



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

1/30

**EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) JUIZ(A) ELEITORAL RELATOR(A),
EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO SUL**

Recurso Criminal n. 49-22.2013.6.21.0154

Procedência: ARROIO DO TIGRE-RS (154ª ZONA ELEITORAL – ARROIO DO TIGRE)

Recorrente: MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL

Recorridos: MARCOS ANTONIO PASA

EDUARDO MAINARDI

Relator(a): DRA. MARIA DE LOURDES GALVÃO BRACCINI DE GONZALEZ

PARECER

RECURSO CRIMINAL. LEI 9.504/97, ART. 39, § 5º, III. PROPAGANDA NO DIA DA ELEIÇÃO. VEÍCULO ADESIVADO ESTACIONADO DEFRENTE A SEÇÕES ELEITORAIS. NÃO COMPROVAÇÃO DE CASO FORTUITO / FORÇA MAIOR. DOLO CONFIGURADO. EMENDATIO LIBELLI. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. 1. São incontroversos tanto a aparência adesivada da Kombi – com propaganda eleitoral do candidato recorrido – quanto o local em que estava estacionada – defrente à edificação em que instaladas cinco seções eleitorais (a maior concentração de eleitores da cidade). **2.** A tese de defesa – ausência de tipicidade subjetiva – escorou-se na alegação de que o veículo sofrera uma pane elétrica (caso fortuito / força maior). **3.** A ausência de comprovação do fato alegado associado às contradições e lacunas da versão apresentada, autorizam a conclusão pela incorrência do defeito. **4.** Dolo extraído das circunstâncias do caso concreto. **5.** Ao fato processado deve ser dada nova definição jurídica (*emendatio libelli*) para o fim de que seja capitulado no art. 39, § 5º, inciso III, da Lei 9.504/97 (em lugar do inciso II). **6.** O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP, em 17-2-2016, decidiu que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”. Esse entendimento foi reafirmado no dia 5-10-2016, na conclusão do julgamento das medidas cautelares pretendidas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, e novamente em 11-11-2016 no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964246, que teve repercussão geral reconhecida.

Parecer pelo provimento do recurso e pela execução provisória da pena.



I – RELATÓRIO

Trata-se de recurso interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL contra a sentença (fls. 290-293) que julgou improcedente a denúncia para absolver os recorridos da prática do crime do art. 39, § 5º, II, da Lei 9.504/97 por insuficiência de provas para a condenação.

Nas razões recursais (fls. 297-302) o MPE esmiúça o conjunto probatório acostado aos autos e, após apontar incongruências entre as circunstâncias do crime e a tese da defesa (encampada pela sentença), conclui pela existência de provas suficientes para a condenação dos réus pela prática de crime eleitoral.

Com contrarrazões (fls. 307-309), vieram os autos à Procuradoria Regional Eleitoral para emissão de parecer.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Preliminarmente, observa-se que o recurso do MPE, interposto no quinto dia após a intimação pessoal do Promotor de Justiça Eleitoral (fl. 296, v. e certidão da fl. 310), é tempestivo (CE, art. 362).

Não há prescrição a ser reconhecida porque o transcurso de tempo entre a data do fato (07-10-2012 – fl. 02) e o recebimento da denúncia (25-9-2014 – fl. 151) e entre este e o presente momento é inferior a 04 (quatro) anos (CP, arts. 109, V, 111, I e 117, I).

Acrescente-se que a prescrição em abstrato pela mínima, salvo a superveniência de novo marco interruptivo (v.g., a publicação de acórdão condenatório recorrível – CP, art. 117, IV), operar-se-á em 24-9-2017.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

3/30

Convém mencionar que EDUARDO MAINARDI, nascido em 09-10-1990 – e, portanto, com 21 (vinte e um) anos de idade na data do fato – não tem direito à contagem pela metade dos prazos prescricionais porque o art. 115 do CP limita o benefício ao “menor de 21 (vinte um) anos” na data do fato.

A par disso, não há nulidades processuais a serem declaradas. Os recorridos, devidamente assistidos por advogado, recusaram a suspensão condicional do processo (fl. 66).

O recebimento tardio da denúncia, por sua vez, quando já em curso a instrução do processo, não resultou em qualquer prejuízo para a defesa. Conforme lucidamente ponderado pela magistrada *a quo* (fl. 278):

A questão sobre o recebimento da denúncia após a resposta à acusação não traz nenhum prejuízo aos réus, pelo contrário, apenas benefícios, já que ao juiz seria lícito não receber a denúncia após a resposta à acusação. Talvez pudessem trazer algum prejuízo à própria acusação, mas não à defesa dos réus. Importa dizer que as testemunhas de defesa somente foram ouvidas, rigorosamente, após a ouvida das testemunhas de acusação, sendo que a inversão, sim, causaria nulidade, o que não foi o caso. Ademais, cumpre salientar que este juízo deferiu a transferência de audiência de instrução por pedido da defesa, revelando-se o resguardo da ampla defesa.

No mérito, **deve ser reformada a decisão de absolvição.**

O MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL denunciou MARCOS ANTÔNIO PASA e EDUARDO MAINARDI pela prática dos seguintes fatos:

No dia 07 de outubro de 2012, em horários e locais diversos, principalmente, na via pública, no município de Arroio do Tigre/RS, os denunciados MARCOS



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

4/30

ANTONIO PASA e EDUARDO MAINARDI, por diversas vezes, promoveram a arregimentação de eleitor ou a propaganda de boca de urna.

Nas oportunidades, os denunciados, em comunhão de esforços e acordo de vontades, promoveram a arregimentação de eleitor e, **no dia da eleição (07.10.2012)** promoveram boca de urna, agindo da seguinte forma: **o denunciado MARCOS ANTONIO PASA**, previamente mancomunado com o co-denunciado, **locou o veículo VW/Kombi, placas IOG 1294** pertencente à Neida Kleger Mai, na cidade de Sobradinho. **Após, repassou o citado veículo ao denunciado EDUARDO MAINARDI (seu cabo eleitoral e sobrinho)** para que fosse utilizado para a prática de boca de urna.

Por seu turno, **o denunciado EDUARDO MAINARDI** praticou boca de urna **no dia da eleição [1]** tráfegando com o citado veículo e entregando propaganda eleitoral, bem como o **[2] estacionou em frente ao maior local de votação de Arroio do Tigre**, previamente acordado com o co-denunciado, **sendo que tal veículo estava adesivado com propagandas eleitorais** do denunciado MARCOS ANTONIO PASA e da Coligação Unidos Podemos Mais (auto de apreensão e arrecadação das fls. 08/12).

A partir da análise dos trechos destacados, percebe-se que os recorridos foram denunciados pela prática de duas condutas, quais sejam: **[1]** a entrega de propaganda eleitoral no dia da eleição; e **[2]** o estacionamento de veículo adesivado em frente a local de votação no dia da eleição.

Analisando-se o conjunto probatório, não encontramos elementos de prova acerca da suposta entrega de propaganda eleitoral no dia do pleito.

