EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) JUIZ(A) ELEITORAL RELATOR(A)

EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO SUL

Recurso Criminal n.º 15-51.2014.6.21.0109

Assunto: RECURSO CRIMINAL – CRIME ELEITORAL – CALÚNIA E DIFAMAÇÃO ELEITORAIS - PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO CRIMINAL

Recorrente(s): HERCULANO JACÓ HENRICH

Recorrido(s): MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL

Relator: DR. LEONARDO TRICOT SALDANHA

PARECER

ELEITORAL. RECURSO CRIMINAL. CALÚNIA. DIFAMAÇÃO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA. REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. Parecer pela redução, de ofício, da pena privativa de liberdade aplicada em sentença, bem como pelo parcial provimento do recurso da defesa, tão somente para reduzir o valor da pena de multa.

I – RELATÓRIO

Os autos veiculam recurso interposto por HERCULANO JACÓ HENRICH contra sentença (fls. 186-191v) do Juiz Eleitoral da 109ª Zona Eleitoral – Tapera/RS, que julgou procedente a denúncia para condenar o réu como incurso nas sanções do art. 324 da Lei n.º 4.737/65, cumulado com o art. 327, II e III, da Lei n.º 4.737/65 e com o art. 61, I, do Código Penal; e art. 325 da Lei n.º 4.737/65, cumulado com o art. 327, II e III, da Lei n.º 4.737/65 e com o art. 61, I, do Código Penal, na forma do art. 70 do Código Penal, a 02 (dois) anos, 09 (nove) meses e 13 (treze) dias de detenção e 35 (trinta e cinco) dias-multa.

Em suas razões de recurso (fls. 223-227), sustenta o recorrente, em síntese: ***a)*** que não é autor dos fatos e ***b)*** a desproporcionalidade da pena de multa aplicada.

Apresentadas as contrarrazões pelo Ministério Público Eleitoral às fls. 243-248, foram os autos remetidos ao TRE-RS.

Após, o processo veio a esta Procuradoria Regional Eleitoral para exame e parecer.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1- PRELIMINARES DE MÉRITO

1.1- TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, o recurso interposto é tempestivo, pois o réu foi intimado da sentença no dia 19/01/2015 (fl. 220) e o recurso de apelação protocolado em 27/01/2015 (fl. 223), portanto, observado o prazo de 10 dias previsto no art. 362 do Código Eleitoral[1].

2 – MÉRITO

3.1. Da materialidade e autoria

O MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL ofereceu denúncia em face de HERCULANO JACÓ HENRICH pela prática dos crimes previstos no art. 324, cumulado com o art. 327, III, ambos da Lei n.º 4.737/65 (1º fato), e art. 325, cumulado com o art. 327,II e III, ambos da Lei n.º 4.737/65, na forma do art. 70 do Código Penal (fls. 02-07):

[1] Art. 362. Das decisões finais de condenação ou absolvição cabe recurso para o Tribunal Regional, a ser interposto no prazo de 10 (dez) dias.

1° FATO:

Nos dias 05 e 06 de outubro de 2012, por volta das 08 horas, na Av. Boa Esperança, em Colorado, RS, o denunciado HERCULANO JACO HENRICH caluniou Lirio Riva, visando fins de propaganda eleitoral, imputando-lhe falsamente fato definido como crime, qual seja, de que nas eleições que Lirio Riva concorreu ao cargo de Prefeito Municipal ele efetuou a compra de votos de eleitores.

Ao agir, o denunciado gravou CD contendo um depoimento seu, no qual ele afirma ter tido uma conversa com a vítima Lirio Riva e permitiu que pessoas, não identificadas no expediente policial, mas ligadas à coligação do candidato Lauro, reproduzissem várias cópias do CD e o distribuíssem no Município de Colorado, nas vésperas da eleição Municipal, ocorrida no dia 07 de outubro de 2012, na qual Lirio Riva era candidato ao cargo de Prefeito do Município de Colorado, contendo, entre outras, as seguintes expressões caluniosas que o denunciado refere no CD como tendo sido ditas pela vítima:

