleitoral que conduz uma audiência de instrução é uma ordem da Justiça Eleitoral. Portanto, com todas as vênias, eu não teria nenhuma dificuldade de reconhecer a competência da Justiça Eleitoral.

Se, ao mérito, me parecesse ser o caso de chegar, aí haveria outras considerações. Eu fui advogado muitos anos e sempre defendi, e já defendi em textos escritos, que as audiências deviam ser gravadas, oficialmente gravadas. Porque esta questão da transcrição do termo é muito problemática, sobretudo em questões em que a prova seja relevante e, em matéria penal, eu não tenho nenhuma dúvida de que ela é de grande relevância.

Ainda assim, essa é uma questão de mérito a ser aferida no momento próprio, como observaram os Ministros Alexandre e Luis Felipe Salomão, houve uma ordem do juiz. Se esta ordem foi legal ou não isso é mérito da ação penal e, portanto, é lá naquela sede que deverá ser discutida, mas eu não teria dúvida de reconhecer a competência da Justiça Eleitoral.

Eu não me animo a avançar sobre a questão de mérito já de logo firmar um juízo sobre a legalidade ou não da ordem do juízo ou sobre o direito ou não do advogado de documentar a audiência que pode ser sigilosa, mas evidentemente não para o advogado que lá está presente, eu não me animo a avançar e conceder o trancamento imediato, porque aqui não há nenhum risco iminente à liberdade de locomoção do paciente. Se houvesse, eu pararia para refletir sobre isso e acho que nós teríamos que fazer a discussão de mérito, mas o paciente não está preso, não há ordem de prisão, não há ameaça a sua liberdade e, por essa razão, não me animo a avançar para uma concessão da ordem, nem mesmo de ofício. Ele certamente estará, o paciente, muito bem defendido, como foi aqui, na ação penal, e tenho certeza que os argumentos serão postos lá da maneira mais adequada possível e merecerá a decisão justa a ser tomada pela justiça competente.



Portanto, peço todas as vênias ao Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho que, ao mérito, não foi para divergir de Sua Excelência no tocante à competência, entendendo que a matéria deva permanecer na Justiça Eleitoral e não me animo em avançar no trancamento da ação penal.

## ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (presidente): Eu, para a proclamação do resultado, preciso indagar ao Ministro Luiz Edson Fachin: Sua Excelência concedeu a ordem trancando a ação penal, o que, na minha leitura, pressupunha o reconhecimento da competência da Justiça Eleitoral. Indago a Sua Excelência se essa é efetivamente a sua posição?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Presidente, eu fui de imediato ao exame da primeira pretensão que está no recurso em *habeas corpus*. Eu estou a ler aqui o requerimento final, em que se pede seja reformado venerando acórdão recorrido, a fim de que seja concedida a ordem de *habeas corpus* para reconhecer absoluta atipicidade dos atos imputados ao paciente.

Portanto, o primeiro argumento foia atipicidade da conduta, e foi esse primeiro, e reputo, o principal argumento, pelo menos na ordem que aqui restou formulada, que eu examinei, vencido neste primeiro argumento, eu vejo que também a parte requereu o trancamento da ação penal, seja pela absoluta atipicidade do delito imputado, seja pela imunidade profissional do advogado, seja pela patente incompetência da Justiça Eleitoral para processar e julgar ação.

Portanto, vencido no tema da atipicidade da conduta, não vejo uma relação de antecedente e consequente para afirmar a competência da Justiça Eleitoral, visto que eu examinei apenas esse primeiro argumento.

Isso assim posto, voltando, portanto, a esse exame específico da competência que não fiz, porque não foi o primeiro pedido constante do RHC, voltando a esta matéria, aqui, peço vênias a Vossa Excelência, Ministro Alexandre e Ministro Luis Felipe Salomão para, vencido na atipicidade, reconhecer a incompetência da Justiça Eleitoral e acompanhar o eminente Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (presidente): Muito bem, Ministro Fachin. Muito obrigado.

