



JUSTIÇA ELEITORAL
TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO SUL

PROCESSO: RC 8-91.2016.6.21.0011
PROCEDÊNCIA: SÃO SEBASTIÃO DO CAÍ
RECORRENTE(S) : JOEL DA SILVA MONTEIRO.
RECORRIDO(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL

Recurso Criminal. Delito de boca de urna. Art. 39, § 5º, inc. II, da Lei n. 9.504/97. Eleições 2012.

Irresignação contra sentença que julgou procedente a denúncia e condenou o réu pela prática do delito descrito no art. 39, § 5º, inc. II, da Lei n. 9.504/97.

Porte de bandeira no dia do pleito. O art. 39-A, caput, da Lei n. 9.504/97 permite, no dia das eleições, a manifestação individual e silenciosa da preferência do eleitor por meio de bandeiras, broches, dísticos e adesivos. Conduta impugnada subsumida na exceção legal, expressamente ressalvada pela lei.

Absolvição do acusado, com fulcro no art. 386, inc. III do Código de Processo Penal.

Provimento.

A C Ó R D Ã O

Vistos, etc.

ACORDAM os juízes do Tribunal Regional Eleitoral, por maioria, ouvida a Procuradoria Regional Eleitoral, dar provimento ao recurso, a fim de absolver JOEL DA SILVA MONTEIRO, com fulcro no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal., vencidos a Dra. Gisele Anne Vieira de Azambuja e o Des. Carlos Cini Marchionatti.

Sala de Sessões do Tribunal Regional Eleitoral.

Porto Alegre, 08 de novembro de 2016.

DES. FEDERAL PAULO AFONSO BRUM VAZ,
Relator.



Assinado eletronicamente conforme Lei 11.419/2006
Em: 08/11/2016 - 18:21
Por: Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz
Original em: <http://docs.tre-rs.jus.br>
Chave: deeebdc02c6f70ca3ce2e9b26294f2c2

TRE-RS



JUSTIÇA ELEITORAL
TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO SUL

PROCESSO: RC 8-91.2016.6.21.0011
PROCEDÊNCIA: SÃO SEBASTIÃO DO CAÍ
RECORRENTE(S) : JOEL DA SILVA MONTEIRO.
RECORRIDO(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL
RELATOR: DES. FEDERAL PAULO AFONSO BRUM VAZ
SESSÃO DE 08-11-2016

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso criminal interposto por JOEL DA SILVA MONTEIRO em face da sentença do Juízo Eleitoral da 11ª Zona – São Sebastião do Caí – que julgou procedente a denúncia oferecida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL para o fim de condená-lo à pena de seis meses de detenção e 10 dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo, convertida em prestação de serviços à comunidade, pela prática do delito de “boca de urna” descrito no art. 39, § 5º, inc. II, da Lei n. 9.504/97.

De acordo com a denúncia (fl. 02-03), CHARLES ALEXANDER DA SILVA FLORES, JOEL DA SILVA MONTEIRO e SILVANO BASTIÃO DA SILVA realizaram propaganda de boca de urna, empunhando, cada um, uma bandeira de propaganda política do partido PMDB, conforme auto de apreensão incluso. Na ocasião, os denunciados foram abordados por policiais militares enquanto faziam 'bandeiraço' para o partido do candidato a prefeito Darci José Lauerman, no endereço acima mencionado. Restaram apreendidas sete bandeiras do partido PMDB, consoante auto de apreensão das fls. 09.

A denúncia foi recebida em 14.2.2013 (fl. 85).

Os réus aceitaram a proposta de suspensão condicional do processo oferecida em audiência (fls. 107 e 108).

Foi certificado que o ora recorrente, Joel da Silva Monteiro, descumpriu os termos da proposta, pois deixou de realizar comparecimento bimestral em juízo (fl. 112).

O juízo *a quo* determinou a cisão do feito e a intimação do recorrente e de seu defensor para justificarem o descumprimento dos termos estabelecidos para a suspensão condicional do processo (fl. 126).



JUSTIÇA ELEITORAL
TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO SUL

Réu e defesa técnica foram devidamente intimados e não se manifestaram, restando revogada o sursis processual (fl. 124), oportunidade em que o juízo aprouzou audiência de instrução para oitiva das testemunhas.

Instruído o feito e interrogado o réu, foi aberta a fase de alegações finais, sobrevindo a juntada da manifestação da acusação (fls. 167-168v.).

Conforme certidão cartorária, a defesa deixou transcorrer *in albis* o prazo para razões finais (fl. 170).

Sobreveio sentença condenatória que consignou a procedência da denúncia, nos seguintes termos: *Com efeito, o relato do policial militar, servidor detentor de fé pública, mostrou-se firme e coerente no sentido da existência de o 'boca de urna' através do 'bandeirazo' realizado. Importa referir que a expressão boca de urna, coloquialmente utilizada, foi introduzida pela Lei 11.300/06 e deve ser entendida como qualquer manifestação tendente a influenciar a vontade do eleitor no dia do pleito, não sendo necessário, para tanto, o resultado* (fls. 174-176v.).

