



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

1/72

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE,
EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO SUL**

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL

Embargos de Declaração na Ação Penal n. 34-25.2016.6.21.0000

Procedência: PORTO ALEGRE-RS
Embargantes: MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL
GILMAR SOSSELLA
ARTUR ALEXANDRE SOUTO
Relator: DES. SILVIO RONALDO SANTOS DE MORAES

O **MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL**, por seu agente firmatário, em face da decisão proferida por esse Egrégio Tribunal Regional Eleitoral nos autos em epígrafe, vem, com fulcro no artigo 121, § 4º, incisos I e II, da Constituição da República Federativa do Brasil c/c artigo 276, inciso 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, 31 de janeiro de 2018.

Luiz Carlos Weber,

PROCURADOR REGIONAL ELEITORAL.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

2/72



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

3/72

**EGRÉGIO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL
EMINENTE PROCURADOR-GERAL ELEITORAL
EMÉRITOS JULGADORES
EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) MINISTRO(A) RELATOR(A)**

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL

Embargos de Declaração na Ação Penal n. 34-25.2016.6.21.0000

Procedência: PORTO ALEGRE-RS
Embargantes: MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL
GILMAR SOSSELLA
ARTUR ALEXANDRE SOUTO
Relator: DES. SILVIO RONALDO SANTOS DE MORAES

1 – RELATÓRIO

Os autos veiculam ação penal na qual GILMAR SOSSELLA foi processado pela prática dos crimes de concussão (CP, art. 316, *caput*), falsidade ideológica com finalidade eleitoral (CE, art. 350) e propaganda eleitoral no dia do pleito (LE, art. 39, § 5º, III); e ARTUR ALEXANDRE SOUTO, pela prática de concussão (CP, art. 316, *caput*).

Os fatos tiveram lugar durante o período eleitoral de 2014, quando GILMAR SOSSELLA, então Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, concorreu à reeleição a Deputado Estadual, e ARTUR ALEXANDRE SOUTO, então ocupante do cargo em comissão de Superintendente-Geral da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, atuou como coordenador-geral de sua campanha eleitoral.



A denúncia foi assim redigida (fls. 02-18):

1. IMPUTAÇÃO DO CRIME DE CONCUSSÃO – ARTIGO 316 DO CÓDIGO PENAL

1.1 Premissa fática em comparação à premissa normativa (artigo 316 do CP)

No período compreendido entre julho a setembro de 2014, no âmbito da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, ARTUR ALEXANDRE SOUTO e GILMAR SOSSELLA, repartindo o domínio funcional do fato, o primeiro valendo-se da função pública de Superintendente-geral da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, e o segundo de sua autoridade de Presidente da Assembleia Legislativa, **exigiram, sob ameaças implícitas e explícitas de represália de perda de função gratificada**, que servidores da Assembleia Legislativa detentores de tais funções adquirissem ingressos de jantar de arrecadação de recursos para a campanha eleitoral do ano de 2014 de GILMAR SOSSELLA. Assim agindo, os denunciados, de forma livre e consciente, **fizeram incidir o tipo penal do artigo 316 do Código Penal em suas condutas.**

1.1.1 Ações de ARTUR ALEXANDRE SOUTO

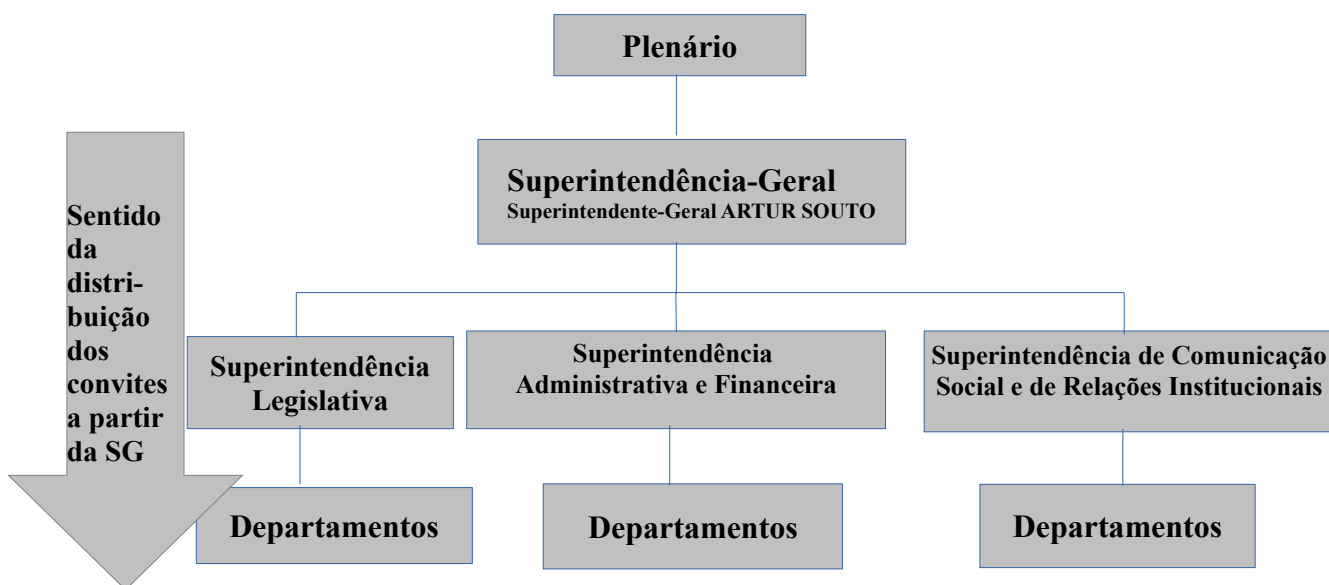
Na repartição do domínio funcional do fato, ARTUR ALEXANDRE SOUTO praticou as seguintes ações:

(1) ARTUR, na qualidade de coordenador da campanha de SOSSELLA, com o aval deste, valendo-se de sua função pública (a mais elevada na Administração da Assembleia Legislativa) e utilizando-se da estrutura administrativa da Assembleia Legislativa, **exigiu, sob ameaça implícita e explícita de represália de perda de função gratificada**, que servidores detentores de funções gratificadas a ele subordinados comprassem os convites de jantar de apoio à campanha eleitoral de SOSSELLA, o qual foi realizado no dia 03/09/2014;

(2) Como se observa da instrução em que constam depoimentos de diretores de departamentos e de coordenadores subordinados a diretores, ARTUR, com o assentimento de SOSSELLA, deliberou por distribuir os convites no sentido da cadeia de subordinação ➔ **Superintendência-Geral ➔ Superintendências ➔ Departamentos**. Essa distribuição contava com um elemento comum – o **exigir** que se compre - , sob tons de ameaça de perda de funções/gratificações, cujos valores superam os próprios vencimentos formais da carreira de servidor concursado. Para facilitar a compreensão da estrutura administrativa da Assembleia Legislativa/RS, segue organograma resumido:



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL



(3) Conforme reconhecido, à unanimidade, no julgamento da AIJE 2650-41, da RP 2649-56 e RP 2651-26 (excerto do voto do relator à página 27):

[...] o Superintendente Geral, ARTUR, com o aval de SOSSELLA, **efetivamente exigiu que os demais superintendentes e diretores adquirissem os ingressos**, e que também assim o fizessem em relação aos seus comandados, detentores de funções gratificadas, **sob a ameaça de sua perda**.

A estratégia utilizada por ARTUR consistiu em frisar aos destinatários que, se comparado com o valor anual das gratificações recebidas, o valor nominal do convite era irrisório, dando a entender que suas designações pertenciam à alta administração e, logo, uma vez nomeados e comprometidos com SOSSELLA, deveriam ajudá-lo na arrecadação de fundos – como verdadeira contraprestação às funções ocupadas.

Perante o Ministério Público Eleitoral, em procedimento preparatório preliminar, ARTUR já afirmara que **“ficou definido que os convites somente seriam oferecidos para servidores de coordenação e direção, tendo em conta que as funções gratificadas recebidas por estes servidores têm valores de R\$ 7.500,00 a R\$ 13.000,00”** (fls. 147-148 do “Anexo 1”).

(4) ARTUR utilizou-se da dispensa do servidor Nelson Delavald Jr (após a recusa deste em comprar o convite) da função de coordenador combinando-a, tal dispensa, com o poder inerente à sua função de Superintendente-Geral, de forma a insinuar que outras dispensas ocorreriam caso os convites não fossem comprados pelos servidores da Assembleia Legislativa/RS a ele subordinados. No entanto, em face do enfrentamento protagonizado pelos ocupantes de funções comissionadas que se recusaram a participar desse ato ilícito, a venda não alcançou o número de servidores esperado. Em sua empreitada, no que tange ao abuso de sua função pública, ARTUR ALEXANDRE SOUTO foi auxiliado pelo Superintendente Administrativo Financeiro, RICIERI DALLA VALENTINA JUNIOR e pelo Chefe de Gabinete da Presidência JAIR LUÍS MÜLLER. Embora esteja comprovada esta situação, quanto estes últimos não



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

6/72

é possível aferir, **por enquanto**, o elemento subjetivo vontade de auxiliar a prática do ato de concussão;

(5) Restou confirmado na instrução da AIJE 2650-41, RP 2649-56 e RP 2651-26 que Nelson Delavald Júnior foi exonerado por não ter comprado o convite do jantar de arrecadação de campanha de GILMAR SOSSELLA e que essa situação, juntamente com ameaças implícitas e explícitas de perda de cargo de confiança. Além disso, a ameaça de auditorias internas em contexto de desvio de poder, foram utilizadas por ARTUR, ao menos em uma reunião com servidores dos Departamento de Gestão de Pessoas e Departamento de Tecnologia da Informação, na data de 29/08/2014, **como elemento de intimidação para dar força ao ato de exigir a compra dos convites** do jantar de arrecadação de fundos de GILMAR SOSSELLA. No ponto traz-se à colação o voto do Relator da AIJE 2650-41, RP 2649-56 e RP 2651-26:

As oitivas destacadas também corroboram que as ameaças se concretizaram pelo afastamento de Nelson Delavald Júnior da função de coordenador junto ao Departamento de Comissões Parlamentares da Superintendência Legislativa, como forma de intimidação dos demais servidores.

Aparentemente, conquanto gozasse de boa avaliação interna, a exoneração de Nelson observou os ditames legais, dentro dos critérios de utilidade e conveniência, em razão de reestruturação interna já prevista, capitaneada pelo seu diretor Ivan Ferreira Leite.

Mas se deu, “coincidentemente”, em momento assaz estratégico, especialmente para ARTUR.

A Nelson foi oferecido o convite ao menos por dois colegas; pelo representado JAIR (Chefe de Gabinete da Presidência) e por Ivan, este último no dia 21.8.2014. Justamente nesta data é que foi solicitada a dispensa de Nelson, subscrita por Ivan, endereçada ao Departamento de Gestão de Pessoas e com o aval (o “de acordo”) da Superintendente Legislativa Fernanda Paglioli e do Superintendente Geral (ARTUR), oficializada no Diário Oficial de 22.8.2014. Concomitantemente, foi solicitada a designação da servidora Vanessa Aparecida Canciam para o lugar de Nelson. Mas, a contar de 27.8.2014, ou seja, 5 dias após, Vanessa retirou-se em licença decorrente de casamento, emendando férias até 23.9.2014 (já de conhecimento de Ivan desde 04.8.2014). Nelson, ademais, não continuou a usufruir de função gratificada, como a que pertencia à sua colega, e a partir daí sucessora, Vanessa (fls. 66-69 e 171-173). Ivan, a propósito, declarou ter devolvido convites a ARTUR, detalhando quem os tinha adquirido em seu setor, e que em 21.8.2014, antes de conversar com Nelson, “Artur Souto entrou em contato e lhe falou sobre a reestruturação do setor, com a dispensa de Nelson e a assunção ao cargo por Vanessa Canciam”, acrescentando que a decisão de dispensa não partiu dele (fl. 174v. do “Anexo 1”).

Para além de inusitada a designação de uma servidora ao exercício efetivo de FG por apenas 5 dias, “às pressas”, tal quadro revela que ARTUR já sabia da recusa de Nelson em adquirir o convite, antes mesmo de ser dispensado, demonstrando que foi o próprio Superintendente Geral da Casa quem determinou a exoneração (porque Nelson não adquiriu o convite). Nelson, a seu turno, ao ser inquirido, declarou que foi exonerado por não ter comprado o ingresso:



Nelson Delavald Júnior:

Desembargadora: Está. E aí, o senhor sofreu alguma ameaça pela não compra?
Testemunha: Eu fui, após a segunda oportunidade, que o convite foi oferecido, eu fui informado de que tinha sido dispensado.

[...]

Testemunha: A minha opinião é que eu fui dispensado porque eu não comprei o convite, é a minha opinião, é o que eu acho.

[...]

Testemunha: Após a segunda oportunidade que o convite me foi oferecido, por Jair Luiz Muller, eu fui até o meu Diretor, no dia seguinte, foi no dia 21 de agosto, e questionei junto a ele se não seria o caso de pedir a minha dispensa da função.

[...]

Defesa: De alguma forma, Jair Luiz Muller lhe forçou, lhe coagiu ou lhe ameaçou quando lhe fez, ou se lhe fez de uma forma dizendo que era facultativo, que era voluntário e que não havia obrigatoriedade?

Testemunha: Ele informou que não era obrigatório a compra do convite.

Defesa: Nada mais, Doutora.

Ato contínuo, ARTUR se reuniu com servidores detentores de função gratificada, ao menos com os do Departamento de Gestão de Pessoas e do Departamento de Tecnologia da Informação, em 29.8.2014 – em razão da veiculação dos fatos pela imprensa. A colheita da prova já grifada também apontou que a pauta foi a venda dos convites, oportunidade em que ARTUR, na ânsia de identificar o responsável pelo “vazamento” de informações, novamente praticou atos intimidatórios, renovando a pressão para aquisição dos ingressos, mas desta vez com a ameaça de que seriam realizadas auditorias internas, ao efeito de aplicar punições, caso detectados erros.

Apurei dos autos, com efeito, a previsão de auditorias no Departamento de Gestão de pessoas (“Auditoria Registros Funcionais e Folha de Pagamento 2009-2014”, nas fls. 584-585) e uma realizada no Departamento de Tecnologia da Informação, instaurada em 11.6.2014 (fls. 587-647). Também aqui, embora pareça certa a previsão de ocorrência de auditorias, é muita coincidência que a lembrança delas tenha sido feita por ARTUR, justamente nas reuniões em que tratado o tema do “churrasco salgado”.

1.1.2 Ações de GILMAR SOSSELLA

Na repartição do domínio funcional do fato, GILMAR SOSSELLA, na condição de Presidente da Assembleia Legislativa e candidato à reeleição ao cargo de Deputado Estadual, praticou as seguintes ações:

(1) GILMAR SOSSELLA contribuiu para a realização do ato de concussão, na medida em que, consultado sobre a realização do jantar de arrecadação, **ordenou** que assim se procedesse, dando o seu **imprescindível consentimento** para a realização dos atos de arrecadação de fundos de campanha por meio de vendas de convites praticadas por ARTUR, caracterizadas pelo elemento coação. Tal fato fora reconhecido, à



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

8/72

unanimidade, no julgamento da AIJE 2650-41, da RP 2649-56 e RP 2651-26 (excerto do voto do relator à página 29):

A participação de SOSSELLA, embora indireta, está no fato de que anuiu com a realização do evento, inclusive quanto ao valor, como por ele admitido:

Sossella: ... e a minha participação neste jantar... nesse convite que foram feitos, Dra., foi a coordenação quando chegou a mim que, teria que ser feita uma forma de arrecadação, que era uma jantar, concordei com o jantar e concordei com o valor. Minha participação foi nesse sentido [...].

[...]

