TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

ACÓRDÃO

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 8-09.2013.6.24.0013 – CLASSE 6 – FLORIANÓPOLIS – SANTA CATARINA

Relator: Ministro Henrique Neves da Silva
Agravante: Francisco Juraci Gonçalves Gomes
Advogada: Defensoria Pública da União
Agravado: Ministério Público Eleitoral

AÇÃO PENAL. DELITO. ART. 39, § 5º, II, DA LEI 9.504/97. BOCA DE URNA. ELEIÇÕES DE 2012. PROCEDÊNCIA. NULIDADE. TERMO CIRCUNSTANCIADO. NÃO CONFIGURAÇÃO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO.

1. O agravante limita-se a reiterar as teses defensivas anteriormente expostas, não atacando os fundamentos da decisão agravada no que concerne à ausência de prequestionamento quanto à ofensa aos arts. 155 do CPP e 356, § 1º, do Código Eleitoral, à não demonstração do dissídio jurisprudencial e à impossibilidade do reexame de fatos e provas no que diz respeito à caracterização do delito. Incidência da Súmula 26 do TSE.

2. "O termo circunstanciado, tal como o inquérito policial, tem caráter meramente informativo. Eventuais vícios ocorridos nesta fase não contaminam a ação penal. Precedentes do STF e do STJ" (REspe 289-81, rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJE de 6.11.2009).

Agravo regimental a que se nega provimento.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Brasília, 8 de novembro de 2016.

MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA – RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA: Senhor Presidente, Francisco Juraci Gonçalves Gomes interpôs agravo regimental (fls. 191-194v) contra a decisão de fls. 180-186, por meio da qual neguei seguimento ao agravo em recurso especial por ele interposto, nos termos do art. 36, § 6º, do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral.

Transcrevo o relatório da decisão agravada (fls. 180-182):

> *Francisco Juraci Gonçalves Gomes interpôs agravo de instrumento (fls. 162-166) contra a decisão denegatória de recurso especial interposto contra o acórdão do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina que, por unanimidade, negou provimento ao recurso eleitoral e manteve a decisão do Juízo da 13ª Zona Eleitoral que julgou procedente a denúncia e condenou o agravante pela prática de crime previsto no art. 39, § 5º, II, da Lei 9.504/97.*
>
> *O acórdão regional tem a seguinte ementa (fl. 136):*
>
> > – RECURSO CRIMINAL – PRÁTICA DO CRIME DE "BOCA DE URNA" (LEI N. 9.504/1997, ART. 39, § 5º, INCISO II) – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO – CERCEAMENTO DE DEFESA – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO RÉU PARA SEGUNDA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO – APLICAÇÃO DO ART. 367 DO CPP – PRESENÇA DO DEFENSOR PÚBLICO NAS DUAS AUDIÊNCIAS – PREJUÍZO INDEMONSTRADO – REJEIÇÃO.
> >
> > 1. A falta de intimação de réu faltoso para segunda audiência de instrução e julgamento não configura cerceamento de defesa, quando a renovação do ato é realizada com a presença de seu defensor público.
> >
> > 2. Ao reconhecimento da nulidade dos atos processuais, é indispensável a demonstração do efetivo prejuízo causado à parte.
> >
> > – DISTRIBUIÇÃO DE PROPAGANDA EM DIA DE ELEIÇÃO – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – CONDENAÇÃO MANTIDA – DESPROVIMENTO.
> >
> > 3. A distribuição de material de propaganda eleitoral a eleitores no dia da eleição, nas imediações de local de votação, é suficiente para tipificação do denominado crime de "boca de urna", previsto pelo art. 39, § 5º II, da Lei n. 9504/1997.
>
> *O agravante sustenta, em suma, que:*
>
> *a) houve violação aos arts. 5º, LV, da Constituição Federal, 155 do Código de Processo Penal e 356, § 1º Código Eleitoral, pois não foram observadas as formalidades presentes neste dispositivo, uma*

vez que somente o Sr. Valmecir Machado, Policial Militar, relatou e lavrou o termo circunstanciado;

b) com a não observância do art. 356, § 1º do Código Eleitoral, quanto à exigência de assinatura do acusado e subscrição por duas testemunhas, configura-se nulidade prevista no art. 564, IV, do Código de Processo Penal;

c) a transcrição das ementas trazidas no recurso especial é suficiente para demonstrar a similitude fática entre estes e a decisão impugnada, tendo em vista que a questão a ser discutida nos autos é a necessidade de identificação do eleitor.