Contra a decisão o réu interpôs recurso criminal, alegando, em síntese, a atipicidade da conduta.

Nesta instância, o feito foi distribuído à relatoria do Dr. Leonardo Tricot Saldanha, sendo anulada a sentença por ausência de apresentação de alegações finais, em acórdão de 16.06.2016 (fls. 200-207).

O feito retornou ao 1º grau.

Oferecidas alegações finais (fls. 211-215).

Nova sentença prolatada às fls. 217-219 com a condenação do recorrente nos mesmos termos da anterior.

O réu apresenta recurso sustentando a atipicidade da conduta, pois o ato de empunhar a bandeira de partido político não constitui crime eleitoral. Afirma que não pediu votos a candidato algum e que não realizou propaganda de boca de urna. Diz que nem toda manifestação político-eleitoral, no dia da eleição, é vedada pelo art. 39, § 5º, da Lei 9.504/97. Refere que deve ser feita uma interpretação sistemática da Lei das Eleições, que permite, expressamente, em seu art. 39-A, a manifestação revelada pelo uso de bandeiras. Aduz que passou o dia todo caminhando e empunhando sua bandeira, não realizando bandeirazo. Alega



JUSTIÇA ELEITORAL
TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO SUL

que na hora em que foi abordado, em frente a Loja Colombo, no centro de São Sebastião do Caí, distante de local de votação, estava se preparando para tomar um refrigerante grande que dividiria com seus amigos, na hora do almoço. Sustenta que o acervo probatório não aponta no sentido de que tenha praticado o crime de boca de urna. Ao contrário, as testemunhas confirmaram que não estavam balançando as bandeiras, apenas se reunindo, e se algumas bandeiras estavam abertas, não estavam chacoalhando, o que não caracteriza crime. Assim, porque não estavam arregimentando eleitores nem realizando boca de urna, pede sua absolvição.

Contrarrazões do Ministério Público Eleitoral.

Nesta instância, a Procuradoria Regional Eleitoral manifestou-se pelo desprovimento do recurso e requereu a imediata execução provisória da condenação.

É o relatório.

À doutra revisão.

VOTOS

Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz (relator):

O recurso é tempestivo e dele conheço.

Por ocasião da prolação do acórdão de Relatoria do eminente Dr. Leonardo Tricot Saldanha, este proferiu voto quanto à matéria de fundo, alterando-o, no entanto, para reconhecer a nulidade da sentença, diante da ausência de alegações finais.

Pois bem.

O feito retorna a esta Corte, sendo a mim distribuído.

Compulsando o processo, especialmente o que constou na denúncia e as provas produzidas, cheguei a mesma conclusão do Dr. Leonardo Tricot Saldanha.

Assim, a fim de evitar desnecessária tautologia, peço a máxima vênia para fazer daquelas razões vertidas no acórdão das fls. 200-2017 a fundamentação do meu voto, no sentido da absoluta atipia da conduta do recorrente:

A denúncia afirma que o recorrente praticou o delito de boca de urna, previsto no art. 39, § 5º, inciso II, da Lei n. 9.504/97:



JUSTIÇA ELEITORAL
TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO SUL

Art. 39. A realização de qualquer ato de propaganda partidária ou eleitoral, em recinto aberto ou fechado, não depende de licença da polícia.

(...)

§ 5º Constituem crimes, no dia da eleição, puníveis com detenção, de seis meses a um ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa no valor de cinco mil a quinze mil UFIR:

I - o uso de alto-falantes e amplificadores de som ou a promoção de comício ou carreata;

II - a arregimentação de eleitor ou a propaganda de boca de urna; (Redação dada pela Lei nº 11.300, de 2006)

III - a divulgação de qualquer espécie de propaganda de partidos políticos ou de seus candidatos.

Alega-se que, no dia da eleição, o recorrente realizou “bandeiraço” e “propaganda de boca de urna”, pois estava “empunhando bandeira de propaganda política do partido PMDB” em conjunto com outras pessoas que também portavam bandeiras.

O termo de ocorrência da fl. 06 aponta que, no local da abordagem policial, havia “aglomeração de pessoas”, o recorrente e mais 6, realizando “bandeiraço”.

Durante a instrução, foram ouvidas três testemunhas.

O policial militar que realizou a prisão em flagrante, Anderson Gomes Trindade, na audiência de instrução (fl. 141), afirmou que o recorrente estava em uma aglomeração de pessoas, reunido, fazendo “bandeiraço”. Questionado se, no momento da abordagem, o recorrente estava “balançando a bandeira”, o policial respondeu “Não, eles estavam se reunindo”. Indagado sobre estarem chacoalhando as bandeiras, a testemunha referiu “Não, estavam algumas abertas”.

Pedro Pegoraro disse, em juízo, que na data do fato serviu lanche ao recorrente e a outras 3 ou 4 pessoas que estavam realizando bandeiraço, e negou que eles tenham realizado boca de urna (fls. 143-145).