Sossella:[...] toda essa questão envolvendo pessoal, envolvendo a parte administrativa, eles tinham, realmente autonomia, então, nesse sentido, mais toda essa questão pessoal, foi responsabilidade do Artur, porque eu não tinha que estar cuidando desses detalhes...[...]

Juíza: O senhor que teve com ele o acerto do valor da janta?

Sossella: a minha participação foi... Quando a comissão, a coordenação da campanha decidiu fazer, que eu disse... concordo com o jantar, que é uma forma de arrecadação... só pedi que informasse ao tribunal... e concordei com o valor, isso sim.

(2) Dispondo do domínio funcional dos fatos, afirma-se que a participação consciente de GILMAR SOSSELLA é imprescindível para os acontecimentos, pois **sem sua determinação para que se procedesse ao jantar, jamais a forma de arrecadação protagonizada por ARTUR teria acontecido**. Vale referir que, conforme a testemunha Mariana Gonzales Abascal (coordenadora da Divisão de Controle do Quadro Funcional junto ao Departamento de Gestão de Pessoas), **ARTUR era o “braço direito” de SOSSELLA: em questões administrativas, era visto como o próprio SOSSELLA** (excerto do voto condutor da AIJE 2650-41);

(3) A autoria dolosa de GILMAR SOSSELLA revela-se pela demonstração dos elementos do dolo (consciência do fato e vontade de praticá-lo). GILMAR SOSSELLA tinha consciência do desdobramento dos fatos ao ordenar, por meio de seu consentimento imprescindível a realização da forma de arrecadação executada por ARTUR ALEXANDRE SOUTO. ARTUR era/é assessor direto de GILMAR SOSSELLA, “braço direito”, há muitos anos. O próprio GILMAR SOSSELLA, em seu depoimento afirmou ter relação de proximidade política para com ARTUR desde de o ano de 1996 (depoimento prestado AIJE 2650-41 e RP 2651-26). ARTUR foi o coordenador das três campanhas eleitorais de SOSSELLA para o cargo de Deputado Estadual. Além disso, SOSSELLA conhecia, como ficou demonstrado nos autos, que era prática *contra legem* no interior da Assembleia Legislativa a venda de ingressos de arrecadação de campanha. GILMAR SOSSELLA é administrador experiente, pois fora Prefeito Municipal e é deputado reeleito pela terceira vez. Disso se extrai que, ao ordenar que se procedesse a venda dos convites no valor de R\$ 2.500,00, realizada por seu principal assessor ARTUR, tinha o conhecimento de que este, seu fiel braço direito, há longo anos, cumpriria a missão de vender os convites utilizando-se de seu status de superintendente-geral, *longa manus* do Presidente.

(...)



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

1.3 Elementos de materialidade e autoria

Elementos de informação referentes à materialidade e à autoria a comprovar a conduta típica de GILMAR SOSSELLA e ARTUR SOUTO:

Elementos do Inquérito Policial: **1)** cópia do convite de jantar (folha 04); **2)** matéria publicada no Jornal Zero Hora (folha 42); **3)** depoimento de ELTON LEVI SCHRODER FENNER (folha 48-49); **4)** depoimento de NELSON DELAVALD JUNIOR (folha 51-52); **5)** depoimento de ARTUR ALEXANDRE SOUTO (folha 55-56); **6)** depoimento de CARLA POETA POSSAP (folha 69-71); **7)** cópia da conversa por *whatsapp* entre CARLA POSSAP e ALEXANDRE HECK (folha 73-76); **8)** depoimento de PATRÍCIA KOHLMANN AMATO (folha 87-89);

9) depoimento de MARIANA GONZALES ABASCAL (folha 90-92); **10)** depoimento de ALEXANDRE HECK (folha 94-96); **11)** depoimento de CESAR RICARDO MOLINA (folha 98-100); **12)** depoimento de MIRELLA SOUZA SCHORR (folha 101-102); **13)** depoimento de ERICO MAURÍCIO SANTOS ROCHA (folha 103-104); **14)** depoimento de FÁBIO AUGUSTO BITENCOURT RANQUETAT (folhas 106-107); **15)** depoimento de ELIANE CHIMENDES MACIEL (folhas 109-110); **16)** ofício informando o afastamento de VANESSA APARECIDA CANCIAM (folha 165); **17)** depoimento de JACQUELINE SIEG (folha 169-171); **18)** depoimento de THAIS MARINA BITTENCOURT DALCOL NEUKAMP (folha 176-178); **19)** depoimento de HENRIQUE SHIGEHISA MIYAI (folha 179); **20)** depoimento de ABRAMO LUI DE BARROS (folha 181-182); **21)** depoimento de FERNANDO LUIZ BOFF (folha 188-189); **22)** depoimento de FLÁVIO DALBOSCO DE OLIVEIRA (folhas 194-195); **23)** depoimento de ELENICE MARIA DE MELLO (folha 197); **24)** depoimento de RAFAEL DE AGUIAR PEREIRA (folha 199-201); **25)** depoimento de EDISON GUERREIRO SOARES (folha 203-204); **26)** depoimento de BEATRIZ SCHRODER FAILLANCE (folhas 206-207); **27)** depoimento de MARIA CRISTINA BORTOLINI (folhas 209-211); **28)** depoimento de LUIZ CARLOS BARBOSA DA SILVA (folhas 213-214); **29)** depoimento de LUCIANE PICADA (folhas 216-217); **30)** depoimento de MARCIO ALMEIDA ESPINDOLA (folha 320-321); **31)** depoimento de RICIERI DALLA VALENTINA JUNIOR (folha 332-334); **32)** depoimento de JAIR LUIS MULLER (folha 473); depoimento de FERNANDA SCHNORR PAGLIOLI (folha 474).

Elementos da instrução da AIJE 2650-41 e RP 2651-26: **1)** depoimentos de CARLA POETA POSSAP, CESAR RICARDO MOLINA, MARIA CRISTIANE BORTOLINI, LUIZ CARLOS BARBOSA DA SILVA, NELSON DELAVALD JR, ALEXANDRE HECK, PATRÍCIA KOHLMANN AMATO, MARIANA GONZALES ABASCAL, FÁBIO AUGUSTO BITENCOURT RANQUETAT, LUCIANE PICADA, ELTON LEVI SCHRODER FENNER e IVAN FERREIRA LEITE; **2)** depoimento de GILMAR SOSSELLA; **3)** depoimento de ARTUR ALEXANDRE SOUTO; **4)** acórdão prolatado pelo E. TRE/RS, no julgamento conjunto da **AIJE 2650-41 e RP 2651-26.**

Elementos da instrução do Procedimento Preparatório Eleitoral nº 1.04.100.000226/2014-91 que serviu de embasamento para o oferecimento da AIJE 2650-41, RP 2649-56 e RP 2651-26: **1)** relação de convites vendidos (folhas 109-111); **2)** depoimento de ANDREZA MACEDO TEIXEIRA (folha 144); **3)** depoimento de RICIERI DALLA VALENTINA JUNIOR (folha 145); **4)**



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

10/72

depoimento de JAIR LUÍS MULLER (folha 146); **5)** depoimento de ARTUR ALEXANDRE SOUTO (folha 147-148v); **6)** depoimento de IVAN FERREIRA LEITE (folha 174); depoimento de FERNANDA SCHNORR PAGLIOLI (folha 175); **7)** depoimento de GILMAR SOSSELLA (folha 180).

(...)

4. IMPUTAÇÃO DO CRIME DE PROPAGANDA ELEITORAL NO DIA DA ELEIÇÃO

4.1. Premissa fática em comparação à premissa normativa (art. 39, § 5º, inc. III, da Lei 9.504/97)

GILMAR SOSSELLA, no dia **05/09/2014** (domingo, data do pleito eleitoral) **enviou 4.989 (quatro mil novecentos e oitenta e nove) torpedos do celular funcional de prefixo 51-9864-0485, o qual tinha/tem a posse em razão de seu cargo de Deputado Estadual, sendo que 4.987 foram enviados até às 15h54min.** Logo, GILMAR SOSSELLA, candidato à reeleição ao cargo de Deputado Estadual do Rio Grande do Sul, **utilizou** o seu celular funcional (**51-9864-0485**) para **divulgar propaganda eleitoral**, em benefício próprio e da coligação partidária pela qual concorria. Assim agindo, o denunciado, de forma livre e consciente, **fez incidir**, em concurso formal, referente apenas ao dia da eleição, com o crime descrito no artigo 346 c/c o artigo 377 do Código Eleitoral, **em sua conduta, o crime descrito no artigo 39, § 5º, inciso III, da Lei 9.504/97.**

O conteúdo dos torpedos restou demonstrado pelo Ofício (Of. MPC/TCE nº 119/2014) encaminhado pelo Procurador Geral do Ministério Público de Contas do Rio Grande do Sul a esta Procuradoria Regional Eleitoral (informações que estão colacionadas no Procedimento Preparatório Eleitoral nº 1.04.100.000226/2014-91). O inteiro teor da mensagem eleitoral restou transcrito no ofício:

“Gente Amiga do RS. Nestes 08 anos trabalhamos com muita determinação em várias ações que resultaram muitas conquistas em favor dos(as) Gauchos(as). Sabemos que muito há por fazer. Neste sentido **solicitamos seu apoio e seu voto nas eleições** de 05 de Outubro a mais conquistas para você e ao RGS. Grande abraço e contem sempre conosco. **Sossella. 12333**”

(Grifou-se)

(...)

4.3 Elementos de materialidade e autoria

A materialidade e a autoria restaram demonstradas pelos seguintes elementos de informação:

Elementos da instrução da AIJE 2650-41 e RP 2651-26: **1)** depoimento de GILMAR SOSSELLA; **2)** dados apresentados pela empresa TELEFÔNICA BRASIL S.A (VIVO), detalhando as chamadas da linha 51-9864-0485, no período de 06/2014 a 11/2014; **3)** informações da prestação de contas eleitorais de GILMAR SOSSELLA, descrevendo como despesas de campanha valores ressarcidos à Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul por uso de telefone funcional.



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

11/72

Elementos da instrução do Procedimento Preparatório Eleitoral nº 1.04.100.000226/2014-91 que serviu de embasamento para o oferecimento da AIJE 2650-41 e RP 2651-26: 1) Ofício do Procurador-Geral do Ministério Público de Contas do Rio Grande do Sul, dando conta de ter recebido por meio de mensagem SMS propaganda política de GILMAR SOSSELLA; 2) depoimento de GILMAR SOSSELLA (folha 180).

5. IMPUTAÇÃO DO CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA COM FINALIDADE ELEITORAL

5.1. Premissa fática em comparação à premissa normativa (art. 350 do CE)

GILMAR SOSSELLA, na condição de responsável pelos dados apresentados em sua prestação de contas, **fez inserir informações falsas** em sua prestação de contas eleitorais referente à sua campanha eleitoral do ano de 2014, para o cargo de Deputado Estadual do Rio Grande do Sul, consistente na apresentação de recibos eleitorais que simulam a prática de doação em dinheiro. Assim agindo o denunciado, de forma livre e consciente, **fez incidir o tipo penal do artigo 350 do Código Eleitoral em sua conduta.**

GILMAR SOSSELLA e ARTUR ALEXANDRE SOUTO, por meio do abuso de suas funções públicas, articularam um **sistema de exigência** (imputação do crime de concussão, **item 1 da denúncia**), por meio do qual **impuseram a compra de convites** de arrecadação de recursos de campanha. Essa prática permitiu a arrecadação, através da venda de 23 convites a 19 servidores com função gratificada na Assembleia Legislativa/RS, de R\$ 57.500,00. Tal arrecadação fora declarada em sua prestação de contas como doação. Ocorre que doação é ato livre na formação que pressupõe vontade livre, é ato de liberalidade.

Assim, porque as arrecadações, por meio de venda de ingressos dentro da Assembleia Legislativa/RS a servidores detentores de função gratificadas, efetivaram-se em um ambiente de constrangimento, a declaração delas na referida prestação de contas como se fossem doações é ideologicamente falsa, pois não guardam correlação com plano da realidade.

Disso conclui-se que GILMAR SOSSELLA fez incidir em seu comportamento o tipo penal descrito no artigo 350 do Código Eleitoral.

(...)

5.3 Elementos de materialidade e autoria

A **autoria e materialidade** restaram comprovadas por meio dos mesmos elementos de informação da imputação pelo crime de concussão (**item 1 da denúncia**):

Elementos do Inquérito Policial: 1) cópia do convite de jantar (folha 04); 2) matéria publicada no Jornal Zero Hora (folha 42); 3) depoimento de ELTON LEVI SCHRODER FENNER (folha 48-49); 4) depoimento de NELSON DELAVALD JUNIOR (folha 51-52); 5) depoimento de ARTUR ALEXANDRE SOUTO (folha 55-56); 6) depoimento de CARLA POETA POSSAP (folha 69-71); 7) cópia da conversa por *whatsapp* entre CARLA POSSAP e ALEXANDRE



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

12/72

HECK (folha 73-76); **8)** depoimento de PATRÍCIA KOHLMANN AMATO (folha 87-89); **9)** depoimento de MARIANA GONZALES ABASCAL (folha 90-92); **10)** depoimento de ALEXANDRE HECK (folha 94-96); **11)** depoimento de CESAR RICARDO MOLINA (folha 98-100); **12)** depoimento de MIRELLA SOUZA SCHORR (folha 101-102); **13)** depoimento de ERICO MAURÍCIO SANTOS ROCHA (folha 103-104); **14)** depoimento de FÁBIO AUGUSTO BITENCOURT RANQUETAT (folhas 106-107); **15)** depoimento de ELIANE CHIMENDES MACIEL (folhas 109-110); **16)** ofício informando o afastamento de VANESSA APARECIDA CANCIAM (folha 165); **17)** depoimento de JACQUELINE SIEG (folha 169-171); **18)** depoimento de THAIS MARINA BITTENCOURT DALCOL NEUKAMP (folha 176-178); **19)** depoimento de HENRIQUE SHIGEHISA MIYAI (folha 179); **20)** depoimento de ABRAMO LUI DE BARROS (folha 181-182); **21)** depoimento de FERNANDO LUIZ BOFF (folha 188-189); **22)** depoimento de FLÁVIO DALBOSCO DE OLIVEIRA (folhas 194-195); **23)** depoimento de ELENICE MARIA DE MELLO (folha 197); **24)** depoimento de RAFAEL DE AGUIAR PEREIRA (folha 199-201); **25)** depoimento de EDISON GUERREIRO SOARES (folha 203-204); **26)** depoimento de BEATRIZ SCHRODER FAILLANCE (folhas 206-207); **27)** depoimento de MARIA CRISTINA BORTOLINI (folhas 209-211); **28)** depoimento de LUIZ CARLOS BARBOSA DA SILVA (folhas 213-214); **29)** depoimento de LUCIANE PICADA (folhas 216-217);

30) depoimento de MARCIO ALMEIDA ESPINDOLA (folha 320-321); **31)** depoimento de RICIERI DALLA VALENTINA JUNIOR (folha 332-334); **32)** depoimento de JAIR LUIS MULLER (folha 473); depoimento de FERNANDA SCHNORR PAGLIOLI (folha 474).