"Jacó, eu vou gastar, to me incomodando, vou ter que comprar meus próprios companheiros pra consegui disputar esta eleição. Mas te digo uma coisa, se eu vier a ganhar esta eleição, estas pessoas que eu tive que negociar, favorecer, quatro anos eles vão comer na minha mãozinha, porque não vou dar colher de chá. Sempre, em todas as minhas eleições eu tive que comprar os meus próprios companheiros. (...) Olha Lírio, este negócio de ganhar uma eleição goela abaixo, nem que eu venda uma fazenda, nem que eu venda não-sei-o-que, o senhor não(...) Eu vou ganhá a eleição e estes companheiro que eu tive que comprar, negociá, prá ganhá a eleição, vão comer na minha mãozinha, aqui ó. Vou só ajudar aquelas pessoas que é dez ou doze do grupinho e o resto que se dane."

Revela destacar que várias cópias do referido CD foram distribuídas pelo Município de Colorado, com o intuito de fazer propaganda eleitoral negativa em desfavor da vítima Lirio Riva.

O denunciado praticou o crime de calúnia por meio que facilitou a divulgação, porquanto distribui diversos CDs pelas ruas do Município de Colorado, o que possibilitou que, além da vítima Lirio Riva, várias outras pessoas tomassem conhecimento das calunias. 2º FATO:

2° FATO:
Nas mesmas circunstâncias de tempo e local antes descritas, o denunciado HERCULANO JACO HENRICH injuriou Lirio Riva, visando fins de propaganda eleitoral, ofendendo-lhe a dignidade e o decoro, fazendo-o em razão da função pública exercida pela vítima, qual seja, a de Prefeito do Município de Colorado e por meio que facilitou a divulgação da injúria.

> Ao agir, o denunciado gravou CD contendo um depoimento seu, no qual ele afirma ter tido uma conversa com a vítima Lirio Riva e permitiu que pessoas, não identificadas no expediente policial, mas ligadas à coligação do candidato Lauro, reproduzissem várias cópias do CD e o distribuíssem no Município de Colorado, nas vésperas da eleição Municipal, ocorrida no dia 07 de outubro de 2012, na qual Lirio Riva era candidato ao cargo de Prefeito do Município de Colorado, contendo, entre outras, as seguintes expressões injuriosas:
>
> "Então, veja bem, esta desculpa que não pode trazer uma empresa, ou uma pequena empresa, ou uma microempresa prá Colorado, é mentira seu Lirio (...) não vamo se humilhar por causa de um capricho de um home que ainda ficam gozando da cara dos coloradense. O meu pai, segundo a filha do Lírio, cada quatro ano, tem que tratar aquela tropa de porco".
>
> Revela destacar que várias cópias do referido CD foram distribuídas pelo Município de Colorado, com o intuito de fazer propaganda eleitoral negativa em desfavor da vítima Lirio Riva.
>
> O denunciado praticou o crime de injúria por meio que facilitou a divulgação, porquanto distribui diversos CDs pelas ruas do Município de Colorado, o que possibilitou que, além da vítima Lirio Riva, várias outras pessoas tomassem conhecimento das injúrias.

Após regular instrução do processo, sobreveio sentença condenando o acusado como incurso nas sanções do art. 324 da Lei n.º 4.737/65, cumulado com o art. 327, II e III, da Lei n.º 4.737/65 e com o art. 61, I, do Código Penal; e art. 325 da Lei n.º 4.737/65, cumulado com o art. 327, II e III, da Lei n.º 4.737/65 e com o art. 61, I, do Código Penal, na forma do art. 70 do Código Penal, a 02 (dois) anos, 09 (nove) meses e 13 (treze) dias de detenção e 35 (trinta e cinco) dia- multa.

Dispõem os arts. 324 e 325 do Código Eleitoral, *in litteris:*

> Art. 324. Caluniar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando fins de propaganda, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:
>
> Pena - detenção de seis meses a dois anos, e pagamento de 10 a 40 dias-multa.

> (...)
>
> Art. 325. Difamar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando a fins de propaganda, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:
>
> Pena - detenção de três meses a um ano, e pagamento de 5 a 30 dias-multa.