Sandro Teixeira Branco, por sua vez, afirmou que estava no local em que o recorrente foi abordado pela polícia e afirmou que, na ocasião, ele estava parado, sem sacudir a bandeira (fls. 159-161).

Da prova dos autos, conclui-se que, no dia da eleição, o recorrente estava, ao lado de outras 6 pessoas, portanto uma bandeira partidária no centro da Cidade de São Sebastião do Caí.

A definição do tipo penal eleitoral denominado boca de urna, não está na Lei das Eleições. De acordo com o TSE, o crime de ‘boca de urna’ caracteriza-se pela “distribuição de material de propaganda política, inclusive volantes e outros impressos” (Ac. nº 45, de 13.5.2003, rel. Min. Carlos Velloso).

Confirmam-se os precedentes que consignam a definição do tipo:

Consulta. ‘Boca-de-urna’ e ‘captação de sufrágio’. Distinção. 1. A ‘boca-de-



JUSTIÇA ELEITORAL
TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO SUL

urna' é caracterizada pela coação, que inibe a livre escolha do eleitor (Lei nº 9.504/97, art. 39, § 5º). 2. A 'captação de sufrágio' constitui oferecimento ou promessa de vantagem ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto (Lei nº 9.504/97, art. 41-A, acrescido pela Lei nº 9.840/99). Consulta respondida negativamente.

(Res. n. 20.531, de 14.12.99, rel. Min. Maurício Corrêa.)

Habeas corpus. Trancamento da ação penal. Crime. Art. 39, § 5º, II, da Lei nº 9.504/97. Distribuição de propaganda política no dia da eleição. Boca-de-urna. Inexistência. Atipicidade. 1. A entrega de material de campanha a cabos eleitorais, no interior de residência, não se enquadra no crime capitulado no art. 39, § 5º, II, da Lei nº 9.504/97, delito que pune a distribuição de propaganda a eleitor, no dia da votação, com o intuito de influir na formação de sua vontade. 2. Na Res.-TSE nº 21.235, este Tribunal Superior esclareceu que a proibição constante do art. 6º da Res.-TSE nº 21.224 não se aplica à entrega ou à distribuição, a quem o solicite, de material de propaganda eleitoral no interior das sedes dos partidos políticos e dos comitês eleitorais. Concessão da ordem.

(Ac. n. 474, de 20.11.2003, rel. Min. Fernando Neves).

[...]. Penal. Crime eleitoral. Art. 39, § 5º, III, da Lei nº 9.504/97. Propaganda no dia da eleição. Dolo específico. [...]. Tipicidade material. Bem jurídico tutelado. Livre exercício do voto. [...] 1. A matéria referente à suposta atipicidade por ausência do dolo específico de influenciar eleitores na conduta de arremessar santinhos em via pública não foi examinada pela Corte a quo, carecendo, assim, do indispensável prequestionamento. Incidência das Súmulas nos 282 e 356 do STF. 2. O princípio da insignificância não pode ser aplicado ao crime do art. 39, § 5º, III, da Lei nº 9.504/97, porque o bem tutelado é o livre exercício do voto e a lisura do processo de obtenção do voto. Precedente. 3. Ademais, o Tribunal de origem asseverou que 'no presente caso, considerado o local em que foi praticada a conduta delituosa; a quantidade de material lançado em via pública; bem como o material que ainda se encontrava em poder do recorrente [...], restam evidentes a gravidade e o inegável dano à sociedade' [...], o que corrobora para o reconhecimento da tipicidade material da conduta. [...] (Ac. de 3.9.2014 no AgR-AI n. 498122, rel. Min. Luciana Lóssio.)

A Corte Superior Eleitoral defende que a proibição "não se aplica à entrega ou à distribuição, a quem o solicite, de material de propaganda eleitoral no interior das sedes dos partidos políticos e comitês eleitorais" (Res. nº 21.235, de 5.10.2002, rel. Min. Fernando Neves).

Com base nesses elementos, tem-se que o fato imputado ao recorrente "portar bandeira partidária juntamente com outras pessoas, na data da eleição, na forma de aglomeração" não caracteriza o delito de boca de urna.

Além disso, nem toda manifestação político-eleitoral, na data da eleição, é vedada pelo art. 39, § 5º, da Lei nº 9.504/97, o qual, por tratar de crime, deve



JUSTIÇA ELEITORAL
TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO SUL

ser interpretado estritamente.

Nessa linha de raciocínio, a verificação da tipicidade delitiva deve ser realizada com a interpretação sistemática da Lei das Eleições, merecendo serem consideradas as disposições contidas no seu art. 39-A, dispositivo que expressamente permite o uso de bandeiras no dia do pleito.

O § 1º do art. 39-A da Lei n. 9.504/97, por sua vez, proíbe aglomeração de pessoas portando vestuário padronizado, bem como os instrumentos de propaganda referidos no caput, de modo a caracterizar manifestação coletiva, com ou sem utilização de veículos.

