



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL**

**EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DESEMBARGADOR(A) PRESIDENTE
EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO SUL**

**RECURSO ESPECIAL ELEITORAL ref.:
Recurso Criminal n.º 8-91.2016.6.21.0011**

Procedência: São Sebastião do Caí-RS

Recorrente: Joel da Silva Monteiro

Recorrido: Ministério Público Eleitoral

Relator: Dr. Paulo Afonso Brum Vaz

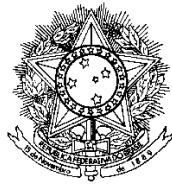
O **MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL**, por seu agente firmatário, em face da decisão proferida por esse Egrégio Tribunal Regional Eleitoral nos autos em epígrafe (fls. 255-263), vem, com fulcro no artigo 121, §4º, I e II, da Constituição Federal e artigo 276, I, “a” e “b”, do Código Eleitoral, apresentar

R E C U R S O E S P E C I A L E L E I T O R A L

requerendo seu recebimento, nos termos que seguem, e respectiva remessa ao Tribunal Superior Eleitoral, para o devido processamento e julgamento, onde se espera provimento.

Porto Alegre, 24 de novembro de 2016.

**Marcelo Beckhausen
PROCURADOR REGIONAL ELEITORAL**



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL**

**EGRÉGIO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - TSE
EMINENTE PROCURADOR-GERAL ELEITORAL
EMÉRITOS JULGADORES,
EXMO(A). SR(A). MINISTRO(A) RELATOR(A).**

**RECURSO ESPECIAL ELEITORAL ref.:
Recurso Criminal n.º 8-91.2016.6.21.0011**

Procedência: São Sebastião do Caí-RS
Recorrente: Joel da Silva Monteiro
Recorrido: Ministério Público Eleitoral
Relator: Dr. Paulo Afonso Brum Vaz

1 – DOS FATOS

O Ministério Público Eleitoral denunciou JOEL DA SILVA MONTEIRO, CHARLES ALEXANDER DA SILVA FLORES e SILVANO BASTIÃO DA SILVA pela prática do crime previsto no artigo 39, §5º, II, da Lei nº 9.504/97, com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 11.300/2006, porque, no dia 7-10-2012, data do pleito, por volta das 11h15min, na rua Treze de Maio, em São Sebastião do Caí-RS, realizaram propaganda de boca de urna, empunhando, cada um, uma bandeira de propaganda política do partido PMDB, conforme auto de apreensão incluso.

Recebida a denúncia em 14-2-2013 (fl. 35), os réus aceitaram proposta de suspensão condicional do processo (fls. 107-108), benefício que foi revogado em relação a JOEL DA SILVA MONTEIRO, em razão do descumprimento das condições impostas (fl. 124).



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL**

Regularmente instruído o feito, sobreveio sentença de procedência da ação penal eleitoral, por meio da qual o acusado foi condenado, como incurso nas sanções do artigo 39, §5º, II, da Lei nº 9.504/97, à pena de 6 meses de detenção, em regime aberto – substituída por prestação de serviços à comunidade – e à pena de multa de 10 dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato (fls. 174-176).

Inconformado, o réu interpôs recurso criminal (fls. 181-187). Sustentou que não pediu votos para seu candidato, apenas passou o dia caminhando pelas ruas da cidade e empunhando bandeira com a sigla do partido. Afirmou que não arregimentou eleitores, distribuiu material de propaganda ou praticou qualquer ato tendente a influir na vontade dos eleitores, postulando, portanto, por sua absolvição. Transcorrido *in albis* o prazo para apresentação de contrarrazões (fl. 189), subiram os autos ao TRE-RS e vieram a esta Procuradoria Regional Eleitoral, que exarou parecer pelo desprovimento do recurso (fls. 191-194).

O TRE-RS, por unanimidade, acolheu de ofício a preliminar de nulidade absoluta, em razão da não apresentação das alegações finais pela defesa, mesmo após regular intimação do advogado constituído por meio da imprensa oficial, para o fim de anular a sentença de primeiro grau e determinar a remessa dos autos à origem, para que se procedesse a intimação do réu para constituir novo advogado ou, na impossibilidade, para que fosse assistido por defensor dativo (fls. 200-207).