Elementos da instrução da AIJE 2650-41 e RP 2651-26: **1)** depoimentos de CARLA POETA POSSAP, CESAR RICARDO MOLINA, MARIA CRISTIANE BORTOLINI, LUIZ CARLOS BARBOSA DA SILVA, NELSON DELAVALD JR, ALEXANDRE HECK, PATRÍCIA KOHLMANN AMATO, MARIANA GONZALES ABASCAL, FÁBIO AUGUSTO BITENCOURT RANQUETAT, LUCIANE PICADA, ELTON LEVI SCHRODER FENNER e IVAN FERREIRA LEITE; **2)** depoimento de GILMAR SOSSELLA; **3)** depoimento de ARTUR ALEXANDRE SOUTO; **4)** acordão prolatado pelo E. TRE/RS, no julgamento conjunto da **AIJE 2650-41 e RP 2651-26.**

Elementos da instrução do Procedimento Preparatório Eleitoral nº 1.04.100.000226/2014-91 que serviu de embasamento para o oferecimento da AIJE 2650-41, RP 2649-56 e RP 2651-26: **1)** relação de convites vendidos (folhas 109-111); **2)** depoimento de ANDREZA MACEDO TEIXEIRA (folha 144); **3)** depoimento de RICIERI DALLA VALENTINA JUNIOR (folha 145); **4)** depoimento de JAIR LUÍS MULLER (folha 146); **5)** depoimento de ARTUR ALEXANDRE SOUTO (folha 147-148v); **6)** depoimento de IVAN FERREIRA LEITE (folha 174); depoimento de FERNANDA SCHNORR PAGLIOLI (folha 175); **7)** depoimento de GILMAR SOSSELLA (folha 180).



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

13/72

Após o regular processamento do feito pelo TRE-RS (competência originária) sobreveio acórdão (fls. 1326-1396) julgando parcialmente procedente a denúncia, para: **(1) absolver** GILMAR SOSSELA da prática do crime de falsidade ideológica com finalidade eleitoral (CE, art. 350) e condená-lo pela prática dos crimes de concussão (CP, art. 316) e propaganda eleitoral no dia do pleito (LE, art. 39, § 5º, III) às penas (i) privativas de liberdade de 3 anos e 3 meses de reclusão e detenção, em regime aberto (substituídas por prestação de serviços à comunidade por, no mínimo, 7 horas por semana e prestação pecuniária de 80 salários mínimos no valor vigente à época do efetivo pagamento), (ii) de 12 dias-multa (à razão de 2 salários mínimos vigentes à época do fato), bem como (iii) ao pagamento de multa cumulativa de R\$ 10.000,00; e para **(2) condenar** ARTUR ALEXANDRE SOUTO pela prática do crime de concussão (CP, art. 316), às penas (i) privativa de liberdade de 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime aberto (substituída por prestação de serviços à comunidade por, no mínimo, 7 horas por semana e prestação pecuniária de 50 salários mínimos no valor vigente à época do efetivo pagamento), e (ii) de 12 dias-multa (à razão de 1 salário mínimo vigente à época do fato).

Na mesma ocasião, a Corte Regional concluiu pela inaplicabilidade da perda da função pública dos réus e pela impossibilidade de execução provisória das penas.

O acórdão que julgou a ação penal foi assim ementado (fl. 1326):

AÇÃO PENAL. CONCUSSÃO. ART. 316 DO CÓDIGO PENAL. FALSIDADE IDEOLÓGICA COM FINALIDADE ELEITORAL. ART. 350 DO CÓDIGO ELEITORAL. PROPAGANDA ELEITORAL NO DIA DA ELEIÇÃO. ART. 39, § 5º, INC. III, DA LEI N. 9.504/97. DEPUTADO ESTADUAL. PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO. SUPERINTENDENTE-GERAL DA CASA LEGISLATIVA. PRELIMINARES REJEITADAS. CONVITES PARA JANTAR. ARRECADAÇÃO DE RECURSOS. AMEAÇA DE PERDA DE CARGOS E FUNÇÕES. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. ELEIÇÕES 2014.

1. Matéria preliminar rejeitada. Plenamente atendidos os pressupostos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal.
2. Concussão. Exigir vantagem indevida em razão da função pública que o agente ocupa. Delito de natureza formal, que tem como sujeito ativo o



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

14/72

funcionário público. Suficiente a simples exigência da vantagem em razão do cargo. Despiciendo o uso de violência ou de grave ameaça para sua caracterização. No caso, arrecadação de recursos para a campanha à reeleição de deputado estadual que exercia a presidência da Casa Legislativa em 2014. Caderno probatório a revelar atos de coação para a compra dos convites para jantar, ao valor de R\$ 2.500,00, por meio de ameaça de dispensa das funções gratificadas, perpetrada pelo superintendente-geral da Assembleia Legislativa, que também era o chefe do Gabinete da Presidência e coordenador da campanha à reeleição do presidente daquela Casa. Este, agente garantidor que tinha o dever de agir, mas, mesmo tendo conhecimento dos delitos, não demonstrou qualquer espécie de censura à conduta de seu subordinado, com quem mantinha estreita relação de confiança e de parentesco. Teoria do domínio do fato. Relevância da prova indiciária à imputação criminosa. A reversão da pena de cassação do mandato do deputado pelo TSE não retira a culpabilidade dos acusados, cuja sanção de multa foi majorada naquela instância. Reconhecida a conduta tipificada no art. 316 do Código Penal, praticada pelo presidente da Assembleia Legislativa e pelo superintendente-geral.

3. Falsidade ideológica documental. As quantias pagas pela venda dos convites recebiam o tratamento de doações, lançadas na prestação de contas com os respectivos recibos eleitorais, assinados por quem adquirisse os ingressos. Não comprovado o elemento subjetivo do tipo, relativo ao dolo específico concernente à vontade consciente dirigida à falsificação de documento para obter vantagens eleitorais. Ademais, a circunstância de que alguns desses recibos continham verbas obtidas por coação é mero exaurimento do delito de concussão. Absolvição.

4. Propaganda eleitoral no dia da eleição. Utilização de celular funcional para envio de 4.987 mensagens de texto (SMS) no dia do pleito, com pedido explícito de voto. Tipicidade, autoria e materialidade delitivas configuradas com relação ao deputado candidato à reeleição. Inaplicáveis os institutos despenalizadores dos arts. 76 e 89 da Lei n. 9.099/95 - transação ou suspensão condicional do processo, em razão da incidência do concurso material de crimes (art. 316 do CP). Súmula 243 do Superior Tribunal de Justiça.

5. Execução provisória da pena. Observância ao princípio da presunção de não culpabilidade ou do estado de inocência. Condenação com base em ação penal originária desta Corte Regional. Cumprimento da sanção somente após o trânsito em julgado da decisão colegiada. Inaplicabilidade da perda da função pública prevista no art. 92 do Código Penal.

6. Parcial procedência.

Em face desse julgamento, o MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL opôs embargos de declaração (fls. 1429-1436), no qual sustentou a existência, no julgado, de: *(i)* omissão e contradição na aplicação das penas referentes ao crime de concussão (CP, art. 316); *(ii)* omissão na subsunção da falsidade ideológica com



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

15/72

finalidade eleitoral (CE, art. 350) à concussão (CP, art. 316); e *(iii)* omissão e contradição na aplicação das penas referentes ao crime de propaganda eleitoral no dia do pleito (LE, art. 39, § 5º, III).

As defesas também interuseram embargos de declaração (fls. 1399-1426 e 1438-1442).

A Corte Regional decidiu (fls. 1448-1452) pela parcial procedência dos declaratórios, para o fim de considerar prequestionada toda a matéria embargada. Além disso, de ofício, promoveu a correção do acórdão para consignar que o réu GILMAR SOSSELLA foi absolvido do crime de falsidade ideológica com finalidade eleitoral (CE, art. 350) com fundamento na atipicidade da conduta (CPP, art. 386, III), mais especificamente, na falta de perfectibilização do elemento subjetivo do tipo.

O aresto que julgou os embargos de declaração foi assim ementado (fl. 1448):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PEDIDO DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES. AÇÃO PENAL. PARCIAL PROCEDÊNCIA. PRELIMINAR DE TEMPESTIVIDADE. POSSIBILIDADE DE PROTOCOLO DE PETIÇÃO ELETRÔNICA ATÉ AS 24 HORAS DO ÚLTIMO DIA DO PRAZO. MÉRITO. NÃO APLICADO O CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. INSTITUTO NÃO INVOCADO NOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA SEM OPORTUNIZAR MANIFESTAÇÃO PRÉVIA DA DEFESA. ACÓRDÃO DE ABSOLVIÇÃO UNÂNIME QUANTO AO CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA ELEITORAL. CORREÇÃO DO ERRO MATERIAL DO DISPOSITIVO EMBASADOR. VÍCIOS NÃO CONFIGURADOS. PREQUESTIONAMENTO. ACOLHIMENTO PARCIAL.

Preliminar. Embargos de declaração tempestivos. Possibilidade de protocolo da petição eletrônica até as 24 horas do último dia do prazo, conforme o art. 3º da Lei n. 11.419/06, embora sua admissão por este Tribunal seja até as 19 horas, com base no art. 6º da Resolução TRE/RS n. 291/17.

Alegadas omissão e contradição quanto ao reconhecimento de concurso de crimes ou de continuidade delitiva, conforme dispõem os arts. 69, 70 e 71 do Código Penal. Impossibilidade de aplicação do referido instituto jurídico, pois não imputado aos agentes na inicial acusatória, bem como não invocada a “mutatio libeli”. Ausente menção sobre o tema durante todo o processamento da ação penal, impedindo que a defesa seja surpreendida com a fixação da causa de aumento de pena sobre qual não teve oportunidade de se manifestar.



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

16/72

Não caracterizada omissão no que se refere aos critérios embasadores da absolvição na prática do crime de falsidade ideológica eleitoral – art. 350 do Código Eleitoral. Acórdão unânime, ainda que os votos proferidos pelos demais julgadores que acompanharam a decisão tenham fundamentos diversos. Validade, assim, das razões delineadas pelo relator, haja vista a ausência de voto divergente quanto à atipicidade da conduta por ausência de provas do elemento subjetivo do tipo. Corrigido, de ofício, erro material no acórdão, para enquadrar a hipótese de absolvição no inc. III do art. 386 do Código de Processo Penal, e não no inc. VII do referido dispositivo, como constou na decisão atacada.

A contradição passível de esclarecimento pela via estreita dos declaratórios, por sua vez, é a relativa aos termos da própria decisão, e não aquela originária do cotejo entre a prova dos autos e a justiça do julgado. Embargos destituídos de fundamento, sem a presença de quaisquer das hipóteses previstas em lei para o seu manejo. Aplicação do disposto no art. 1.025 do Código de Processo Civil, para fins de prequestionamento.

Acolhimento parcial.

Diante desse julgamento, o MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL, com fulcro no art. 121, § 4º, I e II, da CRFB e no art. 276, I, “a” e “b”, do CE, vem interpor RECURSO ESPECIAL ELEITORAL, sustentando:

(1.1) violação ao art. 5º, XLVI, da CRFB (individualização das penas), ao art. 316, caput, do CP (concussão), ao art. 71 do CP (continuidade delitiva) e ao art. 383, caput, do CPP (emendatio libelli) diante da aplicação de uma única pena privativa de liberdade e de uma única pena de multa para os dez crimes de concussão pelos quais os recorridos foram condenados (todos havidos nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução), desprezando-se a exasperação referente à continuidade delitiva;

(1.2) violação ao art. 5º, XLVI, da CRFB (individualização das penas), ao art. 39, § 5º, inc. III, da LE (propaganda eleitoral no dia do pleito), ao art. 71 do CP (continuidade delitiva) e ao art. 383, caput, do CPP (emendatio libelli) diante da aplicação de uma única pena privativa de liberdade e de uma única pena de multa para os 4.989 (quatro mil, novecentos e oitenta e nove) crimes de propaganda eleitoral no dia do pleito, devidamente descritos na denúncia e pelos



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

17/72

quais GILMAR SOSSELLA foi condenado (todos havidos nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução), desprezando-se a exasperação referente à continuidade delitiva;

(1.3) violação ao art. 55, VI e § 2º, da CRFB (perda do mandato) c/c arts. 53, VIII, e 55, caput, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul (competência da Assembleia Legislativa para declaração da perda do mandato)¹ e o art. 92, I do CP (efeito da condenação) diante da negativa de decretação da perda do mandato eletivo (Deputado Estadual) ocupado por GILMAR SOSSELLA (mesmo tendo sido condenado a pena privativa de liberdade superior a um ano por crime havido em violação de dever para com a Administração Pública);

(1.4.a) violação ao artigo 5º, LVII, da CRFB (presunção de inocência) e o art. 363 do CE (execução imediata da sentença condenatória) diante da negativa de determinação de execução provisória da penas;

(1.4.b) divergência da jurisprudência do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná (Agravo Regimental em Decisão Interlocutória na Ação Penal n. 128-41.2011.6.16.0176) e do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (Ação Penal n. 7709-69.2014.6.26.0000) ao deixar de determinar a execução imediata das penas em condenação proferida em ação penal de competência originária.

2 – DO CABIMENTO DO RECURSO (ADMISSIBILIDADE)

O recurso merece ser admitido, porque **(2.1)** é tempestivo, **(2.2)** as matérias nele ventiladas encontram-se prequestionadas, **(2.3)** não se pretende o reexame de provas e, **(2.4)** quanto à execução imediata das penas, existe entendimento diverso em outro Tribunal Regional Eleitoral sobre o tema.

¹ Art. 53. Compete exclusivamente à Assembléia Legislativa, além de outras atribuições previstas nesta Constituição: (...) VIII - declarar a perda de mandato de Deputado, por maioria absoluta de seus membros; (...)

Art. 55. Aplicam-se aos Deputados as regras da Constituição Federal sobre inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimento e incorporação às Forças Armadas.



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

18/72

(2.1) Tempestividade – o recurso é tempestivo, pois o Ministério Público Eleitoral foi intimado do acórdão em 26-01-2018, sexta-feira (conforme carimbo apostado no verso da fl. 1554), tendo se iniciado a contagem do prazo no primeiro dia útil seguinte (29-01-2018, segunda-feira), e a interposição do presente recurso ocorre no dia 31/01/2018 respeitando o tríduo legal previsto no art. 276, § 1º, do Código Eleitoral.

(2.2) Prequestionamento – o TRE/RS emitiu juízo de valor sobre todas as questões que se busca discutir nesta instância, conforme a seguir especificado.

2.2.1) aplicação de uma única pena privativa de liberdade e de uma única pena de multa para os dez crimes de concussão pelos quais os recorridos foram condenados – a matéria encontra-se prequestionada no voto do relator e no voto-vista proferidos no acórdão que decidiu a ação penal; e, especialmente, no voto do relator proferido no acórdão que decidiu os embargos de declaração, conforme evidenciam os trechos a seguir transcritos:

Voto do Des. Relator, Silvío Ronaldo Santos de Moraes, no acórdão da ação penal (fl. 1346)

De acordo com os autos, à época, a Assembleia Legislativa contava com 189 servidores no exercício de funções gratificadas, sendo que **os ingressos estavam sendo oferecidos a cerca de 150 servidores**, os quais não possuíam filiação partidária e não eram filiados ao PDT. (grifo nosso)

A partir dos depoimentos prestados nos autos da presente ação penal, tem-se que a instrução logrou confirmar que **Artur cometeu o crime de concussão, ao exigir dos seguintes servidores a compra do convite, mediante ameaça de perda da função gratificada de liderança que ocupavam: [1] Nelson Delavald Júnior, [2] Maria Cristiane Bortolini, [3] Thaís Marina Bitencourt Dalcol, [4] Luciane Picada, [5] Fábio Augusto Bitencourt Ranquetat, [6] Alexandre Heck, [7] Mariana Gonzalez Abascal, [8] Jaqueline Sieg, [9] Patrícia Kolmann Amato e [10] César Ricardo Molina.** (com números e grifos nossos)

Voto-Vista, Des. Paulo Afonso Brum Vaz, no acórdão da ação penal (fls. 1368v, 1372v-1373v e 1374v-1375, com grifos nossos)



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

19/72

Restou inequívoco que GILMAR SOSSELA não apenas deu o seu aval à realização do jantar (a coação está bem demonstrada no voto do relator), como se omitiu de evitar, quando ainda poderia fazê-lo, no exercício do cargo de Presidente da Assembleia Legislativa, que os resultados acontecessem (mesmo que se trate de delito formal). Mais, restou patente da prova contida nos autos que a decisão de fazer o jantar, fixar o preço e apresentar os convites-coação aos servidores foi conjunta. Veja-se o depoimento da fl. 12 do voto do relator, em que SOSSELA admite que pensou em cancelar o jantar diante das irregularidades, mas preferiu prosseguir, dando seu assentimento.