Transcrevo o artigo em questão:

Art. 39-A. É permitida, no dia das eleições, a manifestação individual e silenciosa da preferência do eleitor por partido político, coligação ou candidato, revelada exclusivamente pelo uso de bandeiras, broches, dísticos e adesivos. (Incluído pela Lei n. 12.034, de 2009.)

§ 1º É vedada, no dia do pleito, até o término do horário de votação, a aglomeração de pessoas portando vestuário padronizado, bem como os instrumentos de propaganda referidos no caput, de modo a caracterizar manifestação coletiva, com ou sem utilização de veículos. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009.)

§ 2º No recinto das seções eleitorais e juntas apuradoras, é proibido aos servidores da Justiça Eleitoral, aos mesários e aos escrutinadores o uso de vestuário ou objeto que contenha qualquer propaganda de partido político, de coligação ou de candidato. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009.)

§ 3º Aos fiscais partidários, nos trabalhos de votação, só é permitido que, em seus crachás, constem o nome e a sigla do partido político ou coligação a que sirvam, vedada a padronização do vestuário. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009.)

§ 4º No dia do pleito, serão afixadas cópias deste artigo em lugares visíveis nas partes interna e externa das seções eleitorais.

Da leitura conjunta do caput e do § 1º do art. 39-A da Lei das Eleições, conclui-se que a aglomeração de pessoas, portando bandeiras, no dia da votação, é prática vedada. Porém, a lei não prevê o fato como infração criminal, nem determina sancionamento penal em caso de descumprimento da proibição.

Assim, o fato, além de não caracterizar boca de urna, não configura crime eleitoral.

É caso de atipicidade delitiva.

Nesse sentido, os seguintes precedentes deste TRE e de outros Regionais:

Habeas corpus com pedido de liminar. Alegada divulgação ilegal de propaganda política efetuada por eleitores na data do pleito, mediante uso de bandeira. Impetração objetivando trancamento de procedimento investigatório por ausência de justa causa. Liminar deferida, suspendendo o



JUSTIÇA ELEITORAL
TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO SUL

processamento do feito e a realização de audiência designada para proposta de transação penal.

Existência de permissivo legal para a prática da conduta impugnada, a teor do disposto no artigo 39-A, caput, da Lei n. 9.504/97. Atipicidade dos fatos narrados. Reconhecimento da falta de justa causa para a persecução criminal.

Ordem concedida.

(TRE-RS, Habeas Corpus n. 6181, Acórdão de 24.5.2011, Relator DR. ARTUR DOS SANTOS E ALMEIDA, Publicação: DEJERS - Diário de Justiça Eletrônico do TRE-RS, Tomo 090, Data 31.5.2011, Página 2.)

Recurso criminal. Crime eleitoral. Propaganda eleitoral. Dia das eleições. Necessidade de divulgação da candidatura. Circulação do candidato e duas pessoas com vestimentas parecidas. Aglomeração. Não configuração. Cumprimento a eleitores. Irrelevante penal.

(TRE-RO, RECURSO CRIMINAL n. 7539, Acórdão n. 363/2013 de 27.11.2013, Relator SANSÃO SALDANHA, Publicação: DJE/TRE-RO - Diário Eletrônico da Justiça Eleitoral, Tomo 224, Data 4.12.2013, Página 16/17.)

HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA OCORRIDO NO DIA DA ELEIÇÃO. ALEGADA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AGLOMERAÇÃO DE PESSOAS. FATO ATÍPICO. CONCESSÃO DA ORDEM.

A consumação do crime de desobediência previsto no artigo 347 do CE exige que o agente recuse cumprimento a diligências, ordens ou instruções emanadas pela Justiça Eleitoral, as quais, sequer, a denúncia fez referência.

Ademais, o simples fato de o impetrante ter participado de aglomerado de pessoas no dia do pleito não constitui crime eleitoral, a teor do artigo 39-A, §1º da Lei n. 9.504/97.

Consoante a jurisprudência do TSE, o trancamento da ação penal na via de habeas corpus é medida excepcional, somente admitida quando constatada, de plano, a imputação de fato atípico, a ausência de indícios de autoria e de materialidade do delito e a extinção da punibilidade. Ordem concedida ante a atipicidade da conduta.

(TRE-PB, HABEAS CORPUS n. 69625, Acórdão n. 1185 de 25.9.2014, Relator EDUARDO JOSÉ DE CARVALHO SOARES, Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Data 29.9.2014.)

Permito-me, ainda, agregar algumas considerações ao alentado voto do Dr. Leonardo Tricot Saldanha.

A denúncia imputou ao recorrente a prática de boca de urna porque estaria



JUSTIÇA ELEITORAL
TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO SUL

empunhando bandeira de propaganda política do PMDB, em companhia de outros denunciados, fazendo 'bandeiraço' para o partido do candidato a prefeito Darci José Lauerman, enquadrando a conduta no inc. II, § 5º, do art. 39 da Lei 9.504/97.