Requer o conhecimento e o provimento do agravo, para que seja julgado o recurso especial interposto, bem como a intimação pessoal da Defensoria Pública da União no Distrito Federal.

O Ministério Público Eleitoral apresentou contrarrazões pugnando pela não admissão do recurso especial e a manutenção do Acórdão recorrido (fl. 168).

A douta Procuradoria-Geral Eleitoral, mediante o parecer de fls. 175-178, opinou pelo não provimento do agravo, ou, sucessivamente, pelo seu não provimento, sob os seguintes fundamentos:

a) incide, na espécie, a Súmula 26 do Tribunal Superior Eleitoral, pois não foram impugnados todos os fundamentos da decisão agravada;

b) não houve prequestionamento acerca da nulidade suscitada pelo agravante alusiva ao termo circunstanciado, de forma que incidem os óbices da Súmulas 211 do STJ e 282 e 356 do STF;

c) ademais, por mais que existisse eventual irregularidade no indigitado termo, não seria apta a ensejar anulação de todo o processo penal, uma vez que foi respeitado o contraditório e a ampla defesa;

d) não foi demonstrado a divergência jurisprudencial dos julgados tidos como colidentes, haja vista que a mera transcrição das suas ementas não é suficiente para elucidar a similitude fática e jurídica entre eles.

Nas razões do agravo regimental, o agravante sustenta, em suma, que:

a) busca o reenquadramento jurídico dos fatos narrados, e não o reexame de fatos e provas, uma vez que o Tribunal Superior Eleitoral se limita a analisar o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Eleitoral;

b) ainda que desprovido o agravo regimental, seria possível o enfrentamento das questões expostas, mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício, tendo em vista a excepcionalidade

do caso do agravante e as violações ao art. 155 do Código de Processo Penal e ao art. 356, § 1º, do Código Eleitoral, aptos a configurar a nulidade do art. 564, IV, do CPP, na medida em que o termo circunstanciado foi lavrado somente pelo condutor, sem a presença de duas testemunhas;

c) a não apresentação do suposto eleitor coagido consubstancia falta do elemento essencial do tipo penal, evidenciando a atipicidade da conduta;

d) houve cerceamento de defesa, pois o agravante não foi intimado para justificar sua ausência na audiência de instrução e julgamento, bem como não foi informado da nova data do ato;

e) o julgador tem competência para evitar ou fazer cessar constrangimento ilegal que chegue a seu conhecimento, conforme o art. 654, § 2º, do CPP e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Requer seja reconsiderada a decisão agravada, ou, caso assim não se entenda, postula que o agravo regimental seja submetido a julgamento pelo plenário, a fim de dar provimento ao recurso especial e, dessa forma, anular o processo e absolver o agravante, de acordo com o art. 564, VII, do Código de Processo Penal.

Defende que, caso não seja acolhido o agravo, a análise da contextualização do processo evidencia nulidades absolutas, razão pela qual deve ser concedida a ordem para absolvição do réu ou, caso assim não se entenda, devem ser reconhecidas as nulidades apontadas e determinado o refazimento dos atos processuais defeituosos.

O Ministério Público Eleitoral apresentou contrarrazões (fls. 197-201) pugnando pelo desprovimento do agravo, aduzindo, em suma, que:

a) não houve prequestionamento da matéria levantada pelo agravante, pois o acórdão não analisou eventual nulidade do termo circunstanciado, o que enseja os óbices das Súmulas

211 do Superior Tribunal de Justiça, 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal;

b) a atipicidade da conduta alegada pelo agravante exigiria o revolvimento do conjunto fático-probatório, medida vedada pela Súmula 24 do TSE;

c) no que tange à pretensão de concessão de *habeas corpus* de ofício, a suposta irregularidade no termo circunstanciado não ensejaria anulação de todo o processo penal, uma vez que foram respeitados o contraditório e a ampla defesa.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA (relator): Senhor Presidente, o agravo regimental é tempestivo. Os autos foram recebidos pela Defensoria Pública da União em 19.10.2016 (certidão à fl. 188), e o recurso foi interposto em 21.10.2016 (fl. 191), por defensor público federal.