Ainda que tenha sido constatada a existência de artigos relacionados à campanha eleitoral no interior do veículo apreendido, “*o mero porte de material de propaganda no dia do pleito, sem que se verifique sua distribuição, não caracteriza o delito em comento*” (RC nº 653, Acórdão de 01/12/2015, Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, DEJERS 4/12/2015).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

5/30

Assim, correta a absolvição dos recorridos quanto a essa imputação.

Por outro lado, há elementos de prova, coerentes e bem concatenados entre si, aptos a que se conclua, com segurança, pela ocorrência da conduta de estacionar veículo adesivado em frente a local de votação na data do pleito, bem como pela atuação conjunta dos recorridos para alcançar esse mister.

Com efeito, de acordo com o Boletim de Ocorrência n. 861/2012 da Polícia Civil de Arroio do Tigre, lavrado no dia 07/10/2012, às 08:42 horas, Dori Edson Quoos, na qualidade de Policial Civil em serviço, comunicou que (fl. 09):

Na manhã de hoje efetuando diligências pelas ruas da cidade em virtude das Eleições, fomos acionados a comparecer na Rua Reinaldo Oracio Seitenfus, onde em frente a Escola Estadual de Arroio do Tigre, onde funciona cinco seções de votação, estaria estacionada uma camioneta marca VW/Kombi, contendo propaganda política da Coligação Unidos Podemos Mais, dos partidos políticos PSB, PMDB, PDT e PT, bem como do candidato a vereador Marcos Pasa, nro. 15555; comparecemos no local e constatou-se a veracidade dos fatos (...)

O veículo foi apreendido (fls. 11 e 12) e, ato contínuo, observou-se estar registrado em nome de Nelda Kegler Mai, com endereço residencial na cidade vizinha, Sobradinho-RS.

Ouvida em sede policial, Nelda Kegler Mai (fl. 29) declarou que a Kombi havia sido locada por 45 (quarenta e cinco) dias para MARCOS PASA, então candidato a vereador em Arroio do Tigre, pelo valor de R\$ 1.800,00 (um mil e oitocentos reais), os quais foram pagos em espécie ao seu marido. Em juízo, a testemunha (fls. 118-120) confirmou a locação do veículo.

Ouvido apenas em juízo, o cônjuge da testemunha, Petrolino Mai (fls. 126-127 e 261-265), confirmou que as tratativas para locação do veículo haviam



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

6/30

sido realizadas entre ele e MARCOS PASA bem como informou que a locação da Kombi tinha por finalidade sua utilização na campanha eleitoral do último.

O recorrido MARCOS ANTONIO PASA, em sede policial (fl. 32) e em juízo (fls. 233, 234, 234-A e 235), confirmou ter locado a Kombi para utilização em sua campanha eleitoral.

Ambos recorridos afirmaram que na data do fato a direção da Kombi estava a cargo do corréu EDUARDO MAINARDI, sobrinho e cabo eleitoral de MARCOS ANTONIO PASA.

A circunstância de a Kombi ter sido usada para campanha eleitoral, funcionando, segundo os informantes, Maicon Ramineli Dracler (fls. 221-223) e José Edir Bulsing Junior (fls. 233, 234, 234-A), como “comitê eleitoral ambulante” de MARCOS PASA, induz à conclusão de que fora identificada com elementos da Coligação Unidos Podemos Mais e do referido candidato.

Acerca da aparência da Kombi no dia do Pleito de 2012, Larissa Savegnago Fajardo, Delegada de Polícia Civil em serviço na data do fato (fls. 202-203), afirmou haver “propaganda eleitoral desse candidato a vereador colada nos vidros”. Da mesma forma, Dori Edson Quoos, Policial Civil também em serviço na data do fato (fls. 154-156), valeu-se da expressão “**toda adesivada**” para descrever a Kombi em questão.

O local onde a Kombi estava parada – em frente à Escola Estadual de Arroio do Tigre, maior colégio eleitoral da localidade, com cinco seções de votação¹ – foi apontado de maneira uníssona por Larissa Savegnago Fajardo (fls. 202-203) e Dori Edson Quoos (fls. 154-156), tendo a Delegada da Polícia Civil, inclusive, especificado que a Kombi “**ficou parada exatamente em frente ao portão do colégio**”.

¹ Informação disponível no sítio eletrônico do TRE-RS (<http://www.tre-rs.jus.br/apps/locais/index.php?acao=municipio&localidade=7425&nome=ARROIO%20DO%20TIGRE>).



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

7/30

Inclusive, o informante José Edir Bulsing Junior (fls. 233, 234, 234-A) mencionou o exato mesmo local: “Chego lá no portão da escola já vejo a Kombi embarcada em cima do guincho já fui pra minha atividade” (de fiscal do partido nas seções eleitorais do local).

Os próprios recorridos confirmam a localização “perto da seção eleitoral” (fls. 233, 234 e 234-A), apenas procuram justificar que não estava “bem em frente”, mas um pouco mais para o lado, próximo ao Posto de Saúde, segundo EDUARDO MAINARDI (fls. 233, 234 e 234-A). Contudo, salvo suas próprias afirmações, isoladas no contexto probatório, nada contradiz a palavra uníssona das testemunhas.

Incontrovertidos, assim, tanto a aparência adesivada da Kombi – com propaganda eleitoral de MARCOS PASA – quanto o local em que estava estacionada – defronte à edificação em que instaladas cinco seções eleitorais (a maior concentração de eleitores da cidade).

A principal tese de defesa – ausência de tipicidade subjetiva – escorou-se na alegação de que o veículo, cuja locação coubera a MARCOS PASA, e a direção, na data do fato, a EDUARDO MAINARDI, sofrera uma pane elétrica enquanto trafegava, circunstância (caso fortuito / força maior) que levou o último a estacioná-la no local onde se encontrava no momento do sinistro.

Ao alegar a ocorrência de um fato, a defesa chamou para si ônus de comprovar sua ocorrência (CPP, art. 156, *caput*), não tendo, contudo, alcançado êxito

Maicon Ramineli Dracler (fls. 221-223), motorista da Kombi no período de propaganda eleitoral, na condição de informante (em razão de sua filiação partidária) mencionou a ocorrência de duas ou três falhas no período em que lhe coube a direção do veículo.



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

8/30

José Edir Bulsing Junior (fls. 233, 234, 234-A), mecânico, também na condição de informante (em razão de sua filiação partidária) disse ter atendido a duas ocorrências envolvendo a Kombi no período da propaganda eleitoral: um problema na roda, resolvido na oficina, e a reconexão de um cabo que alimenta a parte elétrica do motor, realizada no próprio local do sinistro.

Conquanto José Edir Bulsing Junior tenha afirmado que não cobrou pelos reparos realizados e, por isso, não emitiu nota fiscal, a completa inexistência de prova documental afasta qualquer credibilidade quanto ao alegado.

Conforme bem pontuado pelo MPE com atuação em primeira instância (fl. 304), *“o processo de prestação de contas eleitoral é altamente burocrático, não se permitindo que qualquer forma de doação, prestação em serviços, mesmo que a título gratuito seja feita de forma não documental, devendo ser declarados inclusive serviços estimáveis em dinheiro recebidos em doação”*.