Esse tipo penal veda duas condutas: arregimentação ou boca de urna.

Para ser configurada a arregimentação é necessária prova de aliciamento ou coação, tendentes a influir na vontade do eleitor. Deve haver uma abordagem direcionada ao eleitor, sugerindo-lhe uma determinada opção eleitoral ou partidária.

Na espécie, contudo, diante do princípio da congruência que deve nortear o pedido com a sentença, não houve imputação dessa conduta na peça acusatória, mas sim, o crime de boca de urna. Não se cogita, portanto, da conduta de arregimentação.

Ainda que não fosse essa a conclusão, veja-se que a prova produzida, em nenhum momento, refere que o recorrente tenha abordado algum eleitor, tentando influir sua escolha, sua vontade eleitoral, elementos imprescindíveis à configuração dessa conduta de arregimentar.

Quanto à conduta de boca de urna descrita no inc. II, § 5º, do art. 39 da Lei 9.504/97, a doutrina de Rodrigo López Zilio (in *Crimes Eleitorais*, Ed. Jus Podium, p. 230) refere que esse tipo penal é *indeterminado e excessivamente genérico, além de adotar nomenclatura que não observa o vernáculo adequado. Na verdade a expressão boca de urna evoca uma época em que a propaganda eleitoral sofria determinadas limitações em face à proximidade da seção eleitoral (ou seja, quando a propaganda era realizada na 'boca da urna')*. Neste contexto, constata-se que a criminalização da propaganda de boca de urna, em uma ponta, é *inócua – porque toda e qualquer divulgação de propaganda eleitoral é punida na forma do inciso III do § 5º do art. 39 da Lei n. 9.504/97 – e, em outra ponta, é vazia – porque se houver abordagem nessa 'propaganda de boca de urna' o tipo passa a ser o do inciso II do § 5º do art. 39 da Lei 9.504/97*.

Assim, como a boca de urna propriamente dita apenas se aperfeiçoa com a divulgação de qualquer espécie de propaganda de partidos políticos ou de seus candidatos (inc. III, § 5º, do art. 39 da Lei 9.504/97) e ao recorrente não foi imputada essa conduta descrita nesse tipo penal, inequívoca a impossibilidade de condenação do recorrente por boca de urna.



JUSTIÇA ELEITORAL
TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO SUL

Ainda poderia se argumentar que houve divulgação de propaganda por meio das aludidas bandeiras.

Além do óbice específico de que essa conduta se amoldaria a tipo penal não contido na denúncia, há outro impedimento de ordem sistemática.

Isso porque o art. 39-A, *caput*, da Lei 9.504/97 permite, no dia das eleições, a manifestação individual e silenciosa da preferência do eleitor por meio de **bandeiras**, broches, dísticos e adesivos.

Logo, a conduta do recorrente estaria subsumida na exceção legal, expressamente ressalvada pela lei.

Portanto, quer porque o recorrente não incidiu nas condutas tipificadas pelo inc. II, § 5º, do art. 39 da Lei 9.504/97, quer porque lhe era permitido portar bandeira no dia da eleição e não foi denunciado pelo tipo penal previsto no inc. III, § 5º, do art. 39 da Lei 9.504/97, a absolvição do recorrente é medida que se impõe.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO do recurso interposto, absolvendo o acusado, com fulcro nos 386, inc. III, do Código de Processo Penal.

Dr. Jamil Andraus Hanna Bannura:

Acompanho o eminente relator.

Dra. Gisele Anne Vieira de Azambuja:

Eminentes colegas:

Peço redobradas vênias para divergir do eminente relator, pois entendo que a sentença singular merece ser mantida por seus próprios fundamentos, visto que o conjunto probatório reunido nos autos, na minha compreensão, demonstrou plenamente a consumação do delito em sua integralidade.

Vejamos.

A sentença condenatória julgou procedente a denúncia por entender que o conjunto probatório logrou êxito ao comprovar a prática, pelo réu, da conduta delituosa de arregimentação de eleitor ou a propaganda de boca de urna tipificada no inciso II do § 5º do art. 39 da Lei n. 9.504/97:



JUSTIÇA ELEITORAL
TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO SUL

Art. 39. A realização de qualquer ato de propaganda partidária ou eleitoral, em recinto aberto ou fechado, não depende de licença da polícia.

[...]

§ 5º Constituem crimes, no dia da eleição, puníveis com detenção, de seis meses a um ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa no valor de cinco mil a quinze mil UFIR:

[...]

II - a arregimentação de eleitor ou a propaganda de boca de urna; [...]

(Grifei.)

Todavia, entendo que o fato narrado na denúncia em verdade subsume-se ao tipo penal disposto no inciso III do § 5º do art. 39 da Lei 9.504/97:

Art. 39. A realização de qualquer ato de propaganda partidária ou eleitoral, em recinto aberto ou fechado, não depende de licença da polícia.

[...]