Apresentadas alegações finais pelo mesmo defensor constituído (fls. 211-215), foi proferida sentença por meio da qual o acusado foi condenado, como incurso nas sanções do artigo 39, §5º, II, da Lei nº 9.504/97, à pena de 6 meses de detenção, em regime aberto – substituída por prestação de serviços à comunidade – e à pena de multa de 10 dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato (fls. 217-219).



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL**

Irresignada, a defesa interpôs recurso criminal (fls. 221-230). Sustentou que “o fato imputado ao recorrente de portar bandeira partidária juntamente com outras pessoas, na data da eleição, na forma de aglomeração, não caracteriza o delito boca de urna” e repisou todos os argumentos lançados no voto do Dr. Leonardo Tricot Saldanha, no sentido de que a conduta praticada pelo réu seria atípica. Ao depois, repetiu os argumentos expostos no recurso criminal anteriormente ofertado, no sentido de que o réu não pediu votos para seu candidato, apenas passou o dia caminhando pelas ruas da cidade e empunhando bandeira com a sigla do partido. Ressaltou que o acusado não arregimentou eleitores, distribuiu material de propaganda ou praticou qualquer ato tendente a influir na vontade dos eleitores, postulando, portanto, por sua absolvição.

Esta Procuradoria Regional Eleitoral ofertou parecer pelo desprovemento do recurso e requereu a imediata execução provisória da condenação, com a extração de cópia do acórdão condenatório e encaminhamento para o Juízo de Execução.

O TRE-RS, por maioria, deu provimento ao recurso, a fim de absolver JOEL DA SILVA MONTEIRO, com fulcro no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal, em acórdão assim ementado:

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



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL**

Em face desse julgamento, o Ministério Público Eleitoral, com fulcro no artigo 121, §4º, I e II, da Constituição Federal e artigo 276, I, “a” e “b”, do Código Eleitoral, vem interpor recurso especial eleitoral, por entender que o acórdão recorrido **negou vigência ao artigo 39, §5º, III, da Lei nº 9.504/97**, ao deixar de aplicá-lo ao caso vertente, **e divergiu da jurisprudência do TRE-GO**, segundo a qual **“toda e qualquer ação que desborde a manifestação silenciosa e individual é expressamente proibida e tipificada como crime de propaganda em dia de eleição, vulgo propaganda boca de urna, a exemplo de aglomeração de pessoas utilizando bandeiras, broches ou dísticos na vestimenta”**.

Dessa interpretação, aqui reputada por equivocada, resultou a absolvição do réu JOEL DA SILVA MONTEIRO pela prática do crime que lhe foi imputado, em que pese tenham restado provadas todas as elementares típicas e estarem ausentes causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade.

2 – DO CABIMENTO DO RECURSO (ADMISSIBILIDADE)

O recurso merece ser admitido, porque **(2.1)** é tempestivo, **(2.2)** a matéria nele ventilada encontra-se prequestionada, **(2.3)** não se pretende o reexame de provas, **(2.4)** existe entendimento diverso em outro Tribunal Regional Eleitoral sobre o tema.

(2.1) Tempestividade: o recurso é tempestivo, pois o Ministério Público Eleitoral foi intimado do acórdão em 23/11/2016 (fl. 265), e a interposição do presente recurso ocorre respeitando o tríduo legal previsto no art. 276, §1º, do Código Eleitoral.

(2.2) Prequestionamento: a questão acerca da caracterização do crime previsto no art. 39, §5º, III, da Lei nº 9.504/97 em virtude da conduta praticada por JOEL DA SILVA MONTEIRO foi expressamente debatida no acórdão recorrido.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL**

Seguem trechos do voto do Exmo. Relator (fls. 256v-259):

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.

(...)

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

(...)

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.**

(...)

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

(...)

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.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL**

E do voto divergente, que ora se pretende ver prevalecer, colhe-se os seguintes excertos (fls. 260-262):

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.

(...)