Reproduzo o teor da decisão agravada (fls. 182-186):

> *O agravo é tempestivo. Os autos foram recebidos pela Defensoria Pública da União de Santa Catarina em 6.9.2016 (fl. 160), e o apelo foi interposto em 9.9.2016 (fl. 162).*
>
> *O recurso especial não foi admitido na origem, sob os seguintes fundamentos (fls. 155-159):*
>
> > [...]
> >
> > 02. Nos termos da certidão de fl. 146, os autos foram com vista à Defensoria Pública da União (DPU) em 19.08.2016; o recurso especial foi protocolizado em 26.08.2016 (fl. 149).
> >
> > Considerando a prerrogativa da DPU contida no art. 44, inciso I, da Lei Complementar n. 80/1994, o recurso é tempestivo.
> >
> > 03. Para que recurso especial seja admitido, cumpre comprovar que a decisão da Corte viola expressamente disposição da Constituição da República ou de lei (art. 121, § 4°, I, CF) ou que diverge de decisões de outros Tribunais em casos similares (art. 121, § 4°, II, CF).

03.01. No caso, o recorrente não demonstrou existência de afronta a qualquer artigo da Constituição da República, tampouco de lei.

03.01.01. No seu inconformismo com a decisão prolatada no Acórdão recorrido pretende, à toda evidência, sejam reexaminadas e ajustadas as provas coligidas a sua conclusão no sentido de que a conduta seria atípica pois "a presente ação penal [teria sido] instruída somente pelo relato do Policial Militar que conduziu o acusado à autoridade competente [não havendo] qualquer outro meio idôneo capaz de demonstrar a ocorrência do delito que lhe é imputado" (fl. 152).

Já este Tribunal, em detida análise da prova, considerou que a materialidade e a autoria do crime de "boca de urna" estão devidamente comprovados, conforme restou assentado no voto condutor, *verbis*:

> *"[...] o conjunto probatório revela – com a certeza necessária para a condenação criminal – a autoria e a materialidade do ilícito eleitoral em comento, notadamente por meio da prova testemunhal produzida em juízo".*
>
> *Com efeito, Luiz Gabriel Vasconcelos – eleitor que noticiou a ocorrência de boca de urna em seu local de votação – afirmou, mediante compromisso legal:*
>
>> Que os fatos ocorreram na escola Brigadeiro no Campeche e se encontrava no local como eleitor. Que se recorda de ter identificado a prática de boca de urna e ter comunicado o policial. [...]. Que a pessoa que o depoente denunciou realmente estava entregando o 'santinho' para os eleitores que passavam no local. Que não se recorda agora qual é o 'santinho' que o cidadão distribuía. Que não se recorda se já tinha visto ou não anteriormente a pessoa que denunciou e agora também não se lembra dele. Que apresentadas as fotos de fls. 07, 08/09 diz que a foto dos 'santinhos' lhe traz a memória, porque é familiar e relaciona com os fatos ocorridos na escola. Que se recorda que a pessoa denunciada tinha uma bolsa semelhante a que consta da foto, mas não se recorda da fisionomia do denunciado. Que em relação à roupa e o rosto que o denunciado usava não pode afirmar com certeza se se trata da pessoa que foi denunciada, porque não se lembra.
>
> *Do depoimento transcrito acima, a testemunha confirma que havia uma pessoa entregando 'santinhos' a eleitores no local de votação, reconhecida por meio das fotografias de fls. 7-9, assim como a bolsa utilizada para armazená-los, encontrada de posse do acusado no dia dos fatos.*
>
> *Em que pese a testemunha não se recordar da fisionomia da pessoa que estava praticando a 'boca de urna', o policial militar que realizou a abordagem requerida –*

Valcemir Machado – confirmou, tanto na fase administrativa, quanto na judicial, que se tratava do réu Francisco Juraci Gonçalves Gomes [...]

O relato das testemunhas é corroborado pelo Termo Circunstanciado de fls. 2-9, em que constam fotografias do réu com uma bolsa transpassada repleta de santinhos do candidato 'Formighieri', posteriormente apreendidos pelo referido policial. [...]