(...)

1.4. Dosimetria da pena quanto ao réu GILMAR SOSSELLA (...)

Art. 316 do Código Penal (reclusão de 2 a 8 anos e multa)

(...)

Destarte, sendo desfavoráveis a culpabilidade e as consequências do crime, **fixo a pena-base em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, a qual torno definitiva, na ausência de causas modificadoras.**

(...)

2 – Réu ARTUR SOUTO

A pena-base foi fixada em 03 anos, 01 mês e 15 dias de reclusão, tendo sido valoradas negativamente três das vetoriais do art. 59 do Código Penal.

O objeto de divergência reside na valoração negativa das circunstâncias do delito.

(...)

Destarte, **reduzo a pena-base para 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, a qual torno definitiva, na ausência de causas modificadoras.**

Voto do Des. Relator, *Sílvio Ronaldo Santos de Moraes*, no acórdão dos embargos de declaração (fl. 1450, com grifos nossos)

Nos embargos de declaração opostos pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL, a acusação pretende o aumento da pena aplicada aos réus, alegando omissão e contradição quanto ao reconhecimento de concurso de crimes ou de continuidade delitiva, conforme dispõem os arts. 69, 70 e 71 do CP.

No entanto, a denúncia não capitula, em momento algum, os dispositivos legais citados; não houve pedido da acusação nesse sentido, nem foram fornecidos, com suficiente clareza, os elementos necessários para que o Tribunal pudesse se debruçar sobre o tema.

Como se sabe, **o reconhecimento da continuidade delitiva** ou do concurso de crimes **não dispensa a acusação individualizada dos fatos na denúncia inclusive para permitir a defesa de cada um deles, de forma isolada.** Assim, essa ficção jurídica não pode ser reconhecida se não foi imputada aos agentes na inicial acusatória.



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

20/72

Tratando-se de imputação de condutas ou circunstâncias elementares, não contidas na denúncia, deveria ter sido invocado o instituto da *mutatio libeli*, cujo acolhimento pelo magistrado exige a estrita observância das disposições legais pertinentes, sob pena de afronta ao princípio da correlação, do contraditório e da ampla defesa.

Se os requisitos para o reconhecimento de exasperação da pena, na forma ora pleiteada, não foram explorados pelo órgão ministerial na inicial acusatória, ou mesmo em sede de alegações finais, evidencia-se a ausência de qualquer omissão no julgado. De igual modo, se a acusação não requereu o reconhecimento de pluralidade de ações, inexistente a aventada contradição. **Não desconheço o posicionamento jurisprudencial e doutrinário no sentido de que o réu se defende dos fatos e não da capitulação jurídica delineada na denúncia.**

Entretanto, diante das circunstâncias específicas do caso concreto, em que não houve menção ao tema durante a tramitação da ação penal, tem-se que a defesa não pode ser surpreendida com reconhecimento de causa de aumento de pena sobre a qual não teve oportunidade de se manifestar.

Dessa forma, **tendo em conta que a questão tem patente repercussão na dosimetria da pena, seu reconhecimento violaria o princípio da correlação e a regra do art. 384 do CPP**, devendo ser considerado como correto o reconhecimento somente dos tipos penais descritos na denúncia, na forma capitulada pelo órgão acusatório.

2.2.2) aplicação de uma única pena privativa de liberdade e de uma única pena de multa para os 4.989 (quatro mil, novecentos e oitenta e nove) crimes de propaganda eleitoral no dia do pleito pelos quais GILMAR SOSSELLA foi condenado: a matéria encontra-se prequestionada no voto do relator e no voto-vista proferidos no acórdão que decidiu a ação penal; e, especialmente, no voto do relator proferido no acórdão que decidiu os embargos de declaração, conforme evidenciam os trechos a seguir transcritos:

Voto do Des. Relator, Sílvio Ronaldo Santos de Moraes, no acórdão da ação penal (fl. 1353, com grifos nossos)

O delito de propaganda no dia do pleito fundamenta-se na acusação de que Gilmar Sossella teria enviado aproximadamente 11 mil mensagens de texto a eleitores, na véspera, e no próprio dia da eleição. Transcrevo o seguinte excerto da denúncia:

GILMAR SOSSELLA, no dia 05/09/2014 (domingo, data do pleito eleitoral) enviou 4.989 (quatro mil novecentos e oitenta e nove) torpedos do celular funcional de prefixo 51- 9864-0485, o qual tinha/tem a posse em razão de seu cargo de Deputado Estadual, sendo que 4.987



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

21/72

foram enviados até às 15h54min. Logo, GILMAR SOSSELLA, candidato à reeleição ao cargo de Deputado Estadual do Rio Grande do Sul, utilizou o seu celular funcional (51-9864-0485) para divulgar propaganda eleitoral, em benefício próprio e da coligação partidária pela qual concorria. Assim agindo, o denunciado, de forma livre e consciente, fez incidir, em concurso formal, referente apenas ao dia da eleição, com o crime descrito no artigo 346 c/c o artigo 377 do Código Eleitoral, em sua conduta, o crime descrito no artigo 39, § 5º, inciso III, da Lei 9.504/97.

O conteúdo dos torpedos restou demonstrado pelo Ofício (Of. MPC/TCE nº 119/2014) encaminhado pelo Procurador Geral do Ministério Público de Contas do Rio Grande do Sul a esta Procuradoria Regional Eleitoral (informações que estão colacionadas no Procedimento Preparatório Eleitoral nº 1.04.100.000226/2014-91). **O inteiro teor da mensagem eleitoral restou transcrito no ofício: “Gente Amiga do RS. Nestes 08 anos trabalhamos com muita determinacao em varias acoes que resultaram muitas conquistas em favor dos(as) Gauchos(as). Sabemos que muito ha por fazer. Neste sentido solicitamos seu apoio e seu voto nas eleicoes de 05 de Outubro a mais conquistas para você e ao RGS. Grande abraco e contem sempre conosco. Sossella. 12333”**

Voto-Vista, Des. Paulo Afonso Brum Vaz, no acórdão da ação penal (fls. 1369v, 1371v, 1372v, 1373v-1374, com grifos nossos)

Imputa-se a Gilmar Sossella o delito de divulgação de propaganda eleitoral no dia das eleições de 2014, **consistente no envio de 4.987 mensagens de texto (SMS) diretamente de seu celular funcional (51 – 9864-0485).** (grifo nosso)

(...)

O conteúdo da mensagem, como dito alhures, foi demonstrado no Of. MPC/TCE n. 119/2014, encaminhado pelo Procurador-Geral do Ministério Público de Contas do Estado do Rio Grande do Sul.

O próprio Gilmar Sossella, em seu interrogatório, confirma ter elaborado o texto e que celular do qual foram disparadas as mensagens estava em seu poder no dia da eleição. Igualmente, confessa ter enviado as mensagens de texto contendo o pedido de voto.

(...)

Além disso, a prova documental contida neste autos, cujo compartilhamento foi deferido pelo relator, é formada pelos seguintes elementos:

- a) Dados apresentados pela empresa TELEFÔNICA BRASIL S.A. (VIVO), detalhando as chamadas da linha telefônica 51-9864-0485, no período de 06.2014 a 11.2014;
- b) Informações da prestação de contas eleitoral de Gilmar Sossella descrevendo como despesas de campanha os valores ressarcidos à Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul;
- c) Ofício do Procurador-Geral do Ministério Público das Contas do Rio Grande do Sul, dando conta de ter recebido a mensagem SMS de propaganda eleitoral de Gilmar Sossella;



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

22/72

d) Depoimentos de Gilmar Sossella na instrução da AIJE 2.650-41 e RP 2.651-26 e no Procedimento Preparatório Eleitoral, no sentido de que aproximadamente 50% dos custos do serviço de telefonia foram utilizados para campanha eleitoral.

No período compreendido entre 06.2016 e 10.2014, conforme dados da VIVO, foram disparados 61.696 "torpedos" com propaganda eleitoral. Desse total, 25.776 nos últimos 10 dias, sendo no sábado 5.723 e **no domingo (dia da eleição) 4.989**. (grifo nosso)

Assim é que, diante do conjunto probatório, tenho que estão caracterizados os elementos constitutivos do tipo penal previstos no art. 39, § 5º, inc. III, da Lei n. 9.504/97, em função da divulgação de maciça propaganda eleitoral no dia da eleição por meio de mensagens de texto – SMS.

(...)

1.4 Dosimetria da pena quanto ao réu GILMAR SOSSELLA (...)

(...) Art. 39, § 5º, inc. III, da Lei n. 9.504/97 (detenção de 6 meses a um ano e multa no valor de cinco a quinze mil UFIR):

(...)

Destarte, sendo desfavoráveis a culpabilidade e as consequências do crime, **fixo a pena-base em 7 (sete) meses de detenção, a qual torno definitiva, na ausência de causas modificadoras**. (grifo nosso)

Voto do Des. Relator, Sílvio Ronaldo Santos de Moraes, no acórdão dos embargos de declaração (fl. 1450, com grifos nossos)

Nos embargos de declaração opostos pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL, a acusação pretende o aumento da pena aplicada aos réus, alegando omissão e contradição quanto ao reconhecimento de concurso de crimes ou de continuidade delitiva, conforme dispõem os arts. 69, 70 e 71 do CP.

No entanto, **a denúncia não capitula, em momento algum, os dispositivos legais citados**; não houve pedido da acusação nesse sentido, nem foram fornecidos, com suficiente clareza, os elementos necessários para que o Tribunal pudesse se debruçar sobre o tema. (grifo nosso)

Como se sabe, **o reconhecimento da continuidade delitiva ou do concurso de crimes não dispensa a acusação individualizada dos fatos na denúncia inclusive para permitir a defesa de cada um deles, de forma isolada**. Assim, essa ficção jurídica não pode ser reconhecida se não foi imputada aos agentes na inicial acusatória. (grifo nosso)

Tratando-se de imputação de condutas ou circunstâncias elementares, não contidas na denúncia, deveria ter sido invocado o instituto da mutatio libeli, cujo acolhimento pelo magistrado exige a estrita observância das disposições legais pertinentes, sob pena de afronta ao princípio da correlação, do contraditório e da ampla defesa.

Se os requisitos para o reconhecimento de exasperação da pena, na forma ora pleiteada, não foram explorados pelo órgão ministerial na inicial acusatória, ou mesmo em sede de alegações finais, evidencia-se a ausência de qualquer



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

23/72

omissão no julgado. De igual modo, se a acusação não requereu o reconhecimento de pluralidade de ações, inexistente a aventada contradição. **Não desconheço o posicionamento jurisprudencial e doutrinário no sentido de que o réu se defende dos fatos e não da capitulação jurídica delineada na denúncia.** (grifo nosso)

Entretanto, diante das circunstâncias específicas do caso concreto, em que não houve menção ao tema durante a tramitação da ação penal, tem-se que a defesa não pode ser surpreendida com reconhecimento de causa de aumento de pena sobre a qual não teve oportunidade de se manifestar.

Dessa forma, tendo em conta que a questão tem patente repercussão na dosimetria da pena, seu reconhecimento violaria o princípio da correlação e a regra do art. 384 do CPP, devendo ser considerado como correto o reconhecimento somente dos tipos penais descritos na denúncia, na forma capitulada pelo órgão acusatório.

2.2.3) negativa de decretação da perda do mandato eletivo (Deputado Estadual) de GILMAR SOSSELLA: a matéria encontra-se prequestionada no voto-vista do Des. Paulo Afonso, no voto dos Des. Luciano André Losekann, no voto do Relator, Des. Sílvio Ronaldo (em continuidade do julgamento), e na conclusão do Des. Presidente do TRE-RS, Carlos Cini Marchionatti, todos proferidos no acórdão que decidiu a ação penal, conforme evidenciam os trechos a seguir transcritos:

Voto do Des. Paulo Afonso Brum Vaz (fls. 1376v-1377, com grifos nossos)

Por fim, quanto à perda de cargo, função ou mandato eletivo, assim dispõe o art. 92 do CP: (...) O STJ agasalha a compreensão de que a perda do cargo deve ser restrita àquele ocupado no momento do crime.

Na época dos fatos, Gilmar Sossella desempenhava a função de Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul e Artur Alexandre Souto a de Superintendente-Geral daquele órgão.

Como ambos não exercem mais essas funções, **incompatível a imposição desse efeito.**

Voto do Des. Luciano André Losekann (fls. 1384v-1385, com grifos nossos)

Por certo, em relação ao réu GILMAR SOSSELLA, a possibilidade de execução provisória da pena não significa perda automática do mandato que titulariza, ante a **regra posta no art. 92, inc. I, al. "a", do CP (efeito da condenação), plenamente aplicável ao caso em função do delito por ele praticado (no exercício da função pública – Presidente da ALERS) e pelo qual está a ser condenado (concussão)**, e muito especialmente diante do expresso no art. 55, inc. VI, da Constituição Federal, c/c o art. 55, "caput", da



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

24/72

Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, de sorte que **após o trânsito em julgado da presente sentença dever-se-á oficial à mesa Diretora da ALERS comunicando a condenação, com cópia da sentença, para as providências pertinentes no âmbito do Poder Legislativo estadual.**

Referente ao réu ARTUR, após o trânsito em julgado, deve-se-lhe impor, também, o efeito da condenação previsto no mesmo art. 92, inc. I, al. "a", do CP (perda do cargo ou função pública, *in genere*, que estiver a exercer), pois que praticou crime de concussão no exercício da função de Superintendente-Geral da ALERS.

Deixo claro que, tanto em relação ao réu GILMAR SOSSELLA como ao réu ARTUR ALEXANDRE SOUTO, é plenamente possível a execução provisória da sentença condenatória, sem que isso implique – pois se deverá aguardar o trânsito em julgado nessa porção – a perda do cargo, função ou mandato que titularizam. São, pois, duas coisas distintas, de forma que para efeito de execução provisória, uma vez ultrapassado o prazo para interposição de eventuais embargos de declaração ou infringentes, a Secretaria Judiciária desta Corte deverá providenciar a confecção de Processo de Execução Penal Provisório (PEP provisório), nos lindes da Resolução CNJ n. 113/2010, encaminhando os feitos ao juízo de execução penal competente para início de cumprimento das penas.

Voto do Des. Relator, Silvio Ronaldo Santos de Moraes, proferido em continuidade do julgamento (fls. 1385v-1386, com grifos nossos)

Em continuidade ao julgamento, destaco meu entendimento de que o efeito condenatório - ou efeito reflexo - referente à perda da função pública, previsto no art. 92 do Código Penal, é aplicável somente ao cargo público ocupado na data da prática do delito, e não para quaisquer cargos posteriores que venham a ser desempenhados pelos réus.

Balizada doutrina e jurisprudência se posicionam de modo a restringir a pena de perdimento apenas para o cargo público ocupado ou função pública exercida no momento do crime. Cezar Roberto Bitencourt, trilhando esse entendimento, assinala:

1.1.2. Correlação entre crime e atividade exercida

A perda deve restringir-se somente àquele cargo, função ou atividade no exercício do qual praticou o abuso, porque a interdição pressupõe que a ação criminosa tenha sido realizada com abuso de poder ou violação de dever que lhe é inerente.

(Código Penal Comentado. Editora Saraiva. 2ª ed. 2004, p. 306.)

Recentemente, a questão foi analisada pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, restando assentado que a perda de cargo público decorrente de condenação em ação penal somente se aplica ao cargo ocupado na época do delito (STJ. 5ª Turma. REsp 1452935/PE, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 14.3.2017 - Info 599).