Compulsando os autos verifica-se haver provas suficientes de materialidade e autoria do acusado. Veja-se trecho da sentença que analisou detidamente as provas carreadas aos autos:

> (…)
>
> **A materialidade dos crimes de calúnia e difamação resta comprovada pelo boletim de ocorrência das fls. 09/10, pelo CD da fl. 11, pela degravação de fl. 12 e pela prova oral colhida em juízo.**
>
> **A autoria, igualmente, é certa, notadamente porque o réu, embora negue tenha gravado o CD, confirmou, em juízo, que a voz constante em tal gravação é sua, que foi quem proferiu o depoimento constante na gravação.**
>
> A vítima Lirio Riva, em juízo, referiu que, na sexta feira que antecedeu a eleição municipal de 2012, o diretório do adversário de campanha reproduziu em alto volume, num carro de som, uma gravação de voz, tendo identificado a voz de Herculano Jacó Henrich. Na manhã seguinte, na véspera da eleição, tomou conhecimento de que algumas pessoas receberam cópias de um CD em suas casa, deixadas debaixo das portas, contendo a escrita: “se gostou, passe para frente”. A gravação continha calúnias e difamação contra sua pessoa, pois tratava-se de inverdades o quanto lá afirmado, falando inclusive de suas filhas. Referiu que isso lhe prejudicou bastante, pois em plena campanha eleitoral, sendo que acredita que mais de cem pessoas ouviram a gravação, destacando que, do diretório onde estava, ouvia com nitidez a gravação. Disse que a voz é claramente do réu, sendo que na gravação ele, inclusive, confirma ser o autor desta. Referiu nunca ter tido desavenças com o réu, tendo mantido contato com esse apenas em uma oportunidade durante a campanha. Acredita que a intenção do acusado era prejudicar-lhe, porque o réu estava fazendo campanha eleitoral em prol do partido contrário adversário do ofendido.

A testemunha Gentil Paulino Putrich referiu que, às 04h do sábado que antecedeu às eleições, viu um carro parado em frente à sua residência, tendo alguém jogado um CD para dentro de seu pátio. No CD estava escrito "se gostou, mande para frente". Ouviu o CD, que continha uma gravação de voz, que identificou como sendo do réu Jacó, no qual eram tecidas críticas em relação ao então candidato a Prefeito Lirio Riva. Referiu que, no dia seguinte, entregou o CD para o Lirio. Falou não ter conseguido identificar quem jogou o CD no seu pátio. Negou que tivesse conversado com Jacó depois desse fato. Afirmou não ter participado de nenhuma campanha na referida eleição, que não tem nada contra o réu e que não sabe se mais pessoas receberam o CD. Destacou que a gravação continha muitas críticas ao candidato Lirio, mas que não o ouviu integralmente.

O informante Noimar Carlos de Oliveira referiu que, ao acordar na sexta feira pela manhã, na semana que antecedeu às eleições, havia um CD, num envelope, debaixo de sua porta, em que inscrito algo no sentido "se gostar, passe a diante". Tratava-se de uma gravação desabonatória do candidato a Prefeito, na qual o interlocutor identificava-se como sendo Herculano Jacó. O autor da gravação dizia que não concordava com a candidatura de Lirio e Eumar porque Lirio não "gostava daquele povo", "que comprava votos", que "inclusive as filhas de Lirio falavam isso abertamente nas campanhas" e que a cada quatro anos Lirio "comprava" a eleição. Disse ter levado a gravação ao conhecimento de Lirio. Falou não saber quem deixou o CD da gravação em sua residência, mas que identificou a voz de Jacó como sendo quem proferiu o discurso gravado. Referiu que o réu foi Vereador e Presidente da Câmara Municipal pelo PMDB. Disse que não tinha conhecimento de atritos entre réu e vítima.