Como se vê, cotejando-se os depoimentos acima transcritos com o conteúdo do Termo Circunstanciado, resta comprovado que o recorrente foi flagrado distribuindo 'santinhos' a eleitores no dia das eleições, nas imediações de local de votação, o que é suficiente para a tipificação do crime de 'boca de urna', previsto no art. 39, § 5º, II, da Lei das Eleições. [...]

Nesse sentido, sem plausibilidade a tese recursal de que a sentença seria frágil, fundamentada apenas em depoimento do policial militar que efetuou a prisão em flagrante do recorrente, sobretudo porque referido testemunho encontra arrimo no depoimento de Luiz Gabriel Vasconcelos e nos elementos de prova colhidos no Termo Circunstanciado, os quais demonstram, de forma segura, a efetiva distribuição de 'santinhos'" (fls. 141-142). [Grifos acrescidos aos do original]

03.01.02. Ademais, não merece guarida a sustentada violação do art. 155 do Código de Processo Penal e do art. 356, § 1°, do Código Eleitoral, por suposta inobservância de formalidade prevista neste último, uma vez que a questão foi suscitada apenas neste recurso e, por consequência, não foi examinada pela Corte.

Desta feita, não tendo havido o prequestionamento da ofensa aos mencionados dispositivos legais, o recurso não pode ser admitido por esse fundamento, pois o prequestionamento – requisito específico de admissibilidade do Recurso Especial – pressupõe que a matéria veiculada nas razões recursais tenha sido objeto de debate e de decisão prévios pelo órgão colegiado.

[...]

Caberia, pois, ao recorrente, se assim entendesse, opor embargos declaratórios com o objetivo de ver a questão apreciada e decidida pelo Tribunal, de forma a possibilitar, se fosse o caso, a ascensão do apelo nobre à superior instância, como exige a remansosa jurisprudência das Cortes Superiores.

03.02. O recurso está fundado também no segundo pressuposto (art. 121, § 4°, inciso II, CR), o qual, contudo, não restou comprovado, na medida em que o recorrente limitou-se a transcrever as ementas de dois julgados, deixando de comprovar a existência de teses jurídicas antagônicas sobre fatos semelhantes, para o mesmo enquadramento legal.

> Consoante reiterada jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, para a configuração do dissídio jurisprudencial é "indispensável o cotejo analítico de sorte a demonstrar a devida similitude fática entre os julgados" (AgR-REspe n. 181-44, Rel. Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura, DJE de 11.02.2016). [Grifou-se]
>
> Assim, não resta configurada a divergência jurisprudencial.
>
> 04. Ante o exposto, ausentes os pressupostos de sua admissibilidade, nego seguimento ao recurso.
>
> Intimem-se.
>
> [...]

Na espécie, o agravante foi condenado às penas do art. 39, § 5º, da Lei 9.504/97 em razão da prática do crime de boca de urna nas Eleições de 2012, na forma prevista no inciso II do referido dispositivo legal.

Alega que não foram respeitadas as formalidades estabelecidas pelo art. 155 do Código de Processo Penal e pelo art. 356, § 1º do Código Eleitoral, incorrendo na nulidade prevista no art. 564, IV, do CPP, pois o termo circunstanciado foi relatado e lavrado unicamente pelo Policial Militar Valmecir Machado.

Verifico que o agravante não ataca especificamente os fundamentos da decisão agravada – notadamente quanto à ausência de prequestionamento –, o que atrai a incidência da Súmula 26 desta Corte.

E, ainda que superado esse óbice, o apelo não prosperaria.

Conforme assinalou o Presidente da Corte de origem, a arguida violação do art. 155 do Código de Processo Penal e do art. 356, § 1º, do Código Eleitoral, por suposta inobservância de formalidade na lavratura do termo circunstanciado, não foi objeto de debate e decisão no âmbito do julgamento da Corte catarinense.