Na data dos fatos, agosto de 2014, o réu Gilmar Sossella exercia o mandato eletivo de deputado estadual para a legislatura de 2010 a 2014 e a função de Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, e o réu



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

25/72

Artur Alexandre Souto ocupava o cargo de Superintendente-Geral da Assembleia Legislativa.

Todavia, **atualmente, os réus não mais desempenham tais funções, dado que Gilmar Sossella foi empossado em novo cargo de deputado estadual, para a legislatura de 2014 a 2018**, não mais ocupando o cargo de Chefe de Poder, e que Artur Alexandre Souto foi designado para o cargo de Assessor Parlamentar, não mais exercendo o cargo de Superintendente-Geral do Parlamento.

Des. Carlos Cini Marchionatti (fl. 1395v)

Ao final, após coleta dos votos, consignou o Presidente que o julgamento foi concluído por maioria de votos, nos seguintes termos:

(...) Igualmente, por maioria, decidiram pela inaplicabilidade da perda da função pública prevista no art. 92 do Código Penal, conforme os votos do relator, Desembargador Silvio Ronaldo, e dos Desembargadores Paulo Afonso, Marchionatti e Dall'Agnol, vencidos os Desembargadores Losekann, Jamil Bannura e Eduardo Bainy.

2.2.4) negativa de determinação de execução provisória da penas – a matéria encontra-se prequestionada no voto do relator, Des. Silvio Ronaldo, no voto-vista do Des. Paulo Afonso, nos votos dos Des. Luciano André Losekann e Jamil H. Bannura, e na conclusão do Des. Presidente do TRE-RS, Carlos Cini Marchionatti, todos proferidos no acórdão que decidiu a ação penal, conforme evidenciam os trechos a seguir transcritos:

Voto do Des. Relator, Sílvio Ronaldo Santos de Moraes (fls. 1357-1358)

Relativamente à promoção ministerial pela execução imediata da pena, consigno minha convicção no sentido de que o princípio da inocência afirmado pelo art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal impede a antecipação do juízo condenatório, com o reconhecimento da culpabilidade do réu antes do trânsito em julgado da condenação.

Todavia, recentemente, em regime de repercussão geral reconhecida pelas duas Turmas, o Supremo Tribunal Federal reafirmou a decisão proferida no HC 126292/SP (Info 814), no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete a presunção de inocência (Plenário virtual. ARE 964246 RG, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 10.11.2016).

Pela sistemática da repercussão geral, fixada a tese pelo Supremo, as instâncias anteriores aplicam o entendimento do Tribunal aos demais casos que tratem sobre tema com repercussão geral reconhecida.



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

26/72

Além disso, no julgamento das medidas cautelares requeridas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, que visam definir o alcance e o âmbito de incidência dos princípios da presunção de inocência e da ampla defesa, realizado em 5.10.2016, o plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu que o art. 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após a condenação em segunda instância e indeferiu as liminares pleiteadas.

O principal argumento a favor dessa orientação jurisprudencial é a busca da garantia de efetividade do Direito Penal e dos bens jurídicos por ele tutelados.

Quanto às ações penais originárias, decididas em primeira instância pelos tribunais, o STF, em recente decisão prolatada pelo Ministro Luiz Fux no *Habeas Corpus* 140213, assentou que o argumento da ausência de duplo grau de jurisdição não impede o cumprimento imediato da pena aplicada, pois “a garantia do foro por prerrogativa de função não pode se converter em uma dupla garantia – o julgamento perante tribunal e, concomitantemente, a inviabilidade de execução provisória da pena imposta ao detentor do foro” (HC 140213, DJ n. 52, 17.3.2017).

No julgado citado, o Ministro Fux ressaltou que o fundamento das recentes decisões proferidas pelo STF quanto a este tema reside no caráter soberano da decisão do órgão local, à luz dos fatos e provas levados ao seu conhecimento, bem como na inviabilidade do exame de fatos e provas nos mecanismos de impugnação dirigidos aos Tribunais Superiores. Dessa forma, o que legitima a execução provisória da pena é a decisão colegiada do tribunal local que examina, em toda a sua amplitude, a pretensão do órgão acusador, e não a necessidade de confirmação da sentença condenatória por mais de um órgão jurisdicional.

Acompanhando essa posição, o STJ assentou ser possível a execução provisória da pena mesmo que ainda esteja pendente o trânsito em julgado do acórdão condenatório (Corte Especial. QO na APn 675-GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 6.4.2016 - Info 582), e ainda que se trate de acórdão condenatório proferido em ação penal de competência originária de tribunal (STJ. 6ª Turma. EDcl no REsp 1.484.415-DF, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 3.3.2016 - Info 581).

Segundo o STJ, o único óbice ao cumprimento imediato da pena imposta é a pendência de julgamento de embargos de declaração (STJ. 6ª Turma. HC 366.907-PR, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 6.12.2016 - Info 595).

Portanto, com a ressalva da minha convicção pessoal, tenho que deve ser acolhida a promoção pelo cumprimento imediato da pena, ainda que provisoriamente.

Voto-vista do Des. Paulo Afonso Brum Vaz (fls. 1375v-1376v)

Em relação ao cumprimento imediato da sanção penal, divirjo do eminente relator.

A Carta Magna dispõe no art. 5º, inc. LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

27/72

O princípio da presunção de não-culpabilidade – ou do estado de inocência – como 'ideia força' derivada do texto constitucional deve orientar a formulação e a interpretação das normas de caráter penal e processual penal. Emanando desse princípio uma regra de tratamento ao acusado, que não deve ser tratado como se culpado fosse, antes do pronunciamento definitivo do Poder Judiciário. Segue-se que o cumprimento da pena não pode ser imposto antes da condenação passada em julgado, a menos que seja do interesse do réu.

A propósito do interesse do réu, isso deve ocorrer sempre que não seja o caso de responder ao processo em liberdade, é dizer, quando não estiverem presentes os motivos da prisão cautelar preventiva, em que o início do cumprimento da pena presume-se seja vantajoso ao réu condenado.

É inegável que, na realidade do sistema jurídico brasileiro, os recursos aos tribunais superiores demoram muito para serem julgados. E que isso gera um incômodo legítimo na sociedade. Mas, embora se possa prever que 75% a 80% das decisões não serão modificadas, isso não justifica que o restante dos acusados deva sofrer cumprindo penas que, mais tarde, possam ser desconstituídas.

Ademais, os riscos decorrentes de uma leitura moral da Constituição pelo Poder Judiciário em matéria penal, além do abandono do direito (a moral não corrige o direito, senão que o complementa) são justamente o aumento do arbítrio punitivo estatal e a quebra do fundamento de confiança que os indivíduos depositaram no Estado como protetor dos direitos fundamentais. Esses riscos só desaparecem quando essa interpretação esteja voltada para a proteção da parte mais frágil na relação entre Estado-acusador e indivíduo-acusado.

O sistema jurídico, é certo, não se pode enclausurar, precisa ouvir a sociedade, mas não deve julgar segundo o clamor social punitivo. Não existe *input* ou *output* direto do ambiente, do entorno, para dentro do sistema do direito. Tudo passa pelo filtro do direito, pelo código binário, direito, não direito.

É certo que os recursos à superior instância não têm efeito suspensivo e que esses tribunais não reexaminam matéria de fato, e isso gera um certo desconforto hermenêutico, mas se trata de um problema que desafia uma mudança constitucional, uma possível emenda, quiçá. Até lá, a regra continuará sendo a exigência do trânsito em julgado para a defesa e as exceções somente se justificarão diante de colisões insuperáveis entre princípios fundamentais e no caso a caso.

O grande problema é a prescrição. O último marco interruptivo da prescrição é a publicação da sentença ou do acórdão recorrido (art. 117 CP). E mais, se adotada uma interpretação literal do art. 112 do CP [a prescrição começa a correr do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação...(I)], teremos uma ruptura sistêmica importante.

Não tem sentido que a acusação não possa executar a pena e ao mesmo tempo seja punida pela demora em propor a execução. Mas esse problema de incongruência sistêmica deve ser resolvido na via legislativa ou mesmo jurisprudencial, como fez o TRF4:

Penal e processual. Habeas corpus. Art. 112, inc. I, do CP. Prescrição da pretensão executória. Termo a quo. Trânsito em julgado para ambas as partes. Interpretação de acordo com o sistema constitucional vigente. 1. Na



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

28/72

linha do entendimento manifestado pelo e. STJ (HC nº 163.261/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, public. no Dje de 25/04/2011) o artigo 112, inc. I, do CP deve ser interpretado de acordo com a ordem constitucional vigente, de modo a considerar o trânsito em julgado para ambas as partes - e não somente para a acusação - como termo inicial para a prescrição da pretensão executória. 2. Em face de interpretação dada pela Suprema Corte ao princípio da presunção de inocência (Art. 5º, LVII - "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória") o Estado somente pode executar a pena após o trânsito em julgado da ação penal, ou seja, após esgotados todos os recursos. 3. Diante disso, revela-se incongruente considerar o trânsito em julgado apenas para a acusação como marco para a prescrição, quando o Estado, em face da pendência de recurso interposto pela defesa, está impedido de executar a pena e, inobstante isso, continua fluindo o prazo prescricional. 4. Ou seja, em diversos casos ocorreria a extinção da punibilidade, sem que o Estado, em momento algum, tenha sido desidioso ou inerte. 5. Não é caso de declaração de inconstitucionalidade, porquanto "não se está negando vigência ao disposto no art. 112, I, do Código Penal, mas dando-lhe entendimento consentâneo à nova ordem constitucional".

(TRF4, "HABEAS CORPUS" N. 0025643-59.2010.404.0000, 4ª SEÇÃO, Des. Federal ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO, POR MAIORIA, D.E. 02.03.2012, PUBLICAÇÃO EM 05.03.2012.)

Com efeito, o STF, ao julgar o ARE 964.246, em regime de repercussão geral, fixou a seguinte tese: *A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal (Tema 925).*

Como se percebe, a tese fixada expressamente faz referência ao acórdão penal condenatório proferido **em grau recursal**.

Na espécie, a condenação criminal decorre de ação penal originária, situação completamente distinta da que restou fixada na tese.

Ademais, os réus responderam ao processo em liberdade, não trazendo, a prolação do acórdão, circunstância que justifique nesse momento a segregação dos condenados.

A execução provisória apenas teria sentido na perspectiva do acusado em dar início ao cumprimento da pena, hipótese que não se verifica.

Portanto, com a vênua do relator, tenho que o caso concreto não se revela com a similitude necessária a justificar a execução provisória da pena, devendo o cumprimento da sanção apenas ocorrer após o trânsito em julgado.

Voto do Des. Luciano André Losekann (fls. 1384-1385)

Ainda, aspecto importante diz com a possibilidade de execução provisória das penas aplicadas aos dois réus, tal como entendeu o culto relator. Tenho idêntico entendimento, que sempre defendi como magistrado em primeiro grau de jurisdição.

O princípio da presunção de não culpabilidade ou da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, inc. LVII, da Carta da República é, muito mais que um



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

29/72

princípio, um estado jurídico de inocência, que começa a derruir quando contra o réu é proferida uma sentença condenatória.

Registro, nesse norte, que, mesmo em se tratando de ação penal originária, eventual irresignação dos réus a ser manejada por meio de recursos próprios não será dotada de efeito suspensivo.

O próprio STJ vem trilhando o entendimento de que mesmo em ação penal originária é possível a execução provisória da pena, sem que isso implique violação ao duplo grau de jurisdição, sobretudo pelo fato de que os recursos extraordinários às instâncias superiores não possuem efeito suspensivo, como se nota ao ser feita leitura da Questão de Ordem na APn-GO, Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgada em 6.4.2016, Dje 26.4.2016, em aresto assim ementado:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA. Pendente o trânsito em julgado do acórdão condenatório apenas pela interposição de recurso de natureza extraordinária, é possível a execução de pena. Numa mudança vertiginosa de paradigma, o STF, no julgamento do HC 126.292-SP (Tribunal Pleno, DJe 17/5/2016), mudou sua orientação para permitir, sob o status de cumprimento provisório da pena, a expedição de mandado de prisão depois de exaurido o duplo grau de jurisdição. Em verdade, pelas razões colhidas do voto condutor, o exaurimento da cognição de matéria fática é o balizador determinante a autorizar a execução provisória da pena. Não se cogita, portanto, de prisão preventiva. Em outros termos, pendente o trânsito em julgado apenas pela interposição de recurso de natureza extraordinária, é possível iniciar-se o cumprimento da pena, sem ofensa ao direito fundamental inserto no art. 5º, LVII, da CF. Nesses moldes, é possível iniciar-se o cumprimento da pena, pendente o trânsito em julgado, porque eventual recurso de natureza extraordinária não é, em regra, dotado de efeito suspensivo. QO na APn 675-GO, Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 6.4.2016, DJe 26.4.2016 (Inf. 582 do STJ).

Somem-se a isso os argumentos expendidos pelo STF a partir do voto divergente encimado pelo Min. Luiz Edson Fachin por ocasião da não concessão de medida cautelar nas ADCs 43 e 44/DF, quando aquele Sodalício, por maioria, entendeu que se deve dar ao disposto no art. 283 do CPP interpretação conforme a Constituição, ao efeito de não inviabilizar a execução provisória da pena.

Voto do Des. Jamil Bannura (fls. 1391-1395)

Divirjo, entretanto, no tocante à determinação de cumprimento imediato da pena, pois, no ponto, comungo integralmente com as considerações tecidas pela Dra. Gisele Anne no julgamento do Recurso Criminal n. 33-95, julgado por esta Corte na data de 15.6.2016:

(...)

Assim, considero que a execução da sentença penal condenatória, antes de consumado o seu trânsito em julgado, mostra-se evidentemente incompatível com o direito fundamental da presunção de inocência assegurado aos réus pela Constituição da República, em seu art. 5º, inc. LVII, motivo pelo qual entendo improcedente o pedido de execução provisória da pena formulado pela Procuradoria Regional Eleitoral.



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

30/72

Embora a Suprema Corte, ao julgar o ARE 964.246 em regime de repercussão geral, tenha firmado a tese de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal”, não extraio dessa conclusão uma imposição ou uma obrigatoriedade de execução imediata do acórdão recorrido.

O STF apenas afirmou que a execução provisória do acórdão condenatório não ofende o art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal, mas não estabeleceu a sua execução obrigatória. Primeiro, porque tratou tal prisão como “provisória”; segundo, porque está em plena vigência no ordenamento jurídico o art. 283 do Código de Processo Penal, estabelecendo que “ninguém poderá ser preso senão [...] em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado [...]”.

Colho aqui as palavras proferidas pelo Ministro Roberto Barroso no supracitado julgamento para registrar que “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”.

Por certo que as regras são insuficientes para abranger as mais variadas situações que podem nascer no seio social e, tratando-se a presunção de inocência de um princípio a ser sopesado com outros, cabe ao julgador realizar tal ponderação no caso concreto, para concluir se determinado acórdão condenatório deve ou não ser imediatamente executado.

Vale dizer, cabe ao julgador, no caso concreto, analisar se as provas produzidas e as circunstâncias fáticas justificam a execução provisória da pena, ou se o acusado somente dará início ao cumprimento da pena no momento estabelecido no art. 283 do Código de Processo Penal: após o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Na hipótese, tendo em vista o caráter fundamental da liberdade e da presunção de inocência, conforme acima exposto, não verifico nos autos circunstâncias excepcionais, capazes de justificar a execução provisória da pena, de forma que reconheço aos acusados o direito de, somente após o trânsito em julgado, iniciar o cumprimento das penalidades impostas.

Des. Eduardo Bainya (fl. 1395)

Acompanho o Des. Losekann, com a ressalva de que também não admito a execução provisória.