Quer dizer, o meu raciocínio foi para conhecer o mérito ao menos que seja um *habeas corpus* de ofício, para conhecer o mérito, que Vossa Excelência teria se dado por competente, mas entendo a linha que Vossa Excelência seguiu, que foi a ordem dos pedidos, por assim dizer, mas evidentemente se Vossa Excelência não se considera competente, a concessão da ordem seria uma concessão de ofício naturalmente.

Diante disso, eu proclamo então o...

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO: Presidente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (presidente): Pois não, Ministro Luis Felipe Salomão.

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO: Antes da proclamação, como o próprio representante do Ministério Público sustentou que não houve a impugnação, no RHC, dessa questão da competência, o Ministro Fachin, a quem respeitamos tanto a posição como o juiz e o julgador que é, mas para ele chegar à conclusão da questão do julgamento da competência, penso que Sua Excelência concede *habeas corpus* de ofício essa parte eu não entendi direito, o que também apresenta uma dispersão do voto quanto ao voto do eminente relator.

O que eu estou querendo captar, Presidente, é apenas se há realmente um consenso nessa parte, porque, o relator, ele conhece direito do RHC e reconhece a incompetência.

O Ministro Fachin usou uma técnica diferente. Ele entendeu que não havia tipicidade, afirmou competência e, logo depois, ele se alinha à posição da incompetência, penso que já não mais no âmbito do RHC, mas na concessão de um HC de ofício. Isso vai modificar o resultado se isso é verdade, no meu singelo e, evidentemente, possível equívoco de raciocínio.

E já o Ministro Og, eu penso que ele se alinhou, em primeiro lugar, ao próprio Ministro Fachin, o que também daria uma certa dispersão. Para que não haja nenhuma dúvida, é que eu fiz o questionamento pedindo milhões de escusas se eu estiver sendo, absolutamente, impertinente ou insistente.



O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (presidente): Absolutamente.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Presidente, Vossa Excelência me permite.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (presidente): Totalmente pertinente. Claro, Ministro Fachin, e em seguida eu tenho o Vice-Procurador-Geral Eleitoral, Doutor Renato Brill, que também pede para fazer uma intervenção, mas, Ministro Fachin, Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Eu compreendo as preocupações da lógica formal e toda a relação que há da compreensão do processo como um encadeamento lógico e formal de etapas sucessivas.

Nada obstante, eu examinei os pedidos, tal como vieram formulados neste recurso em *habeas corpus* e, ao assim fazê-lo, eu não adentrei na questão específica da competência, porque me pareceu, mais do que evidente, a atipicidade da conduta. Vencido nessa compreensão, eu não me posso abster de debater o tema que diz respeito à competência ou não da Justiça Especializada.

E, portanto, eu estou-me valendo de uma lógica substancial em que levam em conta as pretensões como deduzidas pela parte e não necessariamente numa compreensão por meio de silogismos lógicos dedutivos, muito próprios da racionalidade jurídica da primeira metade do Século XX, que, de algum modo, vão cedendo passo, progressivamente, para uma compreensão substancial de resolver-se, efetivamente, o caso concreto, e essa foi a direção que eu segui.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (presidente): Muito obrigado, Ministro Fachin. Entendo perfeitamente o argumento de Vossa Excelência como entendo o do Ministro Luis Felipe Salomão. O primeiro elemento processual é a competência, se não há competência não pode seguir adiante. Foi essa a lógica que Sua Excelência praticou.

## ESCLARECIMENTO

O DOUTOR RENATO BRILL DE GÓES (vice-procurador-geral eleitoral): Senhor Presidente, ilustres Ministros, eu só gostaria de pontuar e requerer a Vossa Excelência, Presidente, no que diz respeito a encaminhamento e resolução da proclamação do resultado, que fosse separado e distinto.

Porque, no entender do Ministério Público Eleitoral, a competência – ou, no caso aqui, a declaração de incompetência – da Justiça Eleitoral é uma preliminar, que precede e antecede o mérito do julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus, ou seja, não dá para se avançar sobre atipicidade ou não, porque a atipicidade diz respeito ao próprio mérito, para fins de trancamento da ação penal, dizendo que o fato típico imputado na ação penal não tem moldura típica penal, ou seja, ele é atípico. E isso seria o próprio mérito do julgamento do habeas corpus. E, para se julgar o mérito, pressupõe-se a competência. Então, há a necessidade de se antecipar a preliminar, para fins de se reconhecer ou não a competência, para, após, avançar ao mérito.