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.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL**

Portanto, resta preenchido o requisito do prequestionamento.

(2.3) Discussão sobre matéria de direito: por meio do presente recurso não se pretende o reexame do contexto fático-probatório, mas tão somente o reconhecimento que **os fatos, tal como admitidos no acórdão recorrido, amoldam-se à figura típica descrita no art. 39, §5º, III, da Lei nº 9.504/97, razão por que o réu deve ser condenado pelo crime de divulgação de propaganda de partido político e seu candidato no dia da eleição.**

(2.4) Divergência Jurisprudencial: conforme será demonstrado abaixo, há entendimento recente do Tribunal Regional Eleitoral de Goiás no sentido de que **“toda e qualquer ação que desborde a manifestação silenciosa e individual é expressamente proibida e tipificada como crime de propaganda em dia de eleição, vulgo propaganda boca de urna, a exemplo de aglomeração de pessoas utilizando bandeiras, broches ou dísticos na vestimenta”.**

Portanto, demonstrada a sua regularidade e adequação, o recurso deve ser admitido e conhecido.

3 – DA FUNDAMENTAÇÃO

O artigo 39, §5º, da Lei nº 9.504/97 dispõe o seguinte:

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 carreta;

II - a arregimentação de eleitor ou a propaganda de boca de urna;

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



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

Sobre o artigo em exame, Suzana de Camargo Gomes¹ tece as seguintes considerações:

“A norma penal está, no caso, resguardando a liberdade do eleitor de votar sem sofrer qualquer constrangimento, pelo que, no dia da eleição, é vedada a propaganda eleitoral.

Assim, (...) não podem ser levadas a efeito práticas tendentes a arregimentar ou a aliciar eleitores, ou realizar a chamada propaganda de “boca de urna”, condutas essas que se revelam não só pela promoção de reuniões e formação de grupos de pessoas com fins eleitorais, mas inclusive pela distribuição de impressos, de volantes aos eleitores, ou, ainda, podem consistir no comportamento de abordar, de tentar persuadir, convencer o eleitor a votar em determinado candidato ou partido, no dia da eleição.

Realce-se, ainda, que a norma penal veda inclusive a divulgação de propaganda eleitoral, na data do pleito, mediante publicações, cartazes, camisas, bonés, broches ou dísticos em vestuário, o que significa dizer que **não só a abordagem feita diretamente ao eleitor é proibida no dia da eleição, mas também aquela que se revela através da presença de pessoas portando material de propaganda ou vestindo peças de roupas ou adornos e adereços que denotem a divulgação de nomes de candidatos e partidos políticos.**

Essas práticas são vedadas não somente nas proximidades das seções eleitorais, mas em qualquer lugar no dia das eleições, o que significa que, **na data do pleito eleitoral, não pode o eleitor sofrer qualquer forma de abordagem, de pressão, de tentativa de persuasão no sentido de influir em seu voto, sob pena de restar caracterizada umas das condutas típicas previstas no §5º do art. 39 da Lei nº 9.504/97, com a redação dada pela Lei nº 11.300/2006.**

[...]

Tal entendimento foi albergado pelo voto divergente, conforme se observa nos seguintes trechos:

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:

¹In Crimes Eleitorais. 2º ed. Ed. RT: São Paulo, 2006.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL**

[...]

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.**

(...)

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.

Com efeito, para a perfeita compreensão do tipo penal em exame, deve-se ter em conta que a liberdade de expressão – indispensável à participação ativa do eleitor na perfectibilização da soberania popular – não pode interferir na liberdade de votar (sem constrangimentos ou pressões externas) que é, ao fim e ao cabo, o bem jurídico protegido pela norma penal.

Assim, de um lado, permite-se a manifestação individual e silenciosa do eleitor, por meio do uso de bandeiras, broches e adesivos; mas, de outro lado, proíbe-se a aglomeração de pessoas usando vestuário padronizado e instrumentos de propaganda, capaz de caracterizar manifestação coletiva (art. 39-A, §1º, da Lei nº 9.504/97).