Des. Carlos Cini Marchionatti (fl. 1395v)

Também por maioria, para ambos os acusados, decidiram pela não execução provisória da pena, conforme os votos dos Desembargadores Paulo Afonso, Jamil Bannura e Eduardo Bainya, acrescidos dos votos absolutórios dos Desembargadores Marchionatti e Dall'Agnol, vencidos os Desembargadores Silvio Ronaldo e Losekann.



(2.3) Discussão sobre matéria de direito: por meio do presente recurso não se pretende o reexame do contexto fático-probatório, mas tão somente que: (2.3.1) seja promovida a *emendatio libelli* em relação ao crime de concussão, para que, nos termos da descrição fática feita na denúncia, seja aplicada a causa geral de aumento de pena referente à continuidade delitiva; (2.3.2) seja promovida a *emendatio libelli* em relação ao crime de propaganda no dia do pleito, para que, nos termos da descrição fática feita na denúncia, seja aplicada a causa geral de aumento de pena referente à continuidade delitiva; (2.3.3) seja declarada a perda do mandato de Deputado Estadual de GILMAR SOSSELLA como efeito da condenação pela prática de crimes praticados com violação de dever para com a Administração Pública; e (2.3.4) seja acatado o entendimento do STF sobre a execução provisória da pena quando esgotada a discussão acerca da matéria fático-probatória.

(2.4) Divergência Jurisprudencial: conforme será demonstrado abaixo, há entendimento recente do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná (Agravo Regimental na Ação Penal n. 128-41.2011.6.16.0176 – acórdão proferido em 20/02/2017) e do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (Ação Penal n. 7709-69.2014.6.26.0000 – acórdão proferido em 14/02/2017), admitindo a execução provisória das penas impostas em ações penais de sua competência originária.

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

3 – DA FUNDAMENTAÇÃO

(3.1) violação ao art. 5º, XLVI, da CRFB (individualização das penas), ao art. 316, caput, do CP (concussão), ao art. 71 do CP (continuidade delitiva) e ao art. 383, caput, do CPP (emendatio libelli)



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

32/72

O acórdão recorrido, proferido em ação penal de competência originária do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, ao aplicar uma única pena privativa de liberdade e uma única pena de multa para os dez crimes de concussão pelos quais ARTUR ALEXANDRE SOUTO e GILMAR SOSSELLA foram condenados, violou:

- o art. 5º, XLVI, da CRFB [*“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”*];
- o art. 316, caput, do CP [*“Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa”*];
- o art. 71 do CP [*“Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços”*]; e
- o art. 383, caput, do CPP [*“O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave”*].

Ao julgar os embargos de declaração opostos pelo MPE, os ilustres Desembargadores que compõem o TRE-RS concluíram pela inexistência de omissão ou contradição na individualização das penas de ARTUR ALEXANDRE SOUTO e GILMAR SOSSELLA.

Conquanto (1) os réus (ora recorridos) tenham respondido à ação penal em razão de exigirem, sob ameaças implícitas e explícitas de perda de função gratificada, de todos os servidores concursados da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul ocupantes de tais funções, salvo os filiados a partidos políticos,



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

33/72

(cerca de 150 pessoas, de um total de 189 servidores) adquirissem ingressos de jantar de arrecadação de recursos para a campanha eleitoral de 2014 de GILMAR SOSSELLA, e (2) de o TRE-RS, em acórdão condenatório, ter reconhecido a efetiva prática do crime de concussão em relação a dez servidores, o ilustre Des. Relator, no voto ao qual os demais integrantes da Corte Regional aderiram, concluiu pela impossibilidade de reconhecimento da causa geral de aumento de pena referente à continuidade delitiva com fundamento no princípio da correlação.

Na ocasião, o ilustre Des. Relator pontuou que: (1) *“a denúncia não capitula, em momento algum, os dispositivos legais citados”*; (2) *“não houve pedido da acusação nesse sentido”*; (3) *“o reconhecimento da continuidade delitiva (...) não dispensa a acusação individualizada dos fatos na denúncia inclusive para permitir a defesa de cada um deles, de forma isolada”*; (4) *“a imputação de condutas ou circunstâncias elementares, não contidas na denúncia, deveria ter sido invocado o instituto da mutatio libeli”*; e (5) *“diante das circunstâncias específicas do caso concreto, em que não houve menção ao tema durante a tramitação da ação penal, tem-se que a defesa não pode ser surpreendida com reconhecimento de causa de aumento de pena sobre a qual não teve oportunidade de se manifestar”*.

A partir da análise das peças que constam nos autos não se verifica malferimento ao princípio indicado pela Corte Regional.

A denúncia narrou o fato delituoso nas seguintes letras (fls. 2v-4v):

No período compreendido entre julho a setembro de 2014, no âmbito da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, ARTUR ALEXANDRE SOUTO e GILMAR SOSSELLA, repartindo o domínio funcional do fato, o primeiro valendo-se da função pública de Superintendente-geral da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, e o segundo de sua autoridade de Presidente da Assembleia Legislativa, **exigiram, sob ameaças implícitas e explícitas de represália de perda de função gratificada**, que servidores da Assembleia Legislativa detentores de tais funções adquirissem ingressos de jantar de arrecadação de recursos para a campanha eleitoral do ano de 2014 de GILMAR SOSSELLA. Assim agindo, os denunciados, de forma livre e consciente, **fizeram incidir o tipo penal do artigo 316 do Código Penal em suas condutas**.



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

34/72

(...)

Na repartição do domínio funcional do fato, ARTUR ALEXANDRE SOUTO praticou as seguintes ações:

(1) ARTUR, na qualidade de coordenador da campanha de SOSSELLA, com o aval deste, valendo-se de sua função pública (a mais elevada na Administração da Assembleia Legislativa) e utilizando-se da estrutura administrativa da Assembleia Legislativa, **exigiu, sob ameaça implícita e explícita de represália de perda de função gratificada**, que servidores detentores de funções gratificadas a ele subordinados comprassem os convites de jantar de apoio à campanha eleitoral de SOSSELLA, o qual foi realizado no dia 03/09/2014;

(2) Como se observa da instrução em que constam depoimentos de diretores de departamentos e de coordenadores subordinados a diretores, ARTUR, com o assentimento de SOSSELLA, deliberou por distribuir os convites no sentido da cadeia de subordinação **Superintendência-Geral** ➔ **Superintendências** ➔ **Departamentos**. Essa distribuição contava com um elemento comum – o **exigir** que se compre - , sob tons de ameaça de perda de funções/gratificações, cujos valores superam os próprios vencimentos formais da carreira de servidor concursado. (...)

(...)

Perante o Ministério Público Eleitoral, em procedimento preparatório preliminar, ARTUR já afirmara que **“ficou definido que os convites somente seriam oferecidos para servidores de coordenação e direção, tendo em conta que as funções gratificadas recebidas por estes servidores têm valores de R\$ 7.500,00 a R\$ 13.000,00”** (fls. 147-148 do “Anexo 1”).

(4) ARTUR utilizou-se da dispensa do servidor Nelson Delavald Jr (após a recusa deste em comprar o convite) da função de coordenador combinando-a, tal dispensa, com o poder inerente à sua função de Superintendente-Geral, de forma a insinuar que outras dispensas ocorreriam caso os convites não fossem comprados pelos servidores da Assembleia Legislativa/RS a ele subordinados. No entanto, em face do enfrentamento protagonizado pelos ocupantes de funções comissionadas que se recusaram a participar desse ato ilícito, a venda não alcançou o número de servidores esperado.

(5) Restou confirmado na instrução da AIJE 2650-41, RP 2649-56 e RP 2651-26 que Nelson Delavald Júnior foi exonerado por não ter comprado o convite do jantar de arrecadação de campanha de GILMAR SOSSELLA e que essa situação, juntamente com ameaças implícitas e explícitas de perda de cargo de confiança. Além disso, a ameaça de auditorias internas em contexto de desvio de poder, foram utilizadas por ARTUR, ao menos em uma reunião com servidores dos Departamento de Gestão de Pessoas e Departamento de Tecnologia da Informação, na data de 29/08/2014, **como elemento de intimidação para dar força ao ato de exigir a compra dos convites** do jantar de arrecadação de fundos de GILMAR SOSSELLA. No ponto traz-se à colação o voto do Relator da AIJE 2650-41, RP 2649-56 e RP 2651-26:

(...)

Ato contínuo, ARTUR se reuniu com servidores detentores de função gratificada, ao menos com os do Departamento de Gestão de Pessoas e do



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

35/72

Departamento de Tecnologia da Informação, em 29.8.2014 – em razão da veiculação dos fatos pela imprensa. A colheita da prova já grifada também apontou que a pauta foi a venda dos convites, oportunidade em que ARTUR, na ânsia de identificar o responsável pelo “vazamento” de informações, novamente praticou atos intimidatórios, renovando a pressão para aquisição dos ingressos, mas desta vez com a ameaça de que seriam realizadas auditorias internas, ao efeito de aplicar punições, caso detectados erros.

Em alegações finais, o MPE apresentou pedido de condenação pela prática de dez crimes de concussão (fls. 1168, 1175v, 1179v, 1182v e 1183):

Ademais, **não se pode crer que os 10 servidores públicos efetivos da Assembleia Legislativa que prestaram depoimento em juízo, dizendo que se sentiram coagidos a adquirir os convites do jantar promovido em favor da candidatura de GILMAR SOSSELLA, fossem, todos eles, faltosos ao serviço a ponto de estarem descontentes com a implantação do ponto biométrico**; mesmo porque todos eles eram detentores de funções gratificadas, designados pelos próprios réus, donde se presume sua competência e comprometimento com o trabalho.

(...)

Como visto, no âmbito da Superintendência Legislativa, restou comprovado o emprego de ameaças explícitas e implícitas na venda dos convites nos três departamentos – Departamento de Assessoramento Legislativo, Departamento de Comissões Parlamentares e Departamento de Taquigrafia – por meio dos depoimentos isentos de Maria Cristiane, Thaís, Luciane e Nelson.

(...)

Assim, também no âmbito do Departamento de Gestão de Pessoas e do Departamento de Tecnologia da Informação restou comprovado o emprego de ameaças para aquisição dos convites.

(...)

Passando-se ao Departamento de Segurança Legislativa, também vinculado à Superintendência Administrativa e Financeira, tem-se os depoimentos do diretor, Cristiano Piola da Luz, e do coordenador Abramo Lui de Barros.

(...)

Portanto, restou demonstrado que ARTUR, na qualidade de coordenador da campanha de SOSSELLA, com o aval deste, valendo-se de sua função pública (a mais elevada na Administração da Assembleia Legislativa) e utilizando-se da estrutura administrativa da Assembleia Legislativa, **exigiu, sob ameaça implícita e explícita de represália de perda de função gratificada, que servidores detentores de funções gratificadas a ele subordinados comprassem os convites de jantar de apoio à campanha eleitoral de SOSSELLA**, o qual foi realizado no dia 03/09/2014.



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

36/72

Da mesma forma, **ficou comprovado que GILMAR SOSSELLA** contribuiu para a realização do ato de concussão, na medida em que, consultado sobre a realização do jantar de arrecadação, **ordenou que assim se procedesse**, dando o seu imprescindível consentimento para a realização dos atos de arrecadação de fundos de campanha por meio de vendas de convites praticadas por ARTUR, caracterizadas pelo elemento coação.

As defesas, por sua vez, reiteraram nas alegações finais a posição que sustentaram ao longo de toda a ação penal, não tendo negado que os convites tenham sido direcionados aos servidores concursados da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul detentores de funções gratificadas:

(1) ARTUR ALEXANDRE SOUTO reconheceu que apresentou convites para o malfadado jantar aos servidores públicos – *“a oferta dos convites do jantar com fito arrecadatório de campanha, deixou margem a interpretações errôneas, desencadeando pensamentos inidôneos quanto a real intenção e postura do Réu, gerando boatos e desdobramentos negativos no ambiente da Assembleia Legislativa”* (fl. 1227) – insurgindo-se, tão somente, quanto à tipicidade subjetiva do fato – *“não restou comprovado, ao menos de forma nítida e estreme de dúvidas, o elemento subjetivo do tipo”* (fl. 1227); e

(2) GILMAR SOSSELLA, escorou sua defesa no fato de não ter intermediado, diretamente, a venda dos convites e nas alegações de que a compra dos convites não era obrigatória - *“a) não houve coação alguma, a servidor algum; b) Artur era o Coordenador e dirigente da campanha eleitoral (...) agindo com poder discricionário próprio e total autonomia; c) ninguém perdeu FG alguma em razão dos convites (...); d) que a prática de realização de jantares, por adesão, como meio de arrecadação de recursos financeiros para as campanhas eleitorais, era habitual, comum, corriqueira e universal no âmbito do Parlamento gaúcho (...) e) que o Dep. Gilmar Sossella não falou com nenhum desses servidores aqui ouvidos como testemunha, tampouco lhes vendeu, sequer lhes ofereceu, convite algum, para jantar algum (...)*” (fls. 1251-1252).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

37/72

O TRE-RS, por maioria (votos dos Desembargadores Eleitorais Sílvio Ronaldo Santos de Moraes, Paulo Afonso Brum Vaz, Luciano André Losekann, Jamil Andraus Hanna Bannura e Eduardo Augusto Dias Bainy), condenou ARTUR ALEXANDRE SOUTO pela prática do crime de concussão; e, também por maioria (votos dos mesmos Desembargadores Eleitorais, salvo o Des. Relator), condenou GILMAR SOSSELLA, pela prática do delito do art. 316 do CP.

O voto condutor da condenação de ARTUR ALEXANDRE SOUTO – qual seja, o voto do Des. Relator, Sílvio Ronaldo – após analisar as provas de autoria e materialidade, consignou expressamente que (fl. 1346):

De acordo com os autos, à época, a Assembleia Legislativa contava com 189 servidores no exercício de funções gratificadas, sendo que **os ingressos estavam sendo oferecidos a cerca de 150 servidores**, os quais não possuíam filiação partidária e não eram filiados ao PDT. (grifo nosso)

A partir dos depoimentos prestados nos autos da presente ação penal, tem-se que **a instrução logrou confirmar que Artur cometeu o crime de concussão, ao exigir dos seguintes servidores a compra do convite, mediante ameaça de perda da função gratificada de liderança que ocupavam: [1] Nelson Delavald Júnior, [2] Maria Cristiane Bortolini, [3] Thaís Marina Bitencourt Dalcol, [4] Luciane Picada, [5] Fábio Augusto Bitencourt Ranquetat, [6] Alexandre Heck, [7] Mariana Gonzalez Abascal, [8] Jaqueline Sieg, [9] Patrícia Kolmann Amato e [10] César Ricardo Molina.**_(com números e grafos nossos)

O voto condutor da condenação de GILMAR SOSSELLA – qual seja, o voto-vista, proferido pelo Des. Paulo Afonso – após discorrer sobre a teoria do domínio do fato, concluiu que (fl. 1368v):

Restou inequívoco que GILMAR SOSSELLA não apenas deu o seu aval à realização do jantar (a coação está bem demonstrada no voto do relator), como se omitiu de evitar, quando ainda poderia fazê-lo, no exercício do cargo de Presidente da Assembleia Legislativa, que os resultados acontecessem (mesmo que se trate de delito formal). Mais, restou patente da prova contida nos autos que **a decisão de fazer o jantar, fixar o preço e apresentar os convites-coação aos servidores foi conjunta.** Veja-se o depoimento da fl. 12



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

38/72

do voto do relator, em que SOSSELA admite que pensou em cancelar o jantar diante das irregularidades, mas preferiu prosseguir, dando seu assentimento.

(...)