Essa é a consideração que eu coloco ao Tribunal.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (presidente): Muito obrigado, Doutor Renato Brill. Por mais que eu pudesse eventualmente concordar com Vossa Excelência, eu não posso me substituir ao voto de nenhum Ministro e, portanto, preciso seguir.

O Ministro Fachin explicitou, ainda que em um segundo momento, a sua convicção pela incompetência, e eu, evidentemente, respeitarei o voto de Sua Excelência.

O Ministro Fachin com a palavra, em seguida, o Ministro Alexandre.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Eu apenas vou reiterar, Senhor Presidente, que a compreensão, agora externada pelo ilustre Vice-Procurador-Geral Eleitoral, é mesmo a compreensão que, de maneira elementar, se tem.

Mas se imagine em uma determinada ação penal em que se suscitam um tema da prescrição da pretensão punitiva do Estado e o legítimo interesse do acusado de ver a sua absolvição decretada. Portanto, se o juiz se ativer a essas etapas formais, como eu mencionei, de uma lógica própria da compreensão meramente formal do processo, esse juiz certamente poderia ser obstado de examinar as circunstâncias e, eventualmente, decretar a absolvição do réu ou do acusado.



Portanto, Senhor Presidente, o que eu quero dizer é que não – já de um tempo para cá –, não mais me sensibilizam os argumentos de natureza formal que se distanciam da noção substancial do processo.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Presidente, sem querer trazer mais lenha para a fogueira, mas fazendo duas observações rápidas.

Em verdade, nós tivemos três votos para a Justiça Eleitoral – competência da Justiça Eleitoral –, três votos para a competência da Justiça Federal e um voto do eminente Ministro Edson Fachin, isso do início, para a atipicidade. A partir disso, o Ministro Tarcisio, que havia votado para remeter à Justiça Federal, ficou “com coceira” – como disse Sua Excelência, – e avançou pela atipicidade.

Agora, eu coloco, com todo respeito às posições em contrário, não me parece, aqui, tratar de uma formalidade: ou nós somos o juiz natural da causa, ou nós não somos o juiz natural da causa. Isso é uma questão, um princípio constitucional estabelecido – o juiz competente. Amanhã, se chegar um caso para o TSE, em que nós entendemos que a competência é da Justiça Comum, nós também podemos trancar, podemos analisar o mérito?

Então, entendo a questão, mas o voto do eminente Ministro Relator, no início, fixou a competência da Justiça Federal. Então, nós acabamos ficando aqui em 3 a 3 a 1 e, depois o Ministro Fachin definiu que realmente é a Justiça Federal, no voto de Sua Excelência e, então, ficou 4 a 3 para a Justiça Federal. Mas, a partir disso, entendo eu, que a Justiça Federal é que deveria analisar o mérito. Estaríamos concedendo um HC absolutamente de ofício.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Ministro Alexandre, Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Por favor, Ministro Fachin.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Também não quero polemizar, mas a afirmação que eu fiz, ao ler o art. 347 do Código Eleitoral, foi no sentido da ausência de um elemento típico eleitoral. Daí deduzi a atipicidade da conduta.

A maioria do Tribunal, exceto uma vizinhança epistemológica com o voto do Ministro Og, mas a maioria de Vossas Excelências foi na outra direção. E aí se colocou o debate sobre a atribuição. E, de novo, quando menciono o argumento de lógica formal, todos nós sabemos que o juiz natural é um princípio constitucional a ser observado; mas também todos nós sabemos que atos praticados por juízes, inclusive criminais incompetentes, podem ser ratificados pelo juízo competente.

Portanto, essa compartimentalização que se faz de etapas e lógicas formais, como eu disse e repito, não me vocaciona a necessariamente acompanhar, daí porque, vencido na constatação da ausência de elemento eleitoral típico, eu não havia afirmado a competência de A ou a competência de B. Eu estava analisando o fato, e o primeiro pedido deduzido pelo recorrente, tanto que o Ministro Tarcisio disse, e eu acedi tacitamente, que o meu voto estava muito próximo do voto de Sua Excelência, nessa dimensão teleológica.