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL**

O Dr. Paulo Afonso Brum Vaz reconheceu, em seu voto, que “a aglomeração de pessoas, portando bandeiras, no dia da eleição, é prática vedada”. Entendeu, contudo, que “a lei não prevê o fato como infração criminal, nem determina sancionamento penal em caso de descumprimento da proibição”.
Vejamos:

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.

(...)

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

Tal conclusão não pode prosperar. Rodrigo López Zílio², ao discorrer sobre a conduta das pessoas que se dirigem às seções eleitorais em dupla, para votar, carregando bandeiras de candidato, explica que “não é tolerado o ato de caráter coletivo, preordenado e com o objetivo de causar interferência no regular andamento dos trabalhos eleitorais e no processo de escolha dos candidatos”. Isto, porque, consoante pontuam Luiz Márcio Pereira e Rodrigo Molinaro³:

“o objetivo da proibição é o de evitar o impacto visual causado por expressivo número de pessoas que, a pretexto de exercerem o direito à manifestação individual e silenciosa, sejam, na verdade, protagonistas de uma ação orquestrada com o intuito de influenciar a vontade do eleitor no decisivo momento do exercício do voto, com exibição de bandeiras, bonés e broches, em trajes uniformizados.”

²In Crimes Eleitorais. Comentários à Nova Lei sobre os Crimes Eleitorais. Ed. Juspodivm. Salvador:2014. p. 238.

³Apud Rodrigo López Zílio.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL**

Pois bem, o fato *sub judice* – reunião de pessoas em ação orquestrada (com fornecimento de refeição e reparo das bandeiras estragadas) com exibição de bandeiras do PMDB, partido do candidato a prefeito Darci José Lauerman, eleito no pleito de 2012 – restou admitido no acórdão recorrido, conforme se observa da análise dos votos vencedor e vencido.

Do voto vencedor colhe-se a seguinte análise do contexto fático-probatório:

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 Cai.

Convém aqui observar que seria de extrema ingenuidade acreditar que não houve “bandeiraço” simplesmente porque, no exato momento em que o policial responsável pelo flagrante chegou ao local, o réu não estava chacoalhando a bandeira, mas apenas “se reunido”, “com algumas bandeiras abertas”.

Do voto vencido, vê-se que os fatos tido por provados restaram assim sintetizados:



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL**

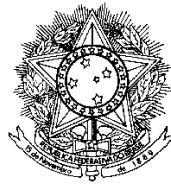
Na instrução restou comprovado que o policial militar Anderson Gomes Trindade, ouvido em juízo como testemunha (fls. 141-142), advertiu um grupo de pessoas aglomeradas na esquina das Lojas Colombo, no dia 07.10.2012, data da eleição, sobre o delito de boca de urna. O referido policial solicitou que se 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 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”.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL**

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.

(...)

Além disso, das informações trazidas pelas testemunhas de defesa Pedro 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 Caí.

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

Assim, ao não reconhecer caracterizado o crime em comento, em que pese reconhecidos como configurados os fatos acima descritos, o acórdão recorrido negou vigência ao disposto no inciso II do §5º do art. 39 da Lei das Eleições.

Ademais, ao concluir que “a aglomeração de pessoas, portando bandeiras, no dia da votação (...) não configura crime eleitoral”, **o TRE-RS divergiu do entendimento esposado pelo TRE-GO no Recurso Criminal nº 290-79.2013.6.09.0008, no qual restou assentado que “toda e qualquer ação que desborde a manifestação silenciosa e individual é expressamente proibida e tipificada como crime de propaganda em dia de eleição, vulgo propaganda boca de urna, a exemplo de aglomeração de pessoas utilizando bandeiras, broches ou dísticos na vestimenta”.** Veja-se a ementa do julgado:



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

RECURSO CRIMINAL. CRIME DE ARREGIMENTAÇÃO DE ELEITOR OU PROPAGANDA BOCA DE URNA. CRIME DE DIVULGAÇÃO DE QUALQUER ESPÉCIE DE PROPAGANDA DE CANDIDATO OU PARTIDO. CONFIGURAÇÃO. AGLOMERAÇÃO DE PESSOAS PORTANDO ADESIVO DO MESMO PARTIDO OU CANDIDATO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. O tipo penal do inciso II do §5º do art. 39 da Lei n. 9.504/97 vale-se de uma expressão de uso coloquial ("boca de urna") de textura aberta que exige um esforço interpretativo sistêmico, de forma que é necessário fazer uma análise conjunta também com o inciso III e com o art. 39-A da mesma lei.