Assim, em que pese o MPE tenha atribuído aos réus, ora recorridos, a prática do crime descrito no art. 316 do CP, por exigirem, sob ameaças implícitas e explícitas de perda de função gratificada, de **todos** os servidores concursados da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul **ocupantes de tais funções** e não filiados a partidos políticos (cerca de 150 pessoas, de um total de 189 servidores), a aquisição de ingressos de jantar de arrecadação de recursos para a campanha eleitoral de 2014 de GILMAR SOSSELLA, **sem capitular expressamente a conduta no art. 71 do CP, é certo que a continuidade delitiva encontra-se devidamente narrada na denúncia, podendo, conseqüentemente, ser considerada para aplicação da respectiva causa de aumento da pena, em relação aos fatos que o TRE-RS reconheceu terem efetivamente ocorrido (no total de dez fatos).**

Acerca da correlação entre sentença e pedido no processo penal, Douglas Fischer e Eugênio Pacelli (Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência, 6ª edição, São Paulo: Atlas, 2014, pp. 773-774) observam que *“não há exigências formais relativamente à postulação da condenação, isto é, quanto ao pedido”*. De acordo com os mencionados autores:

Tem-se por causa petendi (causa de pedir) em processo de natureza criminal a imputação de fato feita ao acusado na denúncia ou na queixa, por meio da qual se pretende atribuir-lhe responsabilidade penal, nos termos em que previsto na respectiva legislação.

Não se vai além, quanto aos pressupostos de validade do processo, das exigências contidas no art. 41 do CPP: “Art. 41. A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado [...] a classificação do crime [...]”

A capitulação do fato (classificação), porém, não implica subordinação do pedido, no que se refere à providência judicial pretendida. O órgão da acusação narra o fato, com todas as circunstâncias que lhe pareçam presentes e relevantes, e, também, aponta o tipo penal que, segundo ele, seria aplicável ao fato.



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

39/72

No entanto, como não se trata de debates acerca da existência, ou não, e da extensão e limites de eventuais direitos subjetivos em disputa, **não cabe à parte acusadora definir a sanção cabível. É dizer: o juiz aplicará a Lei penal, não segundo a compreensão que lhe deu o órgão da acusação, mas, sim, segundo seu livre convencimento motivado.**

A exigência de correlação entre pedido e sentença faz todo o sentido – e somente ali – no campo em que se discutem direitos (relação de direito material) disponíveis, diante dos quais o respectivo titular pode, ou não, exercê-los, e na medida que melhor lhe aprouver.

As sentenças no processo civil podem ser declaratórias, constitutivas ou mesmo condenatórias. Contudo, cada um dos provimentos judiciais pretendidos se encontra vinculado a uma questão – ou mais – atinente à existência (reconhecimento e/ou declaração de existência ou inexistência de relação jurídica entre as partes), ou ao exercício de um direito subjetivo oponível a terceiros (e, sobretudo, à parte), quando se buscará, pelo processo, ou a constituição de determinada relação de direito, ou a condenação do réu à prestação de deveres jurídicos (obrigações de fazer, de dar, de respeitar etc.).

Assim, sendo a parte maior e capaz, e, mais, devidamente representada por advogado (orientação técnica), cabe a ela precisar em sua ação (causa de pedir e pedido) o objeto de sua pretensão. Ao juiz, exatamente por se tratar de relações de direitos disponíveis (quando forem!), não deve buscar qualquer outra solução que não aquela pedida pelo autor da ação, desde que, evidentemente, prevista em lei. Nem mais, nem menos, vedadas as decisões extra, ultra e citra petita, como já vimos (art. 381.6.).

Certamente que o processo civil também conhece demandas e pretensões cujo fundamento repousa em direitos indisponíveis. E bem por isso, também ali, em tais situações, a vontade da parte não se sobrepõe à solução legal, obrigatória ao juiz.

Portanto, não se pode falar, ao menos essencialmente, em correlação entre sentença e pedido no processo penal. O pedido é de condenação; a sanção aplicável, porém, pertence aos domínios da lei.

Acrescente-se que não há óbice à promoção da *emendatio libelli* em sede recurso especial eleitoral porquanto:

(...) 8. **O instituto da emendatio libelli também se aplica aos tribunais superiores**, inexistindo obstáculo nesse sentido, porquanto o réu defende-se dos fatos e não da capitulação legal contida na denúncia. O art. 383 do CPP dispõe que "o juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave", ao passo que o art. 617 estabelece que "o tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, [...] não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença".



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

40/72

9. Os únicos impeditivos a esse respeito relacionam-se à eventual falta de prequestionamento dos temas versados (Súmula 282/STF) e à pretensão de reexame de fatos e provas (Súmula 24/TSE), o que não se verifica na espécie.

(Recurso Especial Eleitoral nº 10235, Acórdão, Relator(a) Min. Antonio Herman De Vasconcellos E Benjamin, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 20/10/2016)

Ademais: *“Não há respaldo na alegação de nulidade por cerceamento de defesa em decorrência da ausência de intimação do acusado para manifestar-se sobre a emendatio libelli, porquanto a alteração da capitulação jurídica dos fatos pelo magistrado está respaldada no art. 383 do CPP, segundo o qual “o juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave”.* (Recurso Especial Eleitoral nº 24326, Acórdão, Relator(a) Min. Henrique Neves Da Silva, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 14/03/2016, Página 57).

No mesmo sentido: *“(...) 2. Dada nova capitulação legal aos fatos, cuja oportunidade de defesa foi garantida e exercida pelos recorrentes, revela-se adequada a incidência do art. 383 do Código de Processo Penal, devidamente aplicado pelo Tribunal a quo (...)”* (Recurso Especial Eleitoral nº 1598, Acórdão, Relator(a) Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 23, Data 02/02/2016, Página 244, grifo nosso); e *“(...) 2. Havendo a simples correção na qualificação jurídica dos fatos narrados na denúncia - emendatio libelli -, é desnecessária a abertura de prazo para manifestação da defesa e produção de provas (...)”* (Agravo de Instrumento nº 21251, Acórdão, Relator(a) Min. Henrique Neves Da Silva, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 99, Data 27/05/2015, Página 35/36).

Dessa forma, ao deixar promover a *emendatio libelli* em relação ao crime de propaganda no dia do pleito, para o fim de aplicar a causa geral de aumento de pena referente à continuidade delitiva, nos termos da descrição fática feita na



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

41/72

denúncia, o acórdão recorrido ofendeu o art. 5º, XLVI, da CRFB, o art. 316, *caput*, do CP, o art. 71, *caput*, do CP e o art. 383, *caput*, do CPP.

(3.2) violação ao art. 5º, XLVI, da CRFB (individualização das penas), ao art. 39, § 5º, inc. III, da Lei 9.504/97 (propaganda eleitoral no dia do pleito), ao art. 71, *caput*, do CP (continuidade delitiva) e ao art. 383, *caput*, do CPP (*emendatio libelli*)

O acórdão recorrido, proferido em ação penal de competência originária do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, ao aplicar uma única pena privativa de liberdade e uma única pena de multa para os 4.989 (quatro mil, novecentos e oitenta e nove) crimes de propaganda eleitoral no dia do pleito pelos quais GILMAR SOSSELLA foi condenado, violou:

- o art. 5º, XLVI, da CRFB [*“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”*];
- o art. 39, § 5º, inc. III, da LE [*“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”*];
- o art. 71 do CP [*“Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços”*]; e



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

42/72

– o art. 383, caput, do CPP [*“O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave”*].

Ao julgar os embargos de declaração opostos pelo MPE, os ilustres Desembargadores que compõem o TRE-RS concluíram pela inexistência de omissão ou contradição na individualização das penas de GILMAR SOSSELLA.

Conquanto o réu (ora recorrido) tenha respondido à ação penal em razão do envio, na data do pleito, por meio de seu celular funcional, de 4.989 mensagens de texto com propaganda eleitoral, o ilustre Des. Relator, no voto ao qual os demais integrantes da Corte Regional aderiram, concluiu pela impossibilidade de reconhecimento do causa geral de aumento de pena prevista no art. 71 do CP com fundamento no princípio da correlação.

Na ocasião, o ilustre Des. Relator pontou que: (1) *“a denúncia não capitula, em momento algum, os dispositivos legais citados”*; (2) *“não houve pedido da acusação nesse sentido”*; (3) *“o reconhecimento da continuidade delitiva (...) não dispensa a acusação individualizada dos fatos na denúncia inclusive para permitir a defesa de cada um deles, de forma isolada”*; (4) *“a imputação de condutas ou circunstâncias elementares, não contidas na denúncia, deveria ter sido invocado o instituto da mutatio libeli”*; e (5) *“diante das circunstâncias específicas do caso concreto, em que não houve menção ao tema durante a tramitação da ação penal, tem-se que a defesa não pode ser surpreendida com reconhecimento de causa de aumento de pena sobre a qual não teve oportunidade de se manifestar”*.

A partir da análise das peças que constam nos autos não se verifica malferimento ao princípio indicado pela Corte Regional.

A denúncia narrou o fato delituoso nas seguintes letras (fl. 11v):



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

43/72

GILMAR SOSSELLA, no dia 05/09/2014 (domingo, data do pleito eleitoral) enviou 4.989 (quatro mil novecentos e oitenta e nove) torpedos do celular funcional de prefixo 51-9864-0485, o qual tinha/tem a posse em razão de seu cargo de Deputado Estadual, sendo que 4.987 foram enviados até às 15h54min. Logo, GILMAR SOSSELLA, candidato à reeleição ao cargo de Deputado Estadual do Rio Grande do Sul, utilizou o seu celular funcional (51-9864-0485) para divulgar propaganda eleitoral, em benefício próprio e da coligação partidária pela qual concorria

Em alegações finais, o MPE reiterou o pedido de condenação pela prática de 4.989 (quatro mil, novecentos e oitenta e nove) crimes de propaganda eleitoral no dia do pleito (fl. 1183-1185):

De acordo com a denúncia, GILMAR SOSSELLA, no dia **05/09/2014** (domingo, data do pleito eleitoral) **enviou 4.989 (quatro mil novecentos e oitenta e nove) torpedos do celular funcional de prefixo 51-9864-0485, o qual tinha/tem a posse em razão de seu cargo de Deputado Estadual, sendo que 4.987 foram enviados até às 15h54min.** Logo, GILMAR SOSSELLA, candidato à reeleição ao cargo de Deputado Estadual do Rio Grande do Sul, **utilizou** o seu celular funcional (**51-9864-0485**) para **divulgar propaganda eleitoral**, em benefício próprio e da coligação partidária pela qual concorria.

(...)

Comprovado, portanto, que GILMAR SOSSELLA praticou o crime previsto no inciso III do §5º do art. 39 da Lei nº 9.504/97.

A defesa, por sua vez, reiterou nas alegações finais a posição que sustentou ao longo de toda a ação penal, no sentido do reconhecimento do envio das mensagens (declaradas, inclusive, como despesas na prestação de contas da candidatura), insurgindo-se, tão somente, quanto à sua caracterização como propaganda eleitoral (fls. 1270):

(...) o teor da mensagem enviada nos “torpedos” se restringiu e se circunscreveu, exclusivamente, ao conhecimento dos destinatários da “SMS”, e a ninguém mais. Falta-lhe, portanto, o elemento principal que integra o conceito de propaganda eleitoral, que é a “publicidade” ou “universalidade” de que deve se revestir o pedido de voto.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

44/72

O TRE-RS, por maioria (votos dos Desembargadores Eleitorais Paulo Afonso Brum Vaz, Luciano André Losekann, Jamil Andraus Hanna Bannura e Eduardo Augusto Dias Bainy), condenou o réu (ora recorrido), GILMAR SOSSELLA, pela prática do delito do art. 39, § 5º, da LE.

O voto condutor da condenação – qual seja, o voto-vista, proferido pelo Des. Paulo Afonso – ao discorrer sobre a conduta imputada pelo MPE a GILMAR SOSSELLA, consignou expressamente que (fl. 1369v):

Imputa-se a Gilmar Sossella o delito de divulgação de propaganda eleitoral no dia das eleições de 2014, **consistente no envio de 4.987 mensagens de texto (SMS) diretamente de seu celular funcional (51 – 9864-0485).**

Sequencialmente, ao discorrer sobre a tipicidade, o voto condutor da condenação mencionou, novamente, o número de condutas (fl. 1371v):

(...) ainda que se tratasse do envio de um único SMS no dia da eleição, a conduta teria malferido o bem jurídico protegido pela norma, qual seja, o livre exercício do voto, a lisura do processo de obtenção do voto.

De outra banda, é irrelevante à configuração do delito o direcionamento dos SMS apenas aos contatos contidos na agenda do candidato, pois o que é vedado é a divulgação de propaganda eleitoral no dia da eleição, não sendo excludente da ilicitude o fato de serem “conhecidos” do candidato.

Ademais, o número de mensagens enviadas é significativo, alcançando quase 5.000 SMS.

Mais adiante, ao discorrer acerca da prova contida nos autos, o voto condutor da condenação pontuou, dentre os elementos utilizados para formar sua convicção, as informações prestadas pela Operadora VIVO, no sentido de que no domingo, dia da eleição, foram disparados 4.989 “torpedos” com propaganda eleitoral a partir do celular funcional utilizado por GILMAR SOSSELLA (fls. 1372v):



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

45/72

O conteúdo da mensagem, como dito alhures, foi demonstrado no Of. MPC/TCE n. 119/2014, encaminhado pelo Procurador-Geral do Ministério Público de Contas do Estado do Rio Grande do Sul.

O próprio Gilmar Sossella, em seu interrogatório, confirma ter elaborado o texto e que celular do qual foram disparadas as mensagens estava em seu poder no dia da eleição. Igualmente, confessa ter enviado as mensagens de texto contendo o pedido de voto.

(...)

Além disso, a prova documental contida neste autos, cujo compartilhamento foi deferido pelo relator, é formada pelos seguintes elementos:

a) Dados apresentados pela empresa TELEFÔNICA BRASIL S.A. (VIVO), detalhando as chamadas da linha telefônica 51-9864-0485, no período de 06.2014 a 11.2014;

b) Informações da prestação de contas eleitoral de Gilmar Sossella descrevendo como despesas de campanha os valores ressarcidos à Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul;

c) Ofício do Procurador-Geral do Ministério Público das Contas do Rio Grande do Sul, dando conta de ter recebido a mensagem SMS de propaganda eleitoral de Gilmar Sossella;

d) Depoimentos de Gilmar Sossella na instrução da AIJE 2.650-41 e RP 2.651-26 e no Procedimento Preparatório Eleitoral, no sentido de que aproximadamente 50% dos custos do serviço de telefonia foram utilizados para campanha eleitoral.

No período compreendido entre 06.2016 e 10.2014, conforme dados da VIVO, foram disparados 61.696 "torpedos" com propaganda eleitoral. Desse total, 25.776 nos últimos 10 dias, sendo no sábado 5.723 e no domingo (dia da eleição) 4.989. (grifo nosso)

Assim é que, diante do conjunto probatório, tenho que estão caracterizados os elementos constitutivos do tipo penal previstos no art. 39, § 5º, inc. III, da Lei n. 9.504/97, em função da divulgação de maciça propaganda eleitoral no dia da eleição por meio de mensagens de texto – SMS.

(...)

Assim, em que pese o MPE tenha atribuído a GILMAR SOSSELLA, ora recorrido, a prática do crime descrito no art. 39, § 5º, III, da Lei 9.504/97, mediante o envio de 4.989 mensagens de texto com pedido de votos na data do pleito, sem capitular expressamente a conduta no art. 71 do CP, é certo que a continuidade delitiva encontra-se devidamente narrada na denúncia, podendo, conseqüentemente, ser considerada para aplicação da respectiva causa de aumento da pena.



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

46/72

Acerca da correlação entre sentença e pedido no processo penal, Douglas Fischer e Eugênio Pacelli (Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência, 6ª edição, São Paulo: Atlas, 2014, pp. 773-774) observam que *“não há exigências formais relativamente à postulação da condenação, isto é, quanto ao pedido”*. De acordo com os mencionados autores:

Tem-se por causa petendi (causa de pedir) em processo de natureza criminal a imputação de fato feita ao acusado na denúncia ou na queixa, por meio da qual se pretende atribuir-lhe responsabilidade penal, nos termos em que previsto na respectiva legislação.