De qualquer forma, releva notar que nenhum dos dois informantes presenciou a suposta pane do veículo no dia das eleições, sendo certo que **a apresentação de falhas anteriores à data do ilícito (se de fato ocorreu) não se presta para a comprovar o fato alegado pela defesa.**

Ainda sobre a tese da defesa, MARCOS PASA, durante seu interrogatório judicial disse que *“(...) conversando depois com o pessoal lá do guincho, ele realmente o ... Neto, lá, disse que no dia que foi tentado retirar lá por parte da Dona Nelda e o Petrolino que era o proprietário da Kombi, não conseguiram fazer com que ela pegasse, sendo necessário a manutenção da parte elétrica para fazer ela andar, se locomover que seja”*.

Egildo Antônio Neto (fls. 110-112), proprietário da empresa Neto Guinchos, questionado sobre os fatos disse que não estava presente nem no momento em que a Kombi foi guinchada nem quando foi retirada, na sua empresa, pelo proprietário. Ao consultar o “processo” (ao que tudo indica, documentação



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

9/30

mantida pela empresa) viu a anotação de que o veículo estava com um pneu murcho e não pegou no primeiro instante em que o proprietário foi retirá-la.

Petrolino Mai (fls. 126-127 e 261-265), proprietário do veículo, disse que ao retirá-lo do guincho, “*uns dois dias depois*” da apreensão, teve dificuldade para ligá-lo. Segundo explicou, estava “*falhando*”, mas não soube informar se isso tinha ou não relação com o cabo de vela. Acrescentou haver um “*meio*” mecânico no local (Décio Antônio), que o auxiliou a fazer o veículo “*pegar*” e, alfim, conseguiu trafegar com a Kombi. Informou, ainda, ter posteriormente levado-a ao mecânico.

A despeito de Petrolino Mai ter referido duas pessoas que analisaram o veículo depois da alegada pane elétrica – quais sejam, o “meio” mecânico Décio Antônio e o mecânico para a qual levou a Kombi depois de retirá-la do guincho – a defesa, podendo (com fundamento no art. 209, § 1º, do CPP), não requereu suas oitivas.

A inexistência de liame de necessariedade entre a dificuldade de dar partida em uma Kombi parada há dois dias (cujas causas poderiam ser as mais diversas) e a alegada pane elétrica conduz, mais uma vez, à conclusão de não comprovação da tese da defesa.

Mais eloquentes, contudo, são as **inúmeras contradições em que recaiu EDUARDO MAINARDI durante o interrogatório judicial** (fls. 233, 234, 234-A):

EDUARDO – Eu tava no sábado de noite em casa e o Maicon passou lá para eu fazer um favor para ele no domingo de manhã, que ele ia ficar até tarde cuidando aí que tem compra de voto essas coisa na rua. Domingo de manhã era pra mim passar nas... nos lugar de voto pra vê se os fiscal tavam no lugar. Eu peguei a Kombi na casa dele e eu passei ali na escola ali e quando eu tava passando na frente ali apagou, que eu ia chegá ali, mas apagou antes ali no posto de saúde. Daí eu estacionei e eu subi ali perto do mercado Mainardi no centro.

J – Tá, apagou enquanto o senhor estava na via pública, no meio da via pública?

EDUARDO – Isso.

J – E como é que o senhor estacionou?

EDUARDO – Mas tava correndo assim e eu estacionei para não deixar no meio da rua.

(...)

J – Alguém ajudou o senhor?



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

10/30

EDUARDO – Não. Quando ela apagou eu pensei eu vou atrás de um mecânico. Eu subi ali na frente do mercado tinha um pessoal do Partido e coisa quando eu cheguei lá para ver se ele soubesse de algum mecânico.

(...)

J – O senhor foi procurar quem?

EDUARDO – **Eu subi ali pra ver se alguém arrumava um mecânico**, que ela apagou e eu não podia fazer nada.

J – Tá e daí?

EDUARDO – **Daí quando eu cheguei lá em cima, era eu acho que era, o coordenador de campanha, eles falaram que já tinham falado com eles sobre a Kombi parada ali né**, não sei se ligaram o que que fizeram, que era pra mim descer lá com a chave que já ia chegar um mecânico (...)

MPE – O senhor disse que subiu a pé ali para conversar pra dizer que a Kombi tava com problema?

EDUARDO – É.

MPE – O senhor falou com quem?

EDUARDO – **Se eu não me engano era o ... eu não me lembro agora quem que era**, era algum coordenador de campanha aí. Tinha uns quantos pessoal lá.

MPE – Tá e daí ele ligou para o mecânico?

EDUARDO – **Não, já tinham informado que a Kombi tinha estragado, não sei quem que ligou pra eles, não sei.**

MPE – Mas como ele sabia que a Kombi tinha estragado.

EDUARDO – **Alguém ali que fica ali nas urna ali alguém deve ter falado. Isso eu não sei né.**

MPE – Mas o senhor falou com alguém antes de chegar ali?

EDUARDO – **Ali? Não.**

MPE – Mas aí eles viram a Kombi parada e deduziram que ela estava estragada?

EDUARDO – **Daí isso eu não sei.**

MPE – Onde é que o senhor estava indo naquele momento?

EDUARDO – eu ia chegar ali na fre... alí pra ver se tavam os fiscal ali.

MPE – E aí o senhor ia descer e ir lá dentro para ver se eles estavam?

EDUARDO – Sim.

MPE – E depois dali o senhor ia onde?

EDUARDO – (...) eu ia passar em todas, né.

(...)

MPE: E porque o senhor não falou isso em seu depoimento na Polícia?

EDUARDO – Eu falei que tinha estragado. (...)

MPE leu integralmente o depoimento.

MPE – O senhor não referiu que a Kombi deu problema.

EDUARDO – Mas eu falei. E o policial nenhuma vez me abordou. Que eles nem tavam aí na hora que eu pa... que estragou.

MPE – Mas isso o senhor falou na Delegacia.

EDUARDO – Não falei isso, não.

MPE – E porque o senhor assinou?

EDUARDO – Eu não li na hora.

(...)

Deveras, incompreensível como ele teria conseguido estacionar, sem qualquer ajuda, um veículo que havia simplesmente parado de funcionar no meio da rua.

Incompreensível, ainda, a forma como supostamente teria sido acionado o mecânico (informante) José Edir Bulsing Junior para comparecer ao local



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

11/30

do sinistro no dia do pleito, circunstância que comprovaria a ausência de dolo dos recorridos em parquear o veículo defronte às seções eleitorais.

Convenientemente o informante não soube dizer quem teria lhe acionado na manhã do pleito (fls. 233, 234, 234-A):

O que eu fiquei sabendo, eu tava até inclusive de fiscal na escola, estava indo pra escola, fiscal do partido, e até fui informado por um companheiro, agora não me lembro mais, na ocasião, que tinha dado um problema na Kombi, que a Kombi tinha parado na frente do colégio (...) Durante o caminho da minha residência me comunicaram que a Kombi tinha um problema, eu ia antes de começar minha atividade no colégio, verificar o que tava acontecendo. (...) Foi no meu caminho que eu recebi a informação que a Kombi teria problema (...)