§ 5º Constituem crimes, no dia da eleição, puníveis com detenção, de seis meses a um ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa no valor de cinco mil a quinze mil UFIR:

[...]

III – a divulgação de qualquer espécie de propaganda de partidos políticos ou de seus candidatos. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)

(Grifei.)

Trata-se de norma penal cujo bem jurídico tutelado é o livre exercício do voto. Busca, portanto, garantir que o eleitor tenha assegurada a liberdade para exercer em sua plenitude o direito de voto, isento de qualquer tipo de influência. Por isso a vedação da propaganda eleitoral na data do pleito.

É crime formal, cuja consumação não requer a ocorrência do resultado ilícito pretendido: a efetiva influência na vontade do eleitor, maculando-a, de modo que ele vote no partido ou candidato propagandeado pelo autor do delito.

Assim, basta que o agente realize divulgação de qualquer espécie de propaganda de partidos políticos ou de seus candidatos no dia do pleito para que o crime seja consumado.

Desse modo, afasto a alegação de atipicidade da conduta e procedo à readequação da capitulação penal para o inciso III do § 5º do art. 39 da Lei 9.504/97, pois



JUSTIÇA ELEITORAL
TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO SUL

entendo que o delito cometido pelo recorrente enquadra-se na vedação de divulgação de propaganda de partido político no dia da eleição.

Registro que a recapitulação é plenamente viável nesta seara recursal, já que também é possível a aplicação da *emendatio libelli* no segundo grau de jurisdição, nos termos do artigo 383 do Código de Processo Penal, pois o réu se defende de fatos e não da definição jurídica.

Nesse sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. EMENDATIO LIBELLI NO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. POSSIBILIDADE. MERA SUBSUNÇÃO DOS FATOS NARRADOS À NORMA DE INCIDÊNCIA. CRIME DE TORTURA. INCONSISTÊNCIA PROBATÓRIA. INOCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. PREJUÍZO AO EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA. IMPROCEDÊNCIA. CONDENAÇÃO CONTRÁRIA AOS LAUDOS PERICIAIS OFICIAIS. JUSTIFICATIVA IDÔNEA. REGRA DO CONCURSO MATERIAL. APLICABILIDADE. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. PERDA DE PATENTE E DO POSTO. CONSEQÜÊNCIA DA CONDENAÇÃO. AUSENTE ILEGALIDADE. ORDEM DENEGADA.

- 1. Inexiste vedação à realização da *emendatio libelli* no segundo grau de jurisdição, pois se trata de simples redefinição jurídica dos fatos narrados na denúncia. Art. 383 do Código de Processo Penal. O réu se defende dos fatos, e não da definição jurídica a eles atribuída.** Ademais, tratou-se, apenas, da incidência de circunstância agravante, que veio a ser requerida por ocasião das alegações finais do Ministério Público.
2. Embora vedado o revolvimento probatório na estreita via do habeas corpus, seria possível reconhecer, no bojo do writ, uma eventual nulidade decorrente condenação não lastreada em quaisquer provas dos autos. Não é, contudo, o caso dos autos, em que o julgamento está lastreado em prova testemunhal e documental, fartamente indicada no acórdão condenatório.
3. A condenação em segundo grau de jurisdição não pode servir de fundamento para a alegação de ofensa ao princípio da ampla defesa. Se, no primeiro grau, o paciente foi absolvido por falta de provas, é porque houve plena oportunidade para se defender, militando a sentença, inicialmente, a favor do seu status libertatis no julgamento pelo Tribunal ad quem. Ademais, trata-se de insurgência contra lei em tese, pois o ordenamento jurídico prevê a possibilidade de interposição de apelação pelo Ministério Público contra a sentença absolutória.
4. Os laudos periciais não foram acolhidos pelo Tribunal de Justiça por se apresentarem precários e lacônicos, sem análise substancial das lesões provocadas nas vítimas da tortura, uma das quais faleceu poucos dias depois dos fatos. Improriedade do pedido de realização de nova instrução processual no segundo grau de jurisdição. Excepcionalidade da norma do art. 616 do Código de Processo Penal, não aplicável à hipótese.



JUSTIÇA ELEITORAL
TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO SUL

5. Não houve erro na aplicação da regra do concurso material de crimes. Ainda que se entenda ter havido uma única conduta, está clara a existência de desígnios autônomos, razão pela qual incidiria a parte final do art. 70 do Código Penal.

6. O Tribunal de Justiça local tem competência para decretar, como consequência da condenação, a perda da patente e do posto de oficial da Polícia Militar, tal como previsto no art. 1º, § 5º, da Lei de Tortura (Lei n. 9.455/97). Não se trata de hipótese de crime militar.

7. Ordem denegada.

(STF - HC 92181 MG – Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 03.06.2008, Publicação: DJe-142 DIVULG 31.07.2008 PUBLIC 01-08-2008 EMENT VOL-02326-03 PP-00567 RT v. 97, n. 877, 2008, p. 508-514.) (Grifei.)