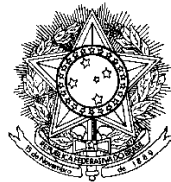
2. A partir das novas redações conferidas pela Lei n. 12.034/2009, que alterou substancialmente a Lei n. 9.504/97, houve uma nova percepção do crime de propaganda eleitoral no dia das eleições, de forma que não mais se exige a efetiva distribuição de propaganda eleitoral para a caracterização do crime, sendo suficiente a mera divulgação, sob as mais variadas formas, de propaganda eleitoral.

3. Toda e qualquer ação que desborde a manifestação silenciosa e individual é expressamente proibida e tipificada como crime de propaganda em dia de eleição, vulgo propaganda boca de urna, a exemplo de aglomeração de pessoas utilizando bandeiras, broches ou dísticos na vestimenta; no caso dos presentes autos, adesivos com o número do candidato de forma padronizada (art. 49, §1º, da Res. TSE n. 23.370).

3. Recurso eleitoral conhecido e desprovido.

(RECURSO CRIMINAL nº 29079, Acórdão nº 14393 de 11/06/2014, Relator(a) FÁBIO CRISTÓVÃO DE CAMPOS FARIA, Publicação: DJ - Diário de justiça, Volume 1, Tomo 110, Data 18/6/2014, Página 2/3)

O caso julgado pelo TRE-GO é semelhante ao ora em análise, tendo em vista que o réu, naquele feito, havia sido denunciado e condenado como incurso nas sanções dos incisos II e III do §5º do art. 39 da Lei das Eleições porque, em 07.10.2012, dia das eleições municipais, na cidade de Ouvidor/GO, por volta das 09h30, próximo a locais de votação e em local com grande fluxo de eleitores, Herasmo, Edilson e Paulo Henrique estavam aglomerados, todos com adesivos do candidato 15 no peito, realizando propaganda eleitoral, com o fim de arregimentar eleitores. A Polícia Militar, então, pediu-lhes que deixassem o local, o que não foi atendido pelos denunciados, razão pela qual foram detidos e levados a Delegacia de Polícia (conforme se extrai do parecer ministerial anexo ao acórdão).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

Conforme se observa no cotejo analítico constante do quadro abaixo, onde se reproduz trecho dos votos proferidos por cada Tribunal (acórdão em anexo), os casos partem dos mesmos pressupostos fáticos, contudo a conclusão jurídica, no que concerne à aplicação do dispositivo, é diferente:

ACÓRDÃO RECORRIDO TRE-RS	ACÓRDÃO TRE-GO RC 290-79
<p>Dos fatos:</p> <p>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.</p> <p>(...)</p> <p>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).</p> <p>Dos fundamentos:</p> <p>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.</p> <p>(...)</p>	<p>Dos fatos:</p> <p><i>In casu</i>, de acordo com o Termo Circunstanciado de Ocorrência (fls. 06), no dia das eleições, por volta das 9h30, várias pessoas estavam aglomeradas, todas com adesivos com o número 15, do candidato a Prefeito de Ouvidor, a aproximadamente 100 (cem) metros do local de votação. Embora o agente policial tenha solicitado previamente as pessoas aglomeradas para se dispersarem, vários não atenderam ao pedido, dentre eles o acusado Recorrente, motivo pelo qual foi preso juntamente com os outros dois acusados (Paulo Henrique Gomes de Castro e Herasmo Coelho Chaves).</p> <p>Dos fundamentos:</p> <p>É forçoso concluir que, no dia das eleições, não é possível qualquer espécie de propaganda eleitoral. O dia do pleito é considerado “o dia do eleitor”, permeado de muita reflexão. Nada que possa influenciar direta ou indiretamente a vontade do eleitor é permitido. O art. 39-A, no caput e em seu art. 1º, nos traz uma singular exceção: a conduta de portar qualquer marca distintiva de partido ou candidato na roupa ou qualquer adereço somente é tolerada se manifestada de forma silenciosa ou individual.</p> <p>(...)</p>