EDUARDO MAINARDI não declinou o nome do(s) coordenador(es) de campanha para o(s) qual(is) teria solicitado ajuda para encontrar um mecânico, tampouco soube esclarecer como ele(s) já estaria(m) sabendo da pane que acabara de ocorrer.

MARCOS ANTONIO PASA, por sua vez, limitou-se a uma resposta evasiva (fls. 233, 234, 234-A):

MPE – Nessa data quem é que fez a ligação para o mecânico?

MAP – Eu não sei se foi uma ligação (...)

MPE – E nem nenhum registro formal dessa comunicação? ... O telefone de alguém?

MAP – Pois é Dra., assim eu não sei se foi pessoalmente alguém comunicou porque existia uma equipe digamos assim de coordenação de campanha que estava com certeza fiscalizando geral então não posso dizer se foi um contato telefônico ou pessoal, né, com o mecânico em si.



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

12/30

Acrescente-se que EDUARDO MAINARDI, quando questionado sobre o porquê de não ter informado a ocorrência da suposta pane elétrica quando depôs em sede policial, à míngua de explicação lógica, respondeu que Polícia Federal teria inserido e retirado partes de seu depoimento, versão absolutamente inverossímil.

Além disso, *“também causa estranheza que, se a utilização da Kombi era apenas para conferência e controle dos fiscais nas sessões eleitorais, por qual motivo saiu com todo o material eleitoral, com adesivos colocados nos vidros e santinhos do candidato Marcos Antônio Pasa dentro do veículo?”* (fl. 270, v.).

Em verdade irrazoável crer que a Kombi locada por MARCOS ANTÔNIO PASA para sua campanha eleitoral, estivesse no dia do pleito, a serviço da legenda. No mínimo seria de se esperar que isso tivesse sido decidido em alguma reunião e estivesse consignado em ata do partido do recorrido, mas tal qual as demais afirmações defensivas, não foi acompanhada da respectiva prova documental.

A ausência de comprovação do fato alegado pela defesa (pane elétrica) associado às contradições e lacunas da versão apresentada, permite que se conclua com absoluta segurança pela inoccorrência do aventado defeito elétrico no veículo.

Afastada a tese do caso fortuito/força maior, **o dolo dos recorridos é extraído das circunstâncias do caso concreto**, mais especificamente da aparência adesivada da Kombi – com propaganda eleitoral de MARCOS PASA – e do local em que estava estacionada – defronte à edificação em que instaladas cinco seções eleitorais (a maior concentração de eleitores da cidade), circunstância essas que demonstram o intento de influir na vontade do eleitores.

Provados a autoria, a materialidade e o dolo, impõem-se a condenação dos recorridos pela prática de crime eleitoral.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

13/30

Contudo, **ao fato processado deve ser dada nova definição jurídica (*emendatio libelli*) para o fim de que seja capitulado no art. 39, § 5º, inciso III, da Lei 9.504/97.**

Com efeito, o fato descrito na denúncia e que restou provado ao longo da instrução penal – estacionamento de veículo com propaganda eleitoral defronte à edificação em que instaladas cinco seções eleitorais – não configura a conduta de arregimentação de eleitor ou boca de urna prevista pelo art. 39, § 5º, II, da Lei 9.504/97 e, sim, o crime de divulgação de qualquer espécie de propaganda de partidos políticos ou de seus candidatos, prevista no inciso III do mesmo dispositivo.

Segundo Rodrigo López Zilio² (com grifos nossos):

O tipo penal em apreço [art. 39, § 5º, III, da Lei 9.504/97] não exige a prova de uma finalidade específica, **bastando, tão somente, a vontade livre e consciente de divulgar qualquer espécie de propaganda de partidos ou candidatos no dia da eleição**. Tampouco é exigido que o eleitor, ao final, tenha o seu convencimento pessoal alterado pela ação delituosa levada a efeito pelo agente criminoso.

Em suma, a propaganda eleitoral no dia do pleito não é permitida – exceto '*a propaganda eleitoral veiculada gratuitamente na internet, no sítio eleitoral, blog, em sítio interativo ou social, ou outros meios eletrônicos de comunicação, do candidato, ou no sítio do partido ou coligação, nas formas previstas no art. 57-B da Lei nº 9.504/97*' (art. 4º, parágrafo único, da Resolução nº 23.457/15 do TSE) e a realização de comícios de encerramento de campanha (art. 39, § 4º, da LE). PEREIRA E MOLINARO observam que '*no dia do pleito, portanto, não há espaço para a realização de propaganda eleitoral*', ressaltando, contudo que, '*nesse dia, estão autorizadas a permanência de propaganda previamente afixada em bens particulares e a circulação de veículos com adesivos de campanha*' (p. 281). Prosseguem os preclaros autores, alertando que '**o exercício da chamada manifestação individual e silenciosa deverá verificar-se dentro de parâmetros de razoabilidade, sob pena de extrapolar o permissivo legal. Não observa**

2 Crimes eleitorais, 2ª Edição, Salvador: Jus Podivm, 2016, pp. 241-242.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

14/30

tal condição, por exemplo, o estacionamento de veículo cravado de publicidade de candidato nas proximidades de local de votação' (p. 285).

Em caso muitíssimo semelhante ao que é objeto de análise nos presentes autos, o Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro concluiu pela ocorrência do crime previsto no art. 39, § 5º, III, da Lei 9.504/97, conforme se observa pela ementa a seguir transcrita (com grifos nossos):

Recurso Criminal. Art. 39, § 5º, inc. III, da Lei nº 9.504/97. Sentença condenatória. O posicionamento prevalente nos Tribunais Eleitorais e nesta corte considera **burla à Lei nº 9.504/97** e à Resolução TSE nº 22.718/08, **o estacionamento de veículos repletos de propaganda nas proximidades de locais de votação**. A manifestação silenciosa referida no art. 70, da Resolução TSE nº 22.718/08, caracteriza-se pelo uso de um adesivo apenas. Caminhonete, do tipo S-10, cheia de cartazes e com o capô totalmente revestido com a publicidade de candidata. Manifestações de testemunhas afirmando que veículo estava estacionado em frente a um local de votação. **A liberdade de manifestação silenciosa não alcança um conjunto de adesivos e propagandas diversas**. Manutenção da sentença nos termos em que prolatada.