O informante Ivan Cesar de Bortoli narrou ter recebido, em sua casa, um CD no qual constava uma gravação de voz, cujo narrador – que se identificou como sendo Herculano Jacó – falava, entre outras informações, sobre a vida pessoal de Lirio Riva. Disse não saber se foi, de fato, o réu quem efetuou a gravação, nem quem deixou o CD em sua casa. Relatou que, assim que ouviu o conteúdo do CD, entregou-o, em mãos, para Lírio Riva. Destacou que, no dia anterior, ao passar em frente ao diretório do partido político rival ao de Lirio Riva, ouviu o mesmo conteúdo do citado CD, não sabendo indicar se o som vinha de carro de som. Disse não ter conhecimento de desavenças entre réu e vítima. Referiu que Herculano Jacó não residia mais em Colorado quando do fato, mas participava ativamente da campanha eleitoral.

O informante Eumar Luiz Rizzardi narrou ter recebido um CD, que fora deixado debaixo de sua porta, em que contido arquivo de áudio em que Herculano Jacó proferia ofensas à vítima Lirio, e que também viu e ouviu carro de som circular na cidade divulgando o mesmo conteúdo do CD. Falou que não sabe se foi Herculano quem distribuiu a gravação, mas afirma ser de tal indivíduo a voz registrada, inclusive, na gravação, o narrador se identifica como sendo o réu. É mencionado que o réu também falou, na gravação, sobre o informante Eumar. Disse que o demandado não acusou Lirio de ter praticado algum crime. Afirmou que Herculano estava participando da campanha, em favor da coligação de Lauro e Tarcisio, em oposição a Lirio e Eumar.

O informante Lauro Fassini, candidato da coligação oposta ao da vítima, disse não saber nada a respeito, em nada contribuindo ao esclarecimento dos fatos. Pelo que sabe, o réu tinha relação amistosa com Lirio Riva.

O informante Elói Mantovani também nada contribuiu ao esclarecimento dos fatos.

O réu Herculano Jacó Henrich, interrogado, referiu que a eleição de 2012 foi a quinta campanha que fez em Colorado. Disse que durante 22 anos trabalhou em campanhas com Lirio, atuava com fidelidade a este, mas que, na última eleição municipal, optou auxiliar Lauro Fassini. Falou acreditar que Lirio ficou magoado por não ter participado de sua campanha, sendo que a própria esposa deste teria telefonado-lhe dizendo que ele – o réu - "não prestava". Disse que conversava sobre o conteúdo do CD, mas que não o gravou. Alegou que nunca quis prejudicar Lirio. Referiu que comentaram, em conversa casual, no diretório, assuntos ditos na gravação discutida, porém que tivesse efetuado a gravação de discurso. Disse que não ouviu o CD e que a voz é parecida, mas não é sua voz. Questionado de como saberia que a voz é parecida se alega nem ter ouvido o CD, respondeu que assim afirma em razão de as testemunhas terem indicado que a voz seria a sua. Sustentou que não estava em Colorado na data dos fatos, estava em Porto Alegre. **O réu confirmou ser sua a voz contida na gravação feita no CD e que, de fato, falou o que consta no CD.** Respondeu que aquilo fora dito em uma reunião no porão da lancheria da Lori, onde havia cerca de seis ou sete pessoas. Afirmou que os presentes no local estavam conversando, mas não imaginava que estavam gravando a conversa. Não soube explicar porquê se escuta somente a sua voz na gravação, se haveria mais pessoas no local. Alegou que não tinha intenção de caluniar e injuriar Lírio. Disse ter ciência de que a compra de votos configura crime.