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

<p>Ainda poderia se argumentar que houve divulgação de propaganda por meio das aludidas bandeiras.</p> <p>Além do óbice específico de que essa conduta se amoldaria a tipo penal não contido na denúncia, há outro impedimento de ordem sistemática.</p> <p>Isso porque o art. 39-A, <i>caput</i>, 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.</p> <p>Logo, a conduta do recorrente estaria subsumida na exceção legal, expressamente ressalvada pela lei.</p>	<p>Nesse raciocínio, toda e qualquer ação que desborde a manifestação silenciosa e individual é expressamente proibida e tipificada como crime de propaganda em dia de eleição, vulgo propaganda boca de urna, a exemplo de aglomeração de pessoas utilizando bandeiras, broches ou dísticos na vestimenta.</p> <p>(...)</p> <p>Frise-se que a aglomeração de pessoas com adesivos de um mesmo candidato ou partido, não representou manifestação individual e silenciosa da preferência de eleitores por certo candidato, mas, sim, efetiva reunião de pessoas, todas portando instrumentos de propaganda eleitoral, no caso adesivos do candidato número 15, causando tumulto próximo ao local de votação.</p>
--	--

O entendimento aqui defendido encontra amparo no art. 61, §1º da Resolução TSE nº 23.457/2015, o que permite concluir que o TSE tem idêntico posicionamento:

Art. 61. 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 ([Lei nº 9.504/1997, art. 39-A, caput](#)).

§ 1º São vedados, no dia do pleito, até o término do horário de votação, a aglomeração de pessoas portando vestuário padronizado e os instrumentos de propaganda referidos no caput, de modo a caracterizar manifestação coletiva, com ou sem utilização de veículos ([Lei nº 9.504/1997, art. 39-A, § 1º](#)).

De salientar que, como muito bem observado pela Dra. Gisele Anne Vieira de Azambuja, considerando que o fato narrado na denúncia em verdade subsome-se ao tipo penal disposto no inciso III do § 5º do art. 39 da Lei 9.504/97, 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. Ademais, considerando que ambos os tipos preveem a mesma pena, da recapitulação aos fatos não resulta agravamento da situação do réu, em observância ao art. 617 do Código de Processo Penal.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL**

Portanto, o recurso deve ser conhecido e provido, a fim de que se unifique a jurisprudência pátria, dando-se prevalência ao posicionamento adotado no voto vencido, que se encontra em consonância com a doutrina e com a jurisprudência.

4 – DO PEDIDO

Por todo o exposto, requer o Ministério Público Eleitoral o conhecimento deste recurso especial eleitoral e, no mérito, o seu provimento, a fim de que seja modificado o acórdão recorrido, reconhecendo-se que os fatos, tal como admitidos no acórdão, amoldam-se ao tipo penal previsto no art. 39, §5º, III, da Lei nº 9.504/97 e, de consequência, condenando-se o réu como incurso nas sanções deste crime.

Por derradeiro, caso decida esta egrégia Corte pela condenação, reformando a decisão do TRE gaúcho, tendo em vista a decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/SP, confirmada recentemente em 11-11-2016 no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964246, que teve repercussão geral reconhecida⁴, **requer o Ministério Público Eleitoral a imediata execução provisória da condenação.**

Porto Alegre, 24 de novembro de 2016.

**Marcelo Beckhausen
PROCURADOR REGIONAL ELEITORAL**

⁴A manifestação do relator pelo reconhecimento da repercussão geral foi seguida por unanimidade no Plenário Virtual. O mérito foi decidido diretamente no mesmo sistema, por tratar-se de reafirmação da jurisprudência consolidada no STF. O entendimento, nesse ponto, foi firmado por maioria, vencidos os ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello. A ministra Rosa Weber não se manifestou.