Obrigado, Ministro Alexandre.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO (relator): Ministro Fachin, Vossa Excelência me concederia um aparte muito rápido? Exatamente nessa linha, Presidente, até para espancar qualquer dúvida residual sobre essa matéria.

Pela contagem que tenho aqui em mãos, tem quatro votos pela concessão da ordem e três pela denegação da ordem. Talvez a dificuldade na evolução do debate venha da própria petição recursal, que inverteu as teses. Eu tenho a petição recursal aqui em mãos, e a tese da incompetência é atacada por último, tanto que o pedido primeiro, primevo, no Recurso em Habeas Corpus, é de trancamento da ação penal, por atipicidade da conduta. Foi nessa linha intelectual que o Ministro Luiz Edson Fachin andou muitíssimo bem: atacou o primeiro pedido da petição inicial.

Mas a petição tem um segundo pedido que eu leio: “e, alternativamente, o reconhecimento da incompetência da Justiça Eleitoral”, que é o pedido que eu acolhi. Por isso é que, na minha proposta de voto, é de parcial provimento. Eu estou acolhendo o segundo pedido, mas, diferentemente do que pode transparecer em alguns votos, essa matéria é objeto do debate, essa matéria não é objeto de concessão de ofício coisíssima nenhuma. Isso está na petição inicial, isso está no acórdão recorrido, isso está na petição do Recurso em Habeas Corpus, isso está no parecer do Ministério Público, que diz aqui, ao resumir a inicial, “subsidiariamente, pede-se a incompetência da Justiça Eleitoral”.

Agora, na minha visão, com a qual ninguém é obrigado a concordar, me parece que é um antecedente lógico fixar primeiro a competência... a regra do “competence competence” – o juiz é o competente para dizer da sua competência e eu digo assim: se eu não sou competente, eu não vou conceder a ordem. Mas



o que eu disse, “sem ter coceira, ou tendo coceira”, ironias à parte, é que, se eu tivesse competência, eu concederia essa ordem. Mas eu não tenho competência para conceder habeas corpus em matéria trabalhista, em matéria militar, em nada disso. Por isso é que eu fiquei na questão da nossa incompetência em matéria eleitoral, com todo o respeito.

Então, nessa compreensão, me parece que a matéria não tem nada de inovação. Isso é exatamente o ponto debatido, no Recurso em Habeas Corpus, como matéria alternativa, como pedido alternativo. Então, eu não vejo, data maxima venia, nenhuma incoerência na posição que eu firmei, nem o Ministro Banhos nem o Ministro Fachin nem o Ministro Og. Nós apenas atacamos os pedidos, alguns na ordem do que entenderam mais lógico e outros, na ordem do que estava perfilhado na própria letra da petição recursal. Mas que todos os quatro concederam a ordem, isso, para mim, parece evidente.

Muito obrigado.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (presidente): Muito obrigado, Ministro Tarcisio. A minoria não foi capaz de convencer a maioria de que, na ordem lógica do processo, a competência vem antes do mérito; a maioria prevalece.

Concedo a palavra ao Ministro Alexandre de Moraes.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Na verdade, Presidente, acabei concedendo um aparte ao Ministro Fachin, que passou o aparte ao Ministro Tarcisio. Então, volta o aparte agora. Pelo que eu entendi, então o Ministro Tarcisio está reajustando o voto.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO (relator): Não, não fiz reajuste de voto nenhum.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Vossa Excelência acabou de dizer que eram dois pedidos, e que Vossa Excelência não concedeu a ordem de ofício, porque entendeu que não era competente. E, repetindo palavras de Vossa Excelência, o juiz competente define a sua competência; ao entender que eu não era competente, eu não concedi a ordem de ofício, mandei para a Justiça Federal. Esse foi o primeiro voto de Vossa Excelência. Vossa Excelência votou parcialmente procedente, exatamente para enviar para a Justiça Federal. E, agora então, obviamente reajustando o voto, aí fica a maioria pela concessão da ordem.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO (relator): Ministro Alexandre, só pela ordem. A bem da verdade, o voto que eu distribuí aos eminentes pares é o voto que eu estou subscrevendo. A parte conclusiva do voto é exatamente na linha “recurso ordinário julgado parcialmente procedente, para reconhecer a incompetência da Justiça Eleitoral.” Mas esse pedido de incompetência é o pedido do *habeas corpus*. O habeas corpus pede ou o trancamento ou a incompetência. Eu estou concedendo a incompetência.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Isso. Então, nós estamos concordando.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO (relator): Eu não reajustei o meu voto.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Então não há maioria para o trancamento ainda.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (presidente): A decisão é pela incompetência. A concessão da ordem, no sentido da incompetência.