Desta feita, não tendo havido o prequestionamento, a questão suscitada não pode ser conhecida nesta instância especial. Nesse sentido, afirmou a PGE que, "de fato, não houve prequestionamento dos citados dispositivos, pois, em nenhum momento, o acórdão tratou de eventual nulidade do termo circunstanciado, por ter sido apenas assinado pelo apresentante. Incide, portanto, as Súmulas 211/STJ, 282/STF e 356/STF, por não se verificar o requisito do prequestionamento – explícito ou implícito" *(fl. 177).*

Ademais, ainda que assim não fosse, acrescentou o órgão ministerial que "eventual irregularidade na lavratura do termo circunstanciado não é apta a anular todo o processo penal, se, durante a instrução judicial, os fatos impugnados foram devidamente submetidos ao contraditório, e foi oportunizada a ampla defesa – respeitando-se, assim, o devido processo legal" *(fl. 177). Nesse sentido:* "O termo circunstanciado, tal como o inquérito policial, tem caráter meramente informativo. Eventuais vícios ocorridos nesta fase não contaminam a ação penal. Precedentes do STF e do STJ" *(REspe 289-81, rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJE de 6.11.2009).*

> *Por fim, com relação ao apontado dissídio jurisprudencial, ao contrário do que afirmou o agravante, não se afigura suficiente, para atendimento desse pressuposto específico de recorribilidade, a mera transcrição de ementas.*
>
> *Na espécie, não se desincumbiu o réu do ônus de realizar o necessário confronto analítico entre o acórdão recorrido e o julgado paradigma, o que inviabiliza o conhecimento do apelo pela divergência, a teor da Súmula 28 do TSE.*
>
> *Ademais, o recorrente sustenta que, ausente a identificação dos eleitores destinatários do pedido de votos, evidencia-se a atipicidade da conduta imputada, em face de elemento essencial do tipo, o que ensejaria a absolvição do réu.*
>
> *Todavia, conforme transcrição da decisão agravada, a Corte Regional Eleitoral assentou que* "o conjunto probatório revela – com a certeza necessária para a condenação criminal – a autoria e a materialidade do delito eleitoral em comento, notadamente por meio da prova testemunhal produzida em juízo" *(fl. 141), com a comprovação de que o réu estava distribuindo santinhos a eleitores no dia das eleições, nas imediações de local de votação.*
>
> *Diante dessas premissas, a revisão do entendimento das instâncias ordinárias, quanto à procedência da ação penal, exigiria novo exame do contexto fático-probatório, vedado nesta instância especial, a teor da Súmula 24 do TSE.*
>
> *Por essas razões e nos termos do art. 36, § 6º, do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral,* ***nego seguimento ao agravo interposto por Francisco Juraci Gonçalves Gomes.***

Reafirmo os fundamentos acima, ressaltando, por oportuno, que eles não foram sequer infirmados pelo agravante, que se limitou a relatar os fatos ocorridos e a reiterar teses defensivas expostas no recurso especial.

Incide, na espécie, a Súmula 26 do TSE.

Ainda que assim não fosse, o agravo não prosperaria.

No caso, o Tribunal Regional Eleitoral catarinense manteve a decisão de primeiro grau que julgou procedente a denúncia, por reconhecer o crime de boca de urna, previsto no art. 39, § 5º, II, da Lei 9.504/97.

O agravante reitera que se averiguou nulidade no processo, nos termos do art. 564, IV, do Código de Processo Penal, pois não houve cumprimento da obrigação da presença da assinatura de duas testemunhas estabelecida no art. 356, § 1º, do Código Eleitoral, relatado e lavrado unicamente pelo policial militar.

No ponto, anoto que tal matéria não foi debatida e decidida pelo TRE/SC, nem foram opostos embargos de declaração naquela instância, a evidenciar a falta de prequestionamento para o conhecimento do tema nesta instância especial.

E, ainda que assim não fosse, afirmei que *"eventual irregularidade na lavratura do termo circunstanciado não é apta a anular todo o processo penal, se, durante a instrução judicial, os fatos impugnados foram devidamente submetidos ao contraditório, e foi oportunizada a ampla defesa – respeitando-se, assim, o devido processo legal"* (fl. 177). Nesse sentido: "O termo circunstanciado, tal como o inquérito policial, tem caráter meramente informativo. Eventuais vícios ocorridos nesta fase não contaminam a ação penal. Precedentes do STF e do STJ' *(REspe 289-81, rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJE de 6.11.2009)"* (fl. 185).