E no mesmo norte segue a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. ALTERAÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO DO DELITO. HIPÓTESE DE EMENDATIO LIBELLI. ART. 383 DO CPP. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA.

I - O réu se defende dos fatos que são descritos na peça acusatória e não da capitulação jurídica dada na denúncia.

II - Assim sendo, a adequação típica pode ser alterada tanto pela sentença quanto em segundo grau, via emendatio libelli.

III - Mesmo havendo recurso exclusivo da defesa, não causa prejuízos ao réu o fato de o Tribunal adequar a capitulação para o delito de roubo majorado tentado, tendo o réu sido condenado em primeira instância por roubo majorado consumado.

Recurso provido.

(STJ - REsp1000581/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21.08.2008, DJe 20.10.2008.) (Grifei.)

Lembro, ainda, que não haverá nenhum prejuízo quanto à aplicação da pena, visto que ambos os tipos penais trazem idêntica previsão sancionatória, ou seja, *detenção, de seis meses a um ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa no valor de cinco mil a quinze mil UFIR.*

De igual modo, adianto que a readequação não resultará no agravamento da pena, respeitando o que prevê o art. 617 do CPP:

Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto



JUSTIÇA ELEITORAL
TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO SUL

nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.

Portanto, procedo à readequação da capitulação penal para o inciso III do § 5º do art. 39 da Lei 9.504/97.

Prossigo na análise da irresignação.

A materialidade do fato restou comprovada por meio da ocorrência policial (fls. 05-10), pelo auto de apreensão (fl. 11) e pela prova testemunhal (fls. 141-145 e 159-165).

A autoria foi igualmente corroborada pelo conjunto probatório, em especial pelos testemunhos colhidos na instrução do feito.

Na instrução restou comprovado que o policial militar Anderson Gomes Trindade, ouvido em juízo como testemunha (fls. 141-142), advertiu um grupo de pessoas aglomeradas na esquina das Lojas Colombo, no dia 07.10.2012, data da eleição, sobre o delito de boca de urna. O referido policial solicitou que se dispersassem e não mais se reunissem no referido local. Pouco tempo depois recebeu denúncia de que o grupo permanecia no local fazendo “bandeiraço”. Ainda segundo o militar, alguns estavam chacoalhando as bandeiras, outros portavam-nas enroladas.

O grupo composto por dez pessoas, oito adultos e dois adolescentes, foi então conduzido até a Delegacia de Polícia (fls. 06-09), sendo o material de propaganda apreendido: 07 bandeiras amarelas estampando o número 15, do PMDB, e 03 bandeiras de cor azul ostentando o número 11, do PP (fls. 10-11).

Por sua vez, ouvido em juízo na condição de testemunha da defesa (fls. 143-145), Pedro Pegoraro informou que era responsável por servir lanches ao grupo que estava em frente às Lojas Colombo. Afirmou que o grupo integrado pelo acusado fazia “bandeiraço” no dia da eleição e que haviam combinado se encontrar ao meio-dia em frente ao referido estabelecimento comercial.

Também ouvido em juízo, na condição de testemunha da defesa (fls. 159-162), Sandro Teixeira Branco informou que trabalhou para o PMDB (15) durante as eleições de 2012. Esclareceu que sua função tinha relação com propaganda, bandeiras, faixas. Afirmou que, perto do meio-dia de 07.10.2012, encontrou o grupo do qual participava o acusado, em frente às Lojas Colombo. Explicou que naquele momento havia ido até o local para trocar as



JUSTIÇA ELEITORAL
TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO SUL

bandeiras que estavam estragadas, levando consigo uma grampeadeira para os reparos. Outras trocava por novas. Afirmou que sabia que o grupo estava naquele local, pois havia sido avisado por Pedro Pegoraro. Disse que chegou ao local “quase junto com a Brigada”, mas que o grupo não estava fazendo “bandeiraço”, as bandeiras estavam paradas. Informou que naquela data, no período da manhã, o grupo estava caminhando nas quadras do centro sacudindo as bandeiras. Não os viu parados em um único local. Perguntado pela juíza sobre os termos da combinação para o dia da eleição, disse que achava que o grupo deveria ficar circulando pela cidade com as bandeiras, não podendo ficar próximo aos locais de votação, mas esclareceu que sua atribuição “era só deixar o material em dia”, se faltasse algo ele “entregava pro pessoal”. A combinação de como o grupo iria proceder naquele dia não era com ele.

Por fim, interrogado em juízo (fls. 163-165), o acusado Joel da Silva Monteiro negou a autoria do crime. Informou que na data do fato passou o dia caminhando pelas ruas da cidade de São Sebastião do Caí, empunhando a bandeira, mas que não fez “bandeiraço”. Esclareceu que, quando da abordagem policial, estava junto de amigos, com as bandeiras enroladas, na frente das Lojas Colombo, distante do local de votação, reunido para dividir um refrigerante grande, comprado para acompanhar o almoço.