> **Pela análise da prova oral, notadamente pela parcial confissão do réu, denoto comprovado que a voz constante na gravação do CD de fl. 04 é do réu, tendo sido ele quem proferiu as expressões caluniosas e difamatórias descritas na denúncia.**
>
> Ainda, não passa de mera retórica, sem o menor amparo no acervo probatório dos autos, a alegação do réu de que a gravação teria sido feita sem seu conhecimento, tratando-se de conversa casual, na presença de várias pessoas. Isso porque é fácil constatar, ao ouvir a gravação discutida, que não estava o réu em conversa com diversas pessoas, pois não se escuta qualquer outra voz durante a gravação que não a do demandado, e também porque a gravação é iniciada como típico depoimento preparado, no qual o depoente, inclusive, identifica-se no início: "Aqui quem vos fala é Jacó Henrich. Cidadão coloradense,u tenho trinta e sete anos convivendo com esta comunidade. Inclusive em 2001 a 2004 tive privilégio de ser vereador com duzentos e dois votos destas pessoas queridas deste Município. Assim, comprovada a prática dos crimes em comento pelo réu, passo a tecer considerações acerca dos crimes de calúnia e difamação, no âmbito Lei n.º 4.737/65 (Código Eleitoral).
>
> Caracteriza o crime de calúnia, nos termos do art. 324 da citada lei, a conduta de "Caluniar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando fins de propaganda, imputando-lhe falsamente fato definido como crime.".
>
> Ao indicar, no discurso da gravação contida no CD juntado à fl. 11, que a vítima Lirio teria afirmado ter comprado votos para ganhar eleições, imputou à vítima o crime descrito no art. 299 da Lei n.º 4.737/65, que dispõe: "Art. 299. Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita: Pena - reclusão até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa.".
>
> O réu admitiu ter sido o autor do discurso em questão, sendo que lhe competia, então, demonstrar a veracidade do quanto dito, o que não logrou fazer. Isso, somada à negativa da vítima quanto à prática do crime que lhe fora imputado, faz presumir-se falsa a imputação feita pelo réu. (grifado)

Dessa forma, como se depreende da análise das provas realizada em sentença, resta comprovada a materialidade e autoria dos crimes de calúnia e difamação.

3.2. Da dosimetria da pena

3.2.1 - Fato 1

O magistrado *a quo,* quando da fixação da pena-base, valorou duas circunstâncias judiciais negativamente, quais sejam, os antecedentes do réu e as circunstâncias do crime, nos seguintes termos:

> (…) a culpabilidade do agente, tida como grau de reprovação de seu agir, não desborda do ordinário. **O acusado ostenta maus antecedentes, nos termos da Súmula n.º 444 do Egrégio STJ (certidão de fls. 165/168), dadas a condenação definitiva a que se refere o processo n.º021/2.05.0005588-4 (reservando-se as condenações atinentes aos feitos n.º 009/2.06.0005214-3 e 021/2.06.0004797-2 para a segunda fase da aplicação da pena).** Não há elementos nos autos a desabonar a conduta social da agente e a sua personalidade. Os motivos do delito são inerentes à espécie, prejudicar a campanha eleitoral do candidato vítima. **As circunstâncias do crime merecem especial reprovação, pois praticado às vésperas do pleito eleitoral municipal.** As consequências da infração não fogem da previsão típica. O comportamento da vítima nada influenciou a prática do fato. (grifado)

Dessa forma, fixou a pena-base em "01 (ano) e 02 (dois) meses de detenção, sendo 04 meses vinculados à cada vetorial reputada negativa".

Contudo, considerando que a pena cominada ao tipo penal previsto no art. 324[2] do Código Eleitoral é de detenção de seis meses a dois anos, tenho que a pena-base deve ser reduzida de ofício, valorando-se cada vetorial em 01 (um) mês e 04 (quatro) dias de aumento, alcançando o total de 08 (oito) meses e 08 (oito) dias de pena-base.

[2]Art. 324. Caluniar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando fins de propaganda, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:
Pena - detenção de seis meses a dois anos, e pagamento de 10 a 40 dias-multa.

Na segunda fase do cálculo da pena, correta a aplicação da agravante da reincidência, haja vista as condenações havidas nos processos n.º 009/2.06.0005214-3 e 021/2.06.0004797-2 (fls. 25-27). Ainda, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a exasperação deve limitar-se a 1/6 da pena-base, a menos que haja fundamentação idônea a ensejar um acréscimo maior:

> HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. AMEAÇA. DOSIMETRIA. PENA-BASE.
> CULPABILIDADE, PERSONALIDADE E MOTIVOS DO CRIME. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REINCIDÊNCIA. FRAÇÃO DE AUMENTO.
> PROPORCIONALIDADE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.
> ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> (...)
> **5. Considerando que o Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento de pena a serem aplicados em razão das agravantes genéricas, a jurisprudência deste Superior Tribunal firmou o entendimento de que a aplicação de fração superior a 1/6 pela reincidência exige motivação concreta e idônea. No caso, o magistrado exasperou a reprimenda do paciente, em razão da reincidência, exatamente na fração de 1/6, de modo que não há nenhuma ilegalidade a ser sanada na segunda etapa da dosimetria.**
> (...)
> (HC 259.467/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 17/03/2015)

No caso dos autos, conforme destacado pelo magistrado *a quo*, "na segunda fase da aplicação da pena, verifico a presença da circunstância agravante da reincidência, - não específica, **porém em duplicidade** – por força das anteriores condenações havidas nos processos nº 009/2.06.0005214-3 e 021/2.06.0004797-2" (grifado).

Segundo a jurisprudência do STJ, a duplicidade da reincidência constitui motivo idôneo para o aumento da pena-base em patamar superior a 1/6:

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO.
> APROPRIAÇÃO INDÉBITA. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL FUNDAMENTADA. MAUS ANTECEDENTES. AUMENTO DE APROXIMADAMENTE 1/3 DA PENA NA SEGUNDA FASE. DUPLA REINCIDÊNCIA.
> FUNDAMENTO IDÔNEO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
>
> (…)
>
> **4. Quanto à reincidência, nos termos da orientação desta Corte, não existe constrangimento ilegal no aumento acima do mínimo legal de 1/6, se a adoção de patamar diverso for devidamente fundamentada de acordo com as circunstâncias do caso concreto, sendo a dupla reincidência reconhecida como fundamentação idônea. Precedentes desta Corte.**
> **5. No presente caso, não verifico desproporcionalidade no aumento, implementado pela instância de origem, de aproximadamente 1/3 da pena (6 meses) diante da dupla reincidência do réu.**
> 6. Habeas corpus não conhecido.
> (HC 287.212/DF, Rel. Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), QUINTA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 27/11/2014) (grifado)

Dessa forma, no caso concreto, a pena-base deve ser aumentada em 1/3, ou seja, 2 (dois) meses e 22 (vinte e dois) dias, fixando-se a pena provisória em 11 (onze) meses.

Por fim, correto o entendimento adotado na sentença relativo à aplicação do art. 327, incisos II e III, do Código Eleitoral[3], ao caso dos autos, haja vista que o "réu praticou os crimes contra funcionário público, em razão de suas funções (eis que a vítima era Prefeito Municipal em licença para concorrer novamente ao cargo executivo), e por meio que facilitou a divulgação da calúnia e difamação, porquanto diversos CDs contendo a gravação por ele efetuada foram distribuídos em residências do Município de Colorado, o que possibilitou que, além da vítima Lirio Riva, várias outras pessoas tomassem conhecimento das expressões caluniosas e difamatórias".

Dessa forma, deve a pena provisória ser aumentada em um terço, ou seja, 03 meses e 20 dias, tornando a pena definitiva em 01 (um) ano, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias.

A pena de multa deve ser proporcionalmente reduzida a 15 dias-multa, haja vista que cominada em 10 a 40 dias-multa.

3.2.2 - FATO 2

Em relação ao 2º Fato, o magistrado *a quo* fixou a pena-base nos seguintes termos:

> Examinando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, verifico que a culpabilidade do agente, tida como grau de reprovação de seu agir, não desborda do ordinário. O acusado ostenta maus antecedentes, nos termos da Súmula n.º 444 do Egrégio STJ (certidão de fls. 165/168), dadas a condenação definitiva a que se refere o processo n.º 021/2.05.0005588-4 (reservando-se as condenações atinentes aos feitos n.º 009/2.06.0005214-3 e 021/2.06.0004797-2 para a segunda fase da aplicação da pena).

[3] Art. 327. As penas cominadas nos artigos. 324, 325 e 326, aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:
(...)
II - contra funcionário público, em razão de suas funções;
III - na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da ofensa.