Ademais, o agravante pleiteia a concessão de *habeas corpus*, alegando a caracterização do cerceamento de defesa no âmbito da ação penal, uma vez que ele não teria sido intimado para justificar sua ausência em audiência de instrução e julgamento nem cientificado da nova audiência designada.

Além disso, defende que, diante da ausência de apresentação do eleitor supostamente corrompido no termo circunstanciado, deveria ser reconhecida a atipicidade da conduta.

Sobre a questão alusiva ao cerceamento de defesa, a Corte de origem enfrentou tais argumentos suscitados pelo réu, nos seguintes termos (fls. 138-140):

> *Após o descumprimento das condições da suspensão condicional do processo e da revogação do benefício, este que foi aceito pelo réu na presença de advogado constituído (fl. 22), ambos foram intimados – o procurador pelo Diário Oficial de Justiça (fl. 34) e o acusado pessoalmente (fl. Fls. 36-37) – para apresentar resposta e arrolar testemunhas.*
>
> *Decorrido o prazo sem manifestação (fls. 35 e 38), os autos foram encaminhados à Defensoria Pública da União, que apresentou resposta à fl. 40.*
>
> *Foi realizada audiência de instrução e julgamento em 25.6.2015 (fl. 41), para a qual foram pessoalmente intimados o acusado (fls. 52 e*

53), o defensor público (fls. 54 e 55), e as três testemunhas comuns à acusação e à defesa (fls. 43, 45, 49, 50 e 51).

Conforme termo de audiência juntado (fl. 56), extraio que o réu e as testemunhas não compareceram àquela solenidade, tendo a Juíza Eleitoral designado nova data, para a qual o defensor público restou presencialmente intimado, e em cuja ocasião foram ouvidas as testemunhas (fl. 63).

Nesse contexto, o apelante alega cerceamento de defesa, por não ter sido pessoalmente intimado da segunda audiência, postulando o reconhecimento de nulidade do ato processual.

Não assiste razão ao recorrente.

O recorrente não apresentou qualquer justificativa para deixar de comparecer à primeira audiência de instrução e julgamento, para a qual foi pessoalmente intimado (fls. 52-53).

Nesse caso, a legislação processual penal autoriza o prosseguimento do feito sem a presença do réu, nos termos do art. 367 do Código de Processo Penal, verbis:

> Art. 367. O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo.

Conforme leciona Guilherme de Souza Nucci, a conduta desidiosa do réu demonstra falta de interesse em acompanhar a instrução probatória, decorrendo a desnecessidade de sua intimação para os atos seguintes:

> As hipóteses previstas neste artigo saão mais que razoáveis para o curso do processo, ainda que o réu dele não participe ativamente. A primeira delas diz respeito à citação (dando-lhe conhecimento da ação e chamando-o para o interrogatório) ou à intimação pessoal (comunicando-lhe e chamando-o para audiência ou outro ato), quando não houver comparecimento, sem apresentação de motivo justificado. Demonstra o seu desinteresse de acompanhar a instrução, não havendo razão para o juiz continuar insistindo para que compareça, afinal, é seu direito de audiência e não obrigação de estar presente – salvo motivo imperioso, como ocorre, por exemplo, quando há necessidade de reconhecimento ou para qualificação. (Código de Processo Penal Comentado. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, fl. 651 – grifei).

A ausência injustificada do acusado à primeira audiência demonstrou seu desinteresse de se autodefender no interrogatório, não havendo cerceamento de defesa ou nulidade do ato por falta de intimação para a segunda audiência, que só foi realizada em razão da ausência das testemunhas à primeira solenidade processual.

Por outro lado, importante destacar que o defensor público nomeado para defender o recorrente foi regularmente intimado e compareceu em ambas as audiências (fls. 56 e 63), garantindo o

pleno exercício da defesa técnica, em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

A propósito, cito o seguinte julgado do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais:

> "Ausência injustificada do acusado, regularmente citado, ao interrogatório e à audiência de instrução. Revelia. Nomeação de defensor dativo. Apresentação de defesa e alegações finais escritas pelo defensor. Observância ao contraditório e ampla defesa" (Recurso Criminal n. 1812007, Ac. n. 544, de 20.6.2007, Rel. Juiz Joaquim Herculano Rodrigues – Grifei).