(RECURSO CRIMINAL nº 177, Acórdão nº 52.398 de 18/10/2010, Relator(a) LUIZ UMPIERRE DE MELLO SERRA, Relator(a) designado(a) LUIZ MÁRCIO VICTOR ALVES PEREIRA, Publicação: DOERJ - Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, Tomo 195, Data 26/10/2010, Página 01/02)

A observação feita por um dos desembargadores votantes na ocasião aplica-se, perfeitamente, ao presente caso concreto: *“o carro é a própria publicidade e está estacionado próximo a uma seção eleitoral; não faz uma manifestação silenciosa – um cartaz ou adesivo no carro do eleitor em apoio ao seu candidato. Não é esse o caso. O carro está tomado de propaganda. Havia intenção, sim, de fazer propaganda eleitoral”* (notas taquigráficas do RC 177/2010-RJ).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

15/30

Por todas essas razões, deve ser dado provimento ao presente recurso, para o fim de que MARCOS ANTONIO PASA e EDUARDO MAINARDI sejam condenados pela prática do crime do art. 39, § 5º, III, da Lei 9.504/97.

II – EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP, em 17-2-2016, alterou o entendimento que vinha adotando desde 2009³ a respeito da (im)possibilidade da execução provisória da pena, para deixar assentado que *“a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”*.

Com efeito, tal como referido pelo Ministro Teori Zavascki, Relator do acórdão acima mencionado, após o julgamento do feito em segunda instância, fica, de ordinário, ressaltada a estreita via da revisão criminal, definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa – e a conclusão sobre a comprovação da autoria e da materialidade do delito.

É dizer, considerando que os recursos de natureza extraordinária não possuem ampla devolutividade, não se prestando ao reexame da matéria fático-probatória, mas à preservação da higidez do sistema normativo, eventual modificação do veredito condenatório daí decorrente ocorrerá, no mais das vezes, em razão de divergência do entendimento sobre questões processuais ou diante da extinção da punibilidade pelo implemento da prescrição da pretensão punitiva (quase sempre impulsionada pelos sucessivos recursos protelatórios manejados pela defesa), ou seja, sem que haja alteração quanto à conclusão acerca da caracterização da autoria e materialidade delitivas.

3 HC 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe de 26-2-2010.



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

16/30

Assome-se a isso, o fato de os recursos excepcionais não possuírem efeito suspensivo (art. 637 do CPP e art. 257 do Código Eleitoral), bem assim que situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios podem sempre ser corrigidas mediante interposição de cautelares para atribuição do aludido efeito a esses recursos e por meio do ajuizamento de *habeas corpus*.

Daí é possível afirmar que, a partir da condenação criminal em segundo grau de jurisdição, o princípio da presunção de inocência⁴ – que até esse momento processual vigorava de forma distinta, por meio das garantias atinentes ao devido processo legal e ao direito probatório – pode (e deve) – em atenção à efetividade da função jurisdicional penal, à necessidade de pacificação social dos conflitos⁵ e à garantia de segurança pública (direito fundamental de todos e dever constitucional do Estado) – ser interpretado de forma mais adequada, considerando que a expressão “culpado”, inscrito no inciso LVII, do artigo 5º da Carta Maior, não possui, semanticamente pelo menos, o mesmo significado da expressão “preso”⁶.

Ou, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, citado pelo Relator Teori Zavaski no voto proferido no HC 126.292/SP:

Para além disso, a garantia impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. No entanto, a definição do que vem a se tratar como culpado depende de intermediação do legislador.

-
- 4 De acordo com o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no HC 126.292/SP: A presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144)
- 5 Também de acordo com o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no HC 126.292/SP: A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados.
- 6 Novamente o Ministro Luís Roberto Barroso pontua que: Veja-se que, enquanto o inciso LVII define que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, logo abaixo, o inciso LXI prevê que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. (...) Assim, considerando-se ambos os incisos, é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

17/30

(...)

A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui. Por exemplo, para impor a uma busca domiciliar, bastam 'fundadas razões' - art. 240, § 1º, do CPP.

Para tornar implicado o réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo é imperiosa a prova além de dúvida razoável.

Como observado por Eduardo Espínola Filho, 'a presunção de inocência é vária, segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa'.

Ou seja, é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável. (...)

Tal entendimento já encontrou eco no Superior Tribunal de Justiça, consoante se depreende das ementas abaixo transcritas:

RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO. (...) **PEDIDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INÍCIO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA.** PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE. MARCO DEFINIDOR. RÉU CONDENADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. RECURSO ESPECIAL JÁ ANALISADO. AUSÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO. NOVAS DIRETRIZES DO STF. POSSIBILIDADE.(...) 4. A decisão proferida pela composição plena do STF, no Habeas Corpus nº 126.292-MG (ainda não publicado), indica que a mais elevada Corte do país, a quem a Lex Legis incumbe a nobre missão de "guarda da Constituição" (art. 102, caput, da CF), sufragou pensamento afinado ao de Gustavo Zagrebelsky - juiz que já presidiu a Corte Constitucional da Itália -, para quem o direito é disciplina prática, necessariamente ancorada na realidade. Deveras, em diversos pontos dos votos dos eminentes juízes que participaram da sessão ocorrida em 17 de fevereiro próximo passado, assinalou-se a gravidade do quadro de "desarrumação" do sistema punitivo brasileiro, máxime por permitir a perene



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

18/30

postergação do juízo definitivo de condenação, mercê do manejo de inúmeros recursos previstos na legislação processual penal. 5. **Sob tal perspectiva é possível assimilar o novo posicionamento da Suprema Corte, forte na necessidade de se empreender, na interpretação e aplicação de qualquer norma jurídica que interfira com a liberdade, uma visão também objetiva dos direitos fundamentais, a qual não somente legitima eventuais e necessárias restrições às liberdades públicas do indivíduo, em nome de um interesse comunitário prevalente, mas também a própria limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais - preservando-se, evidentemente, o núcleo essencial de cada direito - que passam a ter, como contraponto, correspondentes deveres fundamentais.**

6. O aresto proferido pelo STF sinaliza que o recurso especial, tal como o recurso extraordinário, por ser desprovido de efeito suspensivo, não obsta o início da execução provisória da pena, sem que isso importe em malferimento ao princípio da não culpabilidade. Trata-se de importante precedente que realinha a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com o entendimento prevalecente até fevereiro de 2009, momento em que, por sete votos a quatro, aquela Corte havia decidido que um acusado só poderia ser preso depois de sentença condenatória transitada em julgado (HC n. 84.078/MG, DJ 26/2/2010). **Em verdade, a possibilidade de prisão após a condenação em segunda instância, quando se esgota a análise dos fatos e das provas, é coerente com praticamente todos os tratados e convenções internacionais que versam direitos humanos.** 7. Isso não significa afastar do julgador, dentro de seu inerente poder geral de cautela, a possibilidade de excepcionalmente atribuir, no exercício da jurisdição extraordinária, efeito suspensivo ao REsp ou RE e, com isso, obstar o início da execução provisória da pena. Tal seria possível, por exemplo, em situações nas quais estivesse caracterizada a verossimilhança das alegações deduzidas na impugnação extrema, de modo que se pudesse constatar, à vol d'oiseau, a manifesta contrariedade do acórdão com a jurisprudência consolidada da Corte a quem se destina a impugnação. 8. Todavia, no caso dos autos, o embargante foi condenado, por fatos ocorridos há quase dez anos, pelo crime de fraude ao caráter competitivo da licitação e por corrupção passiva. O recurso especial interposto pela defesa foi analisado com profundidade e, ao fim e ao cabo, manteve o decisum proferido pelo Tribunal de origem. Os