Eu só queria lembrar que o caso mais célebre da história do Direito Constitucional envolveu uma questão parecida, que foi Marbury versus Madison. O que que o John Marshall fez? Ele disse: “o Marbury tem o direito ao cargo de juiz de paz”; em segundo lugar, ele disse: “o Marbury tem ação para obter esse cargo”; só que ele deixou para terceira parte para dizer: “infelizmente, essa Corte não tem competência, porque a lei que nos deu a competência é uma lei inconstitucional”. E, com isso, ele extinguiu a ritual *of mandamus*, por entender não ter a competência.

Portanto, independente da ordem dos pedidos – eu acho que a competência vinha em primeiro lugar. Mas eu acho que a gente tem que saber perder também. A maioria entendeu de maneira diferente, e eu vou proclamar dessa forma, assim que ouça o Ministro Salomão.

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO: É uma questão só para descontrair um pouquinho, Presidente. Porque o voto do Ministro Og foi um voto flex, com todo respeito. Ele foi total flex; ele foi,



primeiro – porque eu fiz a contabilidade aqui e falei: “o voto dele está no mérito”. Na primeira contagem, como fez o Ministro Alexandre, no fundo, no fundo, estava 2 a 2 a 3. Essa foi a primeira contagem, diante da dispersão quanto à preliminar, que é a competência.

Aí, depois, quando foi-se colher novamente os votos, aí votou-se, e nessa preliminar – eu sei perder, e, na preliminar, pelo que eu percebi, o processo vai prosseguir, só que na Justiça Federal. É isso que o doutor procurador salientou da tribuna, e é como eu acho que Vossa Excelência proclamará. Porém, ainda na linha da brincadeira, já que todo mundo jogou um pouco de gasolina na fogueira, eu também me senti no direito de jogar um pouquinho também.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (presidente): Muito obrigado, Ministro Luis Felipe Salomão.

### EXTRATO DA ATA

RHC nº 0600244-42.2020.6.19.0000/RJ. Relator: Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Recorrente: Ordem dos Advogados do Brasil Seção Rio de Janeiro (Advogados: Luciano Bandeira Arantes – OAB: 85276/RJ e outros ). Paciente: Fernando Augusto Henrique Fernandes (Advogados: José Roberto Batochio – OAB: 20685/SP e outros).

Usou da palavra pelo paciente, Fernando Augusto Henrique Fernandes, o Dr. José Roberto Batochio.

Decisão: O Tribunal, por maioria, deu parcial provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus* e reconheceu a incompetência da Justiça Eleitoral para processar e julgar a ação penal, com a determinação de remessa dos autos ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região para livre distribuição, prejudicado o pedido de liminar, nos termos do voto do relator. Vencidos os Ministros Alexandre de Moraes, Luis Felipe Salomão e Luís Roberto Barroso

Composição: Ministros Luís Roberto Barroso (presidente), Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Tarcisio Vieira de Carvalho Neto e Sérgio Banhos.

Vice-Procurador-Geral Eleitoral: Renato Brill de Góes.

SESSÃO DE 1º.7.2020.

Sem revisão das notas de julgamento dos Ministros Luís Roberto Barroso, Luis Felipe Salomão, Tarcisio Vieira de Carvalho Neto e Sérgio Banhos, e do Vice-Procurador-Geral Eleitoral.