Ademais, a defesa não arguiu cerceamento de defesa em audiência e nas alegações finais, vindo a suscitá-lo somente em sede recursal, sem demonstrar o efetivo prejuízo à sua defesa.

Tratando sobre o assunto em exame, o Supremo Tribunal Federal assentou que: "À luz da norma inscrita no art. 563 do CPP e da Súmula 523/STF, a jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que paira o reconhecimento de nulidade dos atos processuais, relativa ou absoluta exige-se a demonstração do efetivo prejuízo causado à parte (*pas de nulitté sans grief*). Precedentes." *(HC 104648, de 12.11.2013, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma – grifei).*

No mesmo sentido, transcrevo o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

> "Embora seja conveniente, não é obrigatória nem indispensável a presença do acusado para a validade do ato processual. Trata-se de nulidade relativa, que demanda a demonstração de concreto prejuízo."
>
> "As nulidades suscitadas pela parte agravante demanda a comprovação do efetivo prejuízo, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal. Vigora, no direito processual penal, o princípio *pás de nullité sans grief."*
>
> (AgRg na APn 702/AP, Rei. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/06/2016 – grifei)

Posto isso, inacolho a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa.

Vê-se, portanto, que apenas se reitera a argumentação sobre eventual nulidade, sem refutar o voto condutor do acórdão recorrido que afastou fundamentadamente tais alegações.

Ademais, consideradas as circunstâncias averiguadas, cito o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO RÉU.

> *VÍCIO NÃO ARGUIDO NA PRIMEIRA OPORTUNIDADE. PRECLUSÃO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO.*
>
> *1 – A jurisprudência desta Corte evoluiu para considerar que certas nulidades são passíveis de preclusão, nas hipóteses em que não arguidas na primeira oportunidade em que a defesa teve para se manifestar nos autos.*
>
> *2 – É assente que a presença do réu na audiência de instrução, conquanto conveniente, não é indispensável para a validade do ato, e, consubstanciando-se em nulidade relativa, necessita para a sua decretação da comprovação de efetivo prejuízo para a defesa, em observância ao princípio pas de* nullité sans grief, *disposto no artigo 563 do Código de Processo Penal (HC n. 103.963/SC, Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Quinta Turma, DJe 3/2/2012) (AgRg no HC 319.635/SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 10/09/2015).*
>
> *3 – A despeito, portanto, das alegações aventadas pelos impetrantes, não há como reconhecer, nesta via estreita do* habeas corpus, *a ocorrência de prejuízo causado ao réu, uma vez que, além de presente na audiência o advogado constituído, nada arguiu acerca do referido vício.*
>
> *4 –* Habeas corpus *não conhecido.*
>
> (HC 285.182/SP, rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJE de 16.5.2016.)

Quanto à arguida atipicidade da conduta, afirma-se apenas que não foi apresentado o eleitor coagido, quando da lavratura do termo circunstanciado. Todavia, a Corte de origem afirmou que ficou evidenciada a distribuição de material de propaganda eleitoral a eleitores no dia do primeiro turno da Eleição de 2012 (7 de outubro) nas imediações de local de votação, o que foi comprovado por meio do depoimento de eleitor que noticiou a ocorrência da prática de boca de urna, do policial militar e de outras provas constantes dos autos.

Para afastar a conclusão sobre a não configuração da autoridade e da materialidade do delito, seria indispensável uma incursão acurada do acervo fático-probatório, o que não é possível nos termos da Súmula 24/TSE.

Por essas razões, **voto no sentido de negar provimento ao agravo regimental interposto por Francisco Juraci Gonçalves Gomes.**

EXTRATO DA ATA

AgR-AI nº 8-09.2013.6.24.0013/SC. Relator: Ministro Henrique Neves da Silva. Agravante: Francisco Juraci Gonçalves Gomes (Advogada: Defensoria Pública da União). Agravado: Ministério Público Eleitoral.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Presidência do Ministro Luiz Fux. Presentes a Ministra Rosa Weber, os Ministros Luís Roberto Barroso, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Henrique Neves da Silva e Admar Gonzaga, e o Vice-Procurador-Geral Eleitoral, Nicolao Dino.

SESSÃO DE 8.11.2016.