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

19/30

embargos de declaração em nada integraram o acórdão, impondo ressaltar que a demora na tramitação de todo o processo, desde a origem até o julgamento por esta Corte, já resultou em benefício para o embargante, dado o reconhecimento de causa extintiva da punibilidade (prescrição da pretensão punitiva apenas com relação ao crime de quadrilha). 9. Nenhum acréscimo às instituições e ao funcionamento do sistema de justiça criminal resulta da não vinculação de magistrados à clara divisão de competências entre os diversos órgãos judiciários, com base na qual cabe ao Superior Tribunal de Justiça a interpretação do direito federal e ao Supremo Tribunal Federal a interpretação da Constituição da República. 10. Embargos de declaração rejeitados. Acolhido o pedido do Ministério Público Federal e determinando a expedição de mandado de prisão, com envio de cópia dos autos ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - juízo da condenação - para que encaminhe guia de recolhimento provisória ao juízo da VEC, para efetivo início da execução provisória das penas impostas ao recorrente. (EDcl no REsp 1484415/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 14/04/2016) (grifos nossos)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. (...) DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO PELA CORTE ESTADUAL. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA PROIBIÇÃO DA REFORMATIO IN PEJUS. COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP, por maioria de votos, firmou o entendimento de que é possível a execução provisória de acórdão penal condenatório, ainda que sujeito a recursos de natureza extraordinária, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência. 2. **Em atenção ao que decidido pelo Pretório Excelso, este Sodalício passou a admitir a execução provisória da pena, ainda que determinada em recurso exclusivo da defesa, afastando as alegações de reformatio in pejus e de necessidade de comprovação da presença dos requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, uma vez que a**



prisão decorrente da decisão que confirma a condenação encontra-se na competência do juízo revisional, não dependendo da insurgência da acusação. Precedentes. 3. Na espécie, por ocasião do julgamento do recurso de apelação, a Corte Estadual determinou a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente, procedimento que, à luz do que decidido pela Corte Suprema, não pode ser acoimado de ilegal, mesmo que pendentes de julgamento recursos de natureza extraordinária interpostos em seu favor. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para aplicar ao artigo 273, § 1º-B, incisos III e V, do Código Penal o preceito secundário do artigo 33 da Lei 11.343/2006, fixando-se a pena do paciente em 5 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. (HC 361.269/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 22/09/2016)

Os argumentos contrários a essa tese propugnam que: 1) a decisão proferida pelo Pretório Excelso não possui eficácia *erga omnes*, nem efeito vinculante; 2) a orientação do STF não pode ser adotada pela Justiça Eleitoral, sob pena de configuração de um inegável contrassenso, pois para as ações cíveis eleitorais há previsão específica no § 2º do art. 257 do Código Eleitoral, segundo o qual os recursos ordinários dirigidos ao TSE, interpostos contra acórdãos de Regionais que resultem em cassação de registro, afastamento do titular ou perda de mandato eletivo, devem ser recebidos com efeito suspensivo; e 3) a decisão proferida em segunda instância pode ser reformada na via especial, não havendo como se reverter o tempo de prisão indevidamente cumprido.

Em relação ao primeiro ponto, transcreve-se trecho do voto do Des. Luiz Felipe Brasil Santos na Pet 27-33.2016.6.21.0000:

De início, cabe-me expressar o óbvio: a última palavra, em matéria constitucional, é aquela proferida pelo excelso Supremo Tribunal Federal (art. 102, *caput*, da Carta Magna). Ora, se há manifestação de seu Tribunal Pleno, apontando para a compatibilidade do imediato cumprimento da pena, após o julgamento pelo respectivo tribunal de apelação (Tribunais de Justiça,



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

21/30

Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais Eleitorais e Superior Tribunal Militar), com o art. 5º, inc. LVII, da Carta da República, a observância de tal decisão é o caminho que recomenda a lógica do sistema judicial.

Nesse sentido, o Novo Código de Processo Civil, em seus arts. 926 e 927, além de outras disposições, positivou, em nosso ordenamento, imperativo que caminha no sentido de instituto típico do direito anglo-saxão: o *stare decisis*.

E, se queremos um Poder Judiciário mais eficiente e dinâmico, que dê as respostas processuais com maior celeridade, o que se revela como anseio da sociedade civil, expressamente posto na Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. LXXVIII (a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação), este é o caminho a trilhar.

No caso em apreço, ainda que a decisão do Pleno do STF tenha sido proferida em *habeas corpus* – e não em ação de controle abstrato de constitucionalidade, de típico efeito *erga omnes* – não foi embasada em peculiaridades do caso concreto, mas no exame da compatibilidade das normas processuais penais – artigos 283 e 637 do Código de Processo Penal – com o disposto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Está-se, portanto, diante de uma mudança de posicionamento, aplicável a todos os demais processos envolvendo casos de réus condenados em segunda instância que aguardam julgamento de recursos especiais e extraordinários, até mesmo por imperativos de igualdade – como necessidade de conferir um tratamento jurisdicional igual para situações iguais – e de segurança jurídica – pois não pode a lei ser julgada constitucional num caso e inconstitucional em outro.

Tanto assim que o Ministro Teori Zavascki, no encerramento de seu voto, deixou clara a intenção de que a tese ali defendida pudesse ser reproduzida nos demais casos em que debatida a mesma questão:

Essas são razões suficientes para justificar a proposta de orientação, que ora apresento, restaurando o tradicional entendimento desta Suprema Corte, no



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

22/30

seguinte sentido: a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu o caráter expansivo, para fora dos limites do caso concreto, das decisões a respeito da (in)constitucionalidade das normas em controle difuso:

Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. **5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão.** 6. Reclamação julgada procedente. (STF, Reclamação n. 4335, Relator Ministro GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20.3.2014)

Por essas razões, o Supremo Tribunal Federal tem reafirmado o entendimento consagrado o HC 126.292/SP, consoante se observa nos julgados abaixo transcritos:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. (...) EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA. PRECEDENTE SEM EFEITOS ERGA OMNES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Inadmissível habeas corpus em face decisão monocrática que não foi desafiada por agravo regimental na origem. 2. (...) 3. **Não há ilegalidade evidente ou teratologia a justificar a excepcionalíssima concessão da ordem de ofício na decisão que, amoldando-se a precedente desta Corte, implementa a execução provisória da pena na pendência de julgamento de recursos excepcionais, sendo certo que, desde o julgamento do HC**



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

23/30

126.292/SP, não se verificou pronunciamento de órgão colegiado que contrarie a compreensão explicitada, naquela oportunidade, pelo Tribunal Pleno. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (HC 135208 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 06/12/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-041 DIVULG 03-03-2017 PUBLIC 06-03-2017)