Nota-se, portanto, que restou comprovada pelo conjunto probatório, em especial pela prova testemunhal, a autoria do delito.

O relato do policial militar Anderson Gomes Trindade, testemunha presencial dos fatos, esclarece que o recorrente foi flagrado realizando divulgação de propaganda eleitoral por meio de “bandeiraço”, no dia da eleição, o que configura o crime do art. 39, § 5º, III, da Lei n. 9.504/97 – divulgação de qualquer espécie de propaganda de partidos políticos ou de seus candidatos no dia da eleição.

Vale registrar que o testemunho do policial é claro e coerente, não havendo qualquer motivo que coloque em dúvida sua idoneidade ou sob suspeita a conduta daquele servidor da corporação militar. Lembro também que, além de inexistir impedimento de figurar como testemunha no feito, a defesa nada trouxe a denotar mácula no relato ofertado. Próprio, portanto, à construção do convencimento.

Além disso, das informações trazidas pelas testemunhas de defesa Pedro



JUSTIÇA ELEITORAL
TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO SUL

Pegoraro e Sandro Teixeira Branco, é possível extrair a conclusão de que havia uma estrutura organizada de propaganda executada pelos envolvidos no dia da eleição. Pedro entregava os lanches àqueles que circulavam com as bandeiras. Sandro, por sua vez, trabalhando em prol do PMDB, fornecia apoio material, consertando bandeiras estragadas utilizadas pelo grupo e trocando as eventualmente inutilizadas por novas que levava consigo.

Assim, é possível notar que o grupo fazia parte de uma organização maior, cujo objetivo era, de fato, fazer propaganda no dia da eleição – o que é vedado pela lei eleitoral.

Aliás, apenas a título informativo, o PMDB foi o grande vencedor daquelas eleições municipais, elegendo o prefeito e cinco dos nove vereadores do Município de São Sebastião do Cai.

Ademais, todas as testemunhas reconheceram o acusado como um dos participantes do grupo, o que corrobora com a conclusão pela autoria do delito.

Ressalto que o fato sob análise não se enquadra no permissivo disposto no § 1º do art. 39-A da Lei n. 9.504/97, o qual possibilita a manifestação individual e silenciosa do eleitor por partido político, coligação ou candidato, revelada exclusivamente pelo uso de bandeiras, broches, dísticos e adesivos.

A situação aqui analisada, consistente em aglomeração de integrantes de partido político fazendo o chamado “bandeiraço”, devidamente estruturados e auxiliados com lanches fornecidos por pessoa contratada pelo partido e supridos com reposição de materiais publicitários (bandeiras) fornecidos por pessoal da agremiação partidária na data do pleito, configura divulgação eleitoral de propaganda partidária no dia da eleição, conduta tipificada como crime eleitoral pelo art. 39, § 5º, inciso III, da Lei n. 9.504/97.

Assim, o conjunto probatório trazido ao processo mostrou-se suficiente à conclusão pela ocorrência do crime, restando comprovada a autoria e a materialidade do delito, nos termos da fundamentação posta na sentença recorrida.

Portanto, na ausência de qualquer causa excludente da tipicidade, antijuridicidade ou de culpabilidade, a manutenção da condenação deve prevalecer nos termos postos pelo juízo originário, inclusive em relação à dosimetria da pena.



JUSTIÇA ELEITORAL
TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO SUL

Em face do exposto, **VOTO** pelo **desprovimento** do recurso.
É como voto, Senhora Presidente.

Dr. Silvio Ronaldo Santos de Moraes:

Acompanho o eminente relator.

Dra. Maria de Lourdes Galvao Braccini de Gonzalez:

Acompanho o relator.

Des. Carlos Cini Marchionatti:

Com a vênua do eminente relator, acompanho a divergência.



JUSTIÇA ELEITORAL
TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO SUL

EXTRATO DA ATA

RECURSO CRIMINAL - CRIME ELEITORAL - BOCA-DE-URNA - BANDEIRAÇO -
PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO CRIMINAL

Número único: CNJ 8-91.2016.6.21.0011

Recorrente(s): JOEL DA SILVA MONTEIRO (Adv(s) Adriana Schwade Seibel e Júnior
Fernando Dutra)

Recorrido(s): MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL

DECISÃO

Por maioria, deram provimento ao recurso, para absolver o acusado com fulcro no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal, vencidos a Dra. Gisele Azambuja e o Des. Marchionatti.

Desa. Liselena Schifino
Robles Ribeiro
Presidente da Sessão

Des. Federal Paulo Afonso Brum
Vaz
Relator

Participaram do julgamento os eminentes Desa. Liselena Schifino Robles Ribeiro - presidente -, Des. Carlos Cini Marchionatti, Dra. Gisele Anne Vieira de Azambuja, Dra. Maria de Lourdes Galvao Braccini de Gonzalez, Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, Dr. Jamil Andraus Hanna Bannura e Dr. Silvio Ronaldo Santos de Moraes , bem como o douto representante da Procuradoria Regional Eleitoral.