> Não há elementos nos autos a desabonar a conduta social da agente e a sua personalidade. Os motivos do delito são inerentes à espécie, prejudicar a campanha do candidato vítima. As circunstâncias do crime merecem especial reprovação, pois praticado às vésperas da eleição. O comportamento da vítima nada influenciou a prática do fato.
>
> Nesse contexto, havendo duas circunstâncias judiciais negativas (antecedentes do réu e circunstâncias do crime), fixo a pena-base em 07 (sete) meses de detenção, sendo 02 meses vinculados à cada vetorial reputada negativa.

No ponto, levando-se em consideração que o tipo penal do art. 325, do Código Eleitoral, comina uma pena de detenção de três meses a um ano[4], tenho que foi exagerado o aumento de 02 meses para cada vetorial.

Dessa forma, entendo que a pena-base deve ser reduzida de ofício para 04 (quatro) meses e 04 (quatro) dias, considerando o aumento de 17 (dezessete) dias para cada vetorial.

A reincidência deve ser aplicada nos mesmos moldes do fato 1, ou seja, acréscimo de 1/3 à pena-base. Logo, a pena provisória deve ser estabelecida em 05 (cinco) meses e 15 (quinze) dias.

Na terceira fase deve ser considerada a causa de aumento do art. 327, II e III, do Código Eleitoral, majorando-se a pena provisória em 1/3, ou seja, a pena definitiva deve ser fixada em 07 (sete) meses e 10 (dez) dias de detenção.

Por fim, em relação ao 2º Fato, deve ser reduzida a pena de multa para 10 dias-multa.

[4]Art. 325. Difamar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando a fins de propaganda, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:
Pena - detenção de três meses a um ano, e pagamento de 5 a 30 dias-multa.

3.2.3 Do concurso formal de crimes

Possível a aplicação do concurso formal de crimes ao caso dos autos (art. 70, *caput*, do Código Penal), haja vista que, verificando-se desígnio único na conduta do réu, deve ser considerada a mais grave das penas cabíveis aumentada de um sexto, pelo que fica a pena definitiva em 01 (um) ano, 05 (cinco) meses e 03 (três) dias de detenção e 25 (vinte e cinco) dias-multa.

3.2.4 – Da impossibilidade de substituição das penas

Dispõe o art. 44 do Código Penal que as penas privativas de liberdade não superiores a 04 (quatro) anos serão substituídas por restritivas de direitos, desde que o réu não seja reincidente em crime doloso ou, em sendo, que a medida de conversão seja socialmente recomendável:

> Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)
>
> I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)
>
> **II – o réu não for reincidente em crime doloso;** (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)
>
> (...)
>
> **§ 3o Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.** (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

No caso concreto, o réu é reincidente em crime doloso, conforme se observa dos antecedentes listados às fls. 25-28. Dessa forma, necessária é a análise da adequação social da substituição. No ponto, vale reproduzir as palavras do magistrado *a quo*:

> Em virtude de o réu ser duplamente reincidente em crime doloso e por ter praticado os crimes objeto da presente ação penal às vésperas da Eleição Municipal de outubro de 2012, circunstâncias negativas de especial consideração na aplicação da pena do demandado, deixo de substituir a sanção corporal por pena alternativa. Reputo insuficiência para reprovação e prevenção do crime a substituição da reprimenda privativa de liberdade.

Portanto, incabível a substituição.

Destarte, deve ser reduzida, de ofício, a pena privativa de liberdade fixada em sentença, bem como dado provimento parcial ao recurso para reduzir a pena de multa, nos termos da fundamentação.

III – CONCLUSÃO

Em face do exposto, opina o Ministério Público Eleitoral pela redução, de ofício, da pena privativa de liberdade aplicada em sentença, bem como pelo parcial provimento do recurso da defesa, tão somente para reduzir o valor da pena de multa, nos termos da fundamentação.

Porto Alegre, 30 de março de 2015.

Marcelo Beckhausen
PROCURADOR REGIONAL ELEITORAL

C:\conv\docs\orig\mps2h1r0vhukgh9mh8hc_1233_63921867_150331230128.odt