Agravo regimental em habeas corpus. Penal. Crime de evasão de divisas (art. 22 da Lei nº 7492/86). Condenação confirmada em segundo grau. Execução provisória da pena determinada. Pretendida desconstituição da medida. Negativa de seguimento ao writ por incidência da Súmula nº 691/STF. Possibilidade. Inteligência do art. 21, § 1º, do RISTF. Não ocorrência de violação do princípio da colegialidade. Precedentes. Inexistência de ilegalidade flagrante capaz de temperar o rigor da súmula em evidência. Agravo regimental não provido. 1. Não ofende o princípio da colegialidade o uso pelo relator da faculdade prevista no art. 21, § 1º, do Regimento Interno da Corte, o qual lhe confere a prerrogativa de, monocraticamente, negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário a jurisprudência dominante ou a súmula do Tribunal. 2. A hipótese narrada nos autos não enseja a superação do enunciado da Súmula nº 691 da Suprema Corte. A decisão ora hostilizada não merece reparos, pois a questão foi resolvida nos exatos termos da jurisprudência que se formou na Corte. 3. **A decisão do juízo de origem que determinou a execução provisória da pena imposta ao ora agravante não configurou reformatio in pejus e nem afrontou a jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal Federal que, no julgamento do HC nº 126.292/SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Teori Zavascki, entendeu que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência” (DJe de 17/5/16).** 4. **Esse entendimento, aliás, manteve-se inalterado na Corte, que, em 5/10/16, indeferiu as medidas cautelares formuladas na ADC nº 43 e na ADC nº 44, as quais pleiteavam, sob a premissa da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, a suspensão das execuções provisórias de decisões penais que têm por fundamento as mesmas**



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

24/30

razões de decidir do julgado proferido no HC nº 126.292/SP. 5. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (HC 134863 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 29/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-017 DIVULG 31-01-2017 PUBLIC 01-02-2017)

Agravo regimental em habeas corpus. 2. Direito Processual Penal. 3. Homicídio qualificado. Prisão decorrente de sentença condenatória. 4. Superveniência de julgamentos dos recursos da defesa. Perda de objeto. 5. Condenação confirmada em apelação. 6. Alegação de impossibilidade do cumprimento da sentença condenatória antes do trânsito em julgado. Improcedência. 7. Execução provisória da pena. **O Plenário, no julgamento do HC n. 126.292/SP, relatoria de Teori Zavascki, firmou entendimento de ser possível o início da execução da pena na pendência de recurso extraordinário ou especial. Isso porque, no plano legislativo, o art. 637 do CPP afirma que os recursos extraordinários não têm efeito suspensivo.** 8. Agravo regimental a que se nega provimento. (HC 125708 AgR-segundo, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 17/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 03-06-2016 PUBLIC 06-06-2016)

Ainda, no HC 133.387, o Ministro Relator Edson Fachin, em decisão datada de 14-6-2016, ponderou o seguinte:

Com a revogação expressa do artigo 27, § 2º, da Lei 8.038/90, após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, as regras desse diploma passaram a regulamentar os recursos especial e extraordinário também no âmbito do processo penal, em razão do que dispõe o art. 3º do CPP.

Sendo assim, daquilo que se depreende do art. 995 c/c o art. 1.029, § 5º, ambos do CPC, permanece sendo excepcional a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário na seara criminal.

(...)

Nem mesmo a regra do art. 283, CPP, com sua atual redação, conduz a resultado diverso. Referido artigo dispõe que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

25/30

judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

Essa redação foi dada pela Lei nº 12.403/2011, a qual alterou dispositivos “relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares”. Ao contrário do que se tem propalado, com a devida vênia de quem concebe diversamente, não depreendo da regra acima transcrita, a vedação a toda e qualquer prisão, exceto aquelas ali expressamente previstas. Tem-se sustentado que, à exceção da prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva e prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, todas as demais formas de prisão restaram revogadas pela norma do referido art. 283 do CPP, tendo em vista o critério temporal de solução de antinomias previsto no art. 2º, § 1º, da Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Inicialmente, consigno que não depreendo entre a regra do art. 283 do CPP e a regra que dispõe ser apenas devolutivo o efeito dos recursos excepcionais (art. 637 do CPP c/c a dos arts. 995 e 1.029, § 5º, ambos do CPC) antinomia que desafie solução pelo critério temporal.

Se assim o fosse, a conclusão seria, singelamente, pela prevalência da regra que dispõe ser mesmo meramente devolutivo o efeito dos recursos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, haja vista que os arts. 995 e 1.029, § 5º, ambos do CPC, têm vigência posterior à regra do art. 283 do CPP.

Entendo aplicável ao caso, ao contrário, o disposto no art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei 4.657/1942), segundo o qual regra posterior que dispõe sobre questão especial não revoga as disposições especiais já existentes. Em outras palavras, não há verdadeira antinomia entre o que dispõe o art. 283 do CPP e a regra que confere eficácia imediata aos acórdãos proferidos por Tribunais de Apelação. Primeiro, porque não é adequada a interpretação segundo a qual o art. 283 do CPP varreu do mundo jurídico toda forma de prisão que não aquelas ali expressamente previstas, quais sejam, a prisão em flagrante, a prisão temporária, a prisão preventiva e prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado.

É intuitivo que as demais prisões reguladas por outros ramos do direito, como é o caso da prisão civil por inadimplemento voluntário e inescusável de



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

26/30

pensão alimentícia e a prisão administrativa decorrente de transgressão militar, permanecem com suas regulamentações intactas, a despeito da posterior entrada em vigor do disposto no art. 283 do CPP.

Vale dizer, fosse correta a afirmação segundo a qual depois da entrada em vigor da regra do art. 283 do CPP, toda e qualquer modalidade de prisão não contemplada expressamente no referido dispositivo, estaria revogada, ter-se-ia de admitir que as demais modalidades de prisão civil e administrativa teriam sido igualmente extintas.

Ainda que se possa objetar ter o art. 283 do CPP tratado exclusivamente do fenômeno da prisão penal e processual penal, não haveria a propalada incompatibilidade entre a regra do art. 283 do CPP e aquela que atribui efeito meramente devolutivo aos recursos excepcionais.

Como dito, houvesse incompatibilidade a ser sanada pelo critério temporal (regra posterior revoga regra anterior com ela incompatível), prevaleceria a regra do efeito meramente devolutivo dos recursos especial e extraordinário, dada a vigência posterior dos arts. 995 e 1.029, § 5º, ambos do CPC.

Da forma como concebo referidas normas, no que diz respeito à condenação, o disposto no art. 283 do CPP impõe, como regra, o trânsito em julgado do título judicial. Vale dizer, sentenças de Juízos de primeiro grau, acórdãos não unânimes (ainda passíveis de impugnação por meio dos embargos infringentes) de Tribunais locais, como regra, não podem produzir seus efeitos antes do trânsito em julgado, ou seja, antes de decorridos os prazos preclusivos.

(...) Como dito, o art. 283 do CPP, em regra, exige o trânsito em julgado para a eficácia dos provimentos jurisdicionais condenatórios em geral. As regras dos arts. 637 do CPP c/c a dos arts. 995 e 1.029, § 5º, ambos do CPC, ao atribuir efeito meramente devolutivo aos recursos extraordinário e especial, excepcionam a regra geral do art. 283 do CPP, permitindo o início da execução quando o provimento condenatório for proferido por Tribunal de Apelação.

A afirmação da vigência do art. 283 do CPP, portanto, na minha ótica, em nada macula a conclusão a que chegou esta Suprema Corte quando do julgamento do HC 126.292/SP.⁷

7 A decisão do ministro Edson Fachin no Habeas Corpus 133.387 mostra que o Supremo Tribunal Federal deve manter o entendimento de que a prisão de uma pessoa condenada em duas instâncias é constitucional. Em duas ações declaratórias de constitucionalidade (ADCs 43 e 44), o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o Partido Ecológico Nacional pedem ao STF que reconheça a "legitimidade



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

27/30

Acrescente-se que o entendimento aqui defendido foi reafirmado pelo STF no dia 5-10-2016, na conclusão do julgamento das medidas cautelares pretendidas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, por meio das quais se questiona a constitucionalidade da execução de pena antes do trânsito em julgado da sentença. **E novamente em 11-11-2016 no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964246, que teve repercussão geral reconhecida⁸, quando foi reputada constitucional a questão.**

No tocante ao segundo ponto, tratando-se de matéria analisada à luz da Constituição Federal e sendo o STF a última palavra sobre a questão, deverá o TSE seguir tal entendimento. Além disso, objeta-se que as sanções penais tem por finalidade a tutela dos bens jurídicos mais caros à sociedade, sendo distintos os tratamentos dados às infrações numa e noutra esfera, até mesmo em razão da independência das instâncias cível e penal. De qualquer modo, é na esfera criminal que se exige a prova mais robusta para a condenação e é desta a aptidão para fazer coisa julgada no cível (e não o contrário).

Pondera-se, ainda, que em direito eleitoral a regra é a ausência de efeito suspensivo (art. 257 do Código Eleitoral) e que, em matéria penal eleitoral, o art. 363 do Código Eleitoral determina a execução assim que proferida a decisão condenatória pelo Tribunal Regional. Nesse sentido, o TRE-SP já se pronunciou:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO CRIMINAL. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO. MOMENTO DO INÍCIO DA EXECUÇÃO DA PENA. EXISTÊNCIA DO VÍCIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA ADMITIDA.

constitucional da recente opção do legislador (veiculada na Lei nº 12.403, de 2011) de condicionar o início do cumprimento da pena de prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

O intuito, na prática, é reverter a decisão do Supremo no julgamento do HC 126.292. A questão chegou ao Congresso. O deputado Wadih Damous (PT-RJ) apresentou o Projeto de Lei 4577-16 que propõe dar aos recursos extraordinário e especial efeito suspensivo e, assim, impedir a execução provisória da pena. A decisão no HC 133.387 serve para confirmar a jurisprudência recente da Corte. Até porque o tema enfrentado no *habeas corpus* – o artigo 283 do Código de Processo Penal – é o mesmo a ser discutido nas duas ADCs.

- 8 A 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.



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

28/30

O início do cumprimento da pena não exige o trânsito em julgado, basta a existência de um juízo de incriminação do acusado em segundo grau.

Precedentes: STF.

EMBARGOS ACOLHIDOS, DE FORMA INTEGRATIVA, COM DETERMINAÇÃO.

(EMBARGOS DE DECLARACAO EM PROCESSO nº 8515, Acórdão de 29/03/2016, Relator(a) ANDRÉ GUILHERME LEMOS JORGE, Publicação: DJESP - Diário da Justiça Eletrônico do TRE-SP, Data 07/04/2016)

No que tange ao terceiro ponto, contrapõe-se os dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016, segundo os quais o percentual médio de recursos criminais providos (tanto em favor do réu, quanto do MP) é de 2,93%.

Já a estimativa dos recursos providos apenas em favor do réu aponta um percentual menor, de 1,12%. Como explicitado no texto, os casos de absolvição são raríssimos. No geral, as decisões favoráveis ao réu consistiram em: provimento dos recursos para remover o óbice à progressão de regime, remover o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, remover o óbice à concessão de regime menos severo que o fechado no caso de tráfico, reconhecimento de prescrição e refazimento de dosimetria⁹.

Por último, considerando que a execução provisória da pena é decorrência da condenação do réu em segundo grau de jurisdição, após os julgamentos de primeira e segunda instância, por Juízes experientes, com a comprovação da existência de provas suficientes de autoria e materialidade da prática delitiva, jamais a execução nesses termos pode ser considerada temerária.

Ora, formada a convicção de que deve ser mantida ou proferida a condenação do réu, após análise exauriente do contexto probatório, decorrência lógica desse fato é a crença de que deve o réu cumprir a pena que lhe foi imposta –

9 Informação retirada do Voto do Ministro Luís Roberto Barroso no HC 126.292/SP, p. 7.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

29/30

imediatamente ou após o trânsito em julgado da condenação – e não de que tal decisão deva ser reformada pela instância superior – onde o exame da matéria é restrito às questões de direito.

Por oportuno, transcreve-se trecho do voto do Ministro Edson Fachin no HC 126.292/SP:

Da leitura que faço dos artigos 102 e 105 da Constituição da República, igualmente não depreendo, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça [e o Tribunal Superior Eleitoral, nos casos dos recursos especiais eleitorais em matéria criminal], terem sido concebidos, na estrutura recursal ali prevista, para revisar “*injustiças do caso concreto*”. O caso concreto tem, para sua escorreita solução, um Juízo monocrático e um Colegiado, este formado por pelo menos três magistrados [sete, no caso dos Tribunais Regionais Eleitorais] em estágio adiantado de suas carreiras, os quais, em grau de recurso, devem reexaminar juízos equivocados e sanar injustiças [as observações entre colchetes são nossas].

Destaca-se, por fim, que, para a tese de que a execução provisória de acórdão penal condenatório não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência, pouco importa se a pena em questão é privativa de liberdade ou foi substituída por restritiva de direitos. É dizer, se os fundamentos da referida decisão flexibilizam o disposto no artigo 105¹⁰ da Lei de Execução Penal, para permitir a execução provisória de pena privativa de liberdade (mais grave), com mais razão também o disposto no 147¹¹ da Lei de Execução Penal, cuja redação é anterior à Constituição Federal de 1988, deve ser adequado à exegese constitucional, para promover-se a execução provisória da pena restritiva de direitos (menos grave).

10 Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

11 Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

30/30

IV – CONCLUSÃO

Em face do exposto, o MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL opina pelo provimento do recurso, para o fim de que os recorridos sejam condenados pela prática do crime do art. 39, § 5º, III, da Lei 9.504-97 e pela execução provisória da pena.

Porto Alegre, 23 de março de 2017.

Luiz Carlos Weber,
PROCURADOR REGIONAL ELEITORAL SUBSTITUTO.