Não se vai além, quanto aos pressupostos de validade do processo, das exigências contidas no art. 41 do CPP: “Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado [...] a classificação do crime [...]”

A capitulação do fato (classificação), porém, não implica subordinação do pedido, no que se refere à providência judicial pretendida. O órgão da acusação narra o fato, com todas as circunstâncias que lhe pareçam presentes e relevantes, e, também, aponta o tipo penal que, segundo ele, seria aplicável ao fato.

No entanto, como não se trata de debates acerca da existência, ou não, e da extensão e limites de eventuais direitos subjetivos em disputa, **não cabe à parte acusadora definir a sanção cabível. É dizer: o juiz aplicará a Lei penal, não segundo a compreensão que lhe deu o órgão da acusação, mas, sim, segundo seu livre convencimento motivado.**

A exigência de correlação entre pedido e sentença faz todo o sentido – e somente ali – no campo em que se discutem direitos (relação de direito material) disponíveis, diante dos quais o respectivo titular pode, ou não, exercê-los, e na medida que melhor lhe aprouver.

As sentenças no processo civil podem ser declaratórias, constitutivas ou mesmo condenatórias. Contudo, cada um dos provimentos judiciais pretendidos se encontra vinculado a uma questão – ou mais – atinente à existência (reconhecimento e/ou delcaração de existência ou inexistência de relação jurídica entre as partes), ou ao exercício de um direito subjetivo oponível a terceiros (e, sobretudo, à parte), quando se buscará, pelo processo, ou a constituição de determinada relação de direito, ou a condenação do réu à prestação de deveres jurídicos (obrigações de fazer, de dar, de respeitar etc.).

Assim, sendo a parte maior e capaz, e, mais, devidamente representada por advogado (orientação técnica), cabe a ela precisar em sua ação (causa de pedir e pedido) o objeto de sua pretensão. Ao juiz, exatamente por se tratar de relações de direitos disponíveis (quando forem!), não deve buscar qualquer outra solução que não aquela pedida pelo autor da ação, desde que, evidentemente, prevista em lei. Nem mais, nem menos, vedadas as decisões extra, ultra e citra petita, como já vimos (art. 381.6.).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

47/72

Certamente que o processo civil também conhece demandas e pretensões cujo fundamento repousa em direitos indisponíveis. E bem por isso, também ali, em tais situações, a vontade da parte não se sobrepõe à solução legal, obrigatória ao juiz.

Portanto, não se pode falar, ao menos essencialmente, em correlação entre sentença e pedido no processo penal. O pedido é de condenação; a sanção aplicável, porém, pertence aos domínios da lei.

Acrescente-se que não há óbice à promoção da *emendatio libelli* em sede recurso especial eleitoral porquanto:

(...) 8. **O instituto da emendatio libelli também se aplica aos tribunais superiores**, inexistindo obstáculo nesse sentido, porquanto o réu defende-se dos fatos e não da capitulação legal contida na denúncia. O art. 383 do CPP dispõe que "o juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave", ao passo que o art. 617 estabelece que "o tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, [...] não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença".

9. Os únicos impeditivos a esse respeito relacionam-se à eventual falta de prequestionamento dos temas versados (Súmula 282/STF) e à pretensão de reexame de fatos e provas (Súmula 24/TSE), o que não se verifica na espécie.

(Recurso Especial Eleitoral nº 10235, Acórdão, Relator(a) Min. Antonio Herman De Vasconcellos E Benjamin, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 20/10/2016)

Ademais: *“Não há respaldo na alegação de nulidade por cerceamento de defesa em decorrência da ausência de intimação do acusado para manifestar-se sobre a emendatio libelli, porquanto a alteração da capitulação jurídica dos fatos pelo magistrado está respaldada no art. 383 do CPP, segundo o qual "o juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave".* (Recurso Especial Eleitoral nº 24326, Acórdão, Relator(a) Min. Henrique Neves Da Silva, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 14/03/2016, Página 57).



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

48/72

No mesmo sentido: “(...) 2. *Dada nova capitulação legal aos fatos, cuja oportunidade de defesa foi garantida e exercida pelos recorrentes, revela-se adequada a incidência do art. 383 do Código de Processo Penal, devidamente aplicado pelo Tribunal a quo (...)*” (Recurso Especial Eleitoral nº 1598, Acórdão, Relator(a) Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 23, Data 02/02/2016, Página 244, grifo nosso); e “(...) 2. *Havendo a simples correção na qualificação jurídica dos fatos narrados na denúncia - emendatio libelli -, é desnecessária a abertura de prazo para manifestação da defesa e produção de provas (...)*” (Agravo de Instrumento nº 21251, Acórdão, Relator(a) Min. Henrique Neves Da Silva, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 99, Data 27/05/2015, Página 35/36).

Dessa forma, ao deixar promover a *emendatio libelli* em relação ao crime de propaganda no dia do pleito, para o fim de aplicar a causa geral de aumento de pena referente à continuidade delitiva, nos termos da descrição fática feita na denúncia, o acórdão recorrido ofendeu o art. 5º, XLVI, da CRFB, o art. 39, § 5º, inc. III, da Lei 9.504/97, o art. 71, *caput*, do CP e o art. 383, *caput*, do CPP.

(3.3) violação ao art. 55, VI e § 2º, da CRFB (perda do mandato) c/c arts. 53, VIII, e 55, *caput*, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul (competência da Assembleia Legislativa para declaração da perda do mandato) e o art. 92, I do CP (efeito da condenação)

O acórdão recorrido, proferido em ação penal de competência originária do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, ao deixar de declarar a perda do mandato de Deputado Estadual de GILMAR SOSSELLA como efeito da condenação pela prática dos crimes de concussão (CP, art. 316) e propaganda eleitoral no dia do pleito (LE, art. 39, § 5º, III), ambos havidos com violação a dever para com a Administração Pública (o primeiro, por se tratar de delito funcional; e o segundo, em razão do uso do celular funcional como meio para prática do ilícito), violou:



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

49/72

- o art 55, VI e § 2º da CRFB [*“Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: (...) VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado. (...) § 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa”*]; **clt**
- os arts. 53, VIII, e 55, caput, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul [*“Art. 53. Compete exclusivamente à Assembleia Legislativa, além de outras atribuições previstas nesta Constituição: (...) VIII - declarar a perda de mandato de Deputado, por maioria absoluta de seus membros; (...) Art. 55. Aplicam-se aos Deputados as regras da Constituição Federal sobre inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimento e incorporação às Forças Armadas”*]; e
- o art. 92, I do CP [*“Art. 92 - São também efeitos da condenação: I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública”*]

No caso, a aplicação da regra incidente foi afastada, por maioria de votos, ao argumento de que a norma seria inaplicável no caso de o réu ocupar cargo público atual distinto daquele investido no momento da prática do delito. Segue excertos da fundamentação adotada:

Voto do Des. Relator, Silvio Ronaldo Santos de Moraes, proferido em continuidade do julgamento (fls. 1385v-1386, com grifos nossos)

Em continuidade ao julgamento, destaco meu entendimento de que o efeito condenatório - ou efeito reflexo - referente à perda da função pública, previsto no art. 92 do Código Penal, é aplicável somente ao cargo público ocupado na data da prática do delito, e não para quaisquer cargos posteriores que venham a ser desempenhados pelos réus.

Balizada doutrina e jurisprudência se posicionam de modo a restringir a pena de perdimento apenas para o cargo público ocupado ou função pública exercida no momento do crime. Cezar Roberto Bitencourt, trilhando esse entendimento, assinala:

1.1.2. Correlação entre crime e atividade exercida

A perda deve restringir-se somente àquele cargo, função ou atividade no exercício do qual praticou o abuso, porque a interdição pressupõe que a ação



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

50/72

criminosa tenha sido realizada com abuso de poder ou violação de dever que lhe é inerente.

(Código Penal Comentado. Editora Saraiva. 2ª ed. 2004, p. 306.)

Recentemente, a questão foi analisada pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, restando assentado que a perda de cargo público decorrente de condenação em ação penal somente se aplica ao cargo ocupado na época do delito (STJ. 5ª Turma. REsp 1452935/PE, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 14.3.2017 - Info 599).

Na data dos fatos, agosto de 2014, o réu Gilmar Sossella exercia o mandato eletivo de deputado estadual para a legislatura de 2010 a 2014 e a função de Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, e o réu Artur Alexandre Souto ocupava o cargo de Superintendente-Geral da Assembleia Legislativa.

Todavia, **atualmente, os réus não mais desempenham tais funções, dado que Gilmar Sossella foi empossado em novo cargo de deputado estadual, para a legislatura de 2014 a 2018**, não mais ocupando o cargo de Chefe de Poder, e que Artur Alexandre Souto foi designado para o cargo de Assessor Parlamentar, não mais exercendo o cargo de Superintendente-Geral do Parlamento.

Des. Carlos Cini Marchionatti (fl. 1395v)

Ao final, após coleta dos votos, consignou o Presidente que o julgamento foi concluído por maioria de votos, nos seguintes termos:

(...) **Igualmente, por maioria, decidiram pela inaplicabilidade da perda da função pública prevista no art. 92 do Código Penal, conforme os votos do relator, Desembargador Silvio Ronaldo, e dos Desembargadores Paulo Afonso, Marchionatti e Dall'Agnol**, vencidos os Desembargadores Losekann, Jamil Bannura e Eduardo Bainy.

Há um equívoco argumentativo na decisão, que implica violação direta à regra do artigo 92, inciso I, alínea "a", do CP, qual seja, a premissa de que o réu não ocupa mais o mesmo cargo público da época do cometimento do delito. GILMAR SOSSELLA, à época, ocupava o cargo de Deputado Estadual, sendo que se perpetuou no cargo, reelegendo-se. A incidência da regra em comento é determinada pela sua **hipótese literal** (*São também efeitos da condenação: - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública*), a qual restou plenamente preenchida, mais um **elemento teleológico**, consistente na inibição da possibilidade



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

51/72

de ilícitos da mesma natureza, como forma de se preservar a probidade administrativa para o exercício de função pública específica.

No caso, não se discute o preenchimento do suporte fático da hipótese literal da referida regra (GILMAR SOSSELLA foi condenado por crimes praticados com abusos de poder ou violação de dever para com a Administração Pública), a qual determina a perda do cargo público, e como tal deve ser aplicada. Nesse sentido, segue precedente do Superior Tribunal da Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. CONCUSSÃO. [...] ART. 92, INCISO I, ALÍNEA A, DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. EFEITO DA CONDENAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERDA DO CARGO PÚBLICO. DESNECESSIDADE DE PEDIDO EXPRESSO NA DENÚNCIA. EFEITO EXTRAPENAL DA CONDENAÇÃO PREVISTO NO ART. 92, DO CÓDIGO PENAL. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

5. "A possibilidade de perda do cargo público não precisa vir prevista na denúncia, posto que decorre de previsão legal expressa, como efeito da condenação, nos termos do artigo 92 do Código Penal" (STJ, HC 81.954/PR, 6.^a Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA, DJ de 17/12/2007). 6. Tal consequência ocorre sempre que configurada a hipótese prevista no art. 92, inciso I, alínea a, do Código Penal, não fazendo a lei qualquer ressalva no sentido de que, se a pena privativa de liberdade for substituída por reprimendas restritivas de direito, não haverá a perda do cargo. 7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 46.266/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 01/08/2012)

Por sua vez, o elemento teleológico também é patente, pois GILMAR SOSSELLA continua a exercer o mesmo cargo público, deputado estadual, sendo que os delitos por ele praticados foram na referida função e para nela se manter. O julgado do STJ (REsp 1452935/PE) utilizado no acórdão do TRE-RS, como argumento de autoridade, para afastar a incidência da regra do artigo 92, inciso I, alínea "a", CP, foi incorretamente adotado. No REsp 1452935, o réu cometera delitos funcionais no desempenho de emprego público na ECT, sendo que, no momento do trânsito em julgado da ação penal que determinou a perda do cargo, já não mais era funcionário de tal empresa pública, mas sim UFPE. Nesse contexto, o STJ afastou o



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

52/72

efeito anexo da perda de cargo, por não haver correlação nenhuma entre os cargos a possibilitar reiteração de ilícito da mesma natureza. Segue excerto do voto do relator do REsp 1452935:

Assim, a perda do cargo público, por violação de dever inerente a ela, necessita ser por crime cometido no exercício desse cargo, valendo-se o envolvido da função para a prática do delito.

Porém, salienta-se que se o Magistrado a quo considerar, motivadamente, que o novo cargo guarda correlação com as atribuições do anterior, ou seja, naquele em que foram praticados os crimes, mostra-se devida a perda da nova função, uma vez que tal ato visa anular a possibilidade de reiteração de ilícitos da mesma natureza, o que não ocorreu no caso. Dessa forma, como o crime em questão fora praticado quando o acusado era empregado público da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, não poderia, sem qualquer fundamentação e por extensão, ser determinada a perda do cargo na UFPE.

No caso dos autos, repita-se, GILMAR SOSSELLA ocupava a função pública de Deputado Estadual, sendo, à época, presidente da Assembleia Legislativa, logicamente por ser mandatário, cometeu os delitos de concussão (CP, art. 316, *caput*) e de propaganda eleitoral no dia do pleito (LE, art. 39, § 5º, III), como meio ardil de macular o pleito eleitoral e manter-se no cargo de Deputado Estadual. Nesse contexto é patente o vínculo entre os delitos praticados e o mandato em que ocupa. Dessa forma, conclui-se que o elemento teleológico (inibição da possibilidade de ilícitos da mesma natureza, como forma de se preservar a probidade administrativa para o exercício da função pública específica), restou perfectibilizado no caso, diferentemente do que ocorrera no julgado do STJ (REsp 1452935/PE).

Assim, não há razão jurídica para afastar a incidência da regra do artigo 92, inciso I, alínea “a”, do CP.

Dessa forma, ao deixar de declarar a perda do mandato de Deputado Estadual de GILMAR SOSSELLA como efeito da condenação pela prática dos crimes do art. 316 do CP (concussão) e do art. 39, § 5º, II, da LE (propaganda eleitoral no dia pleito), o acórdão recorrido ofendeu o art. 55, VI e § 2º, da CRFB (perda do mandato)



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

53/72

c/c arts. 53, VIII, e 55, *caput*, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul (competência da Assembleia Legislativa para declaração da perda do mandato) e o art. 92, I do CP.

(3.4.a) violação ao artigo 5º, LVII, da CRFB (presunção de inocência) e o art. 363 do CE (execução imediata da sentença condenatória)

O acórdão recorrido, proferido em ação penal de competência originária do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, ao deixar de determinar a execução imediata das penas impostas aos réus, violou o art. 5º, LVII, da CRFB (“*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”), na medida em que lhe deu interpretação diversa daquela dada pelo Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP, em 17-2-2016, alterou o entendimento que vinha adotando desde 2009² 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”.

O precedente aplica-se integralmente à ações penais de competência originária de Cortes Regionais, conforme lucidamente analisado pelo ilustre Juiz Federal Nicolau Konkel Junior, durante atuação como Desembargador Eleitoral nos autos da Ação Penal n. 12.841, do TRE-PR³:

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

3 PROCESSO nº 12841, Acórdão nº 52830 de 20/02/2017, Relator(a) LOURIVAL PEDRO CHEMIM, Redator Designado: Nicolau Konkel Junior, Publicação: DJ - Diário de justiça, Data 15/03/2017.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

54/72

Ainda que o caso tenha muita semelhança com a hipótese tratada nestes autos, **há aqui uma particularidade que precisa ser enfrentada pela Corte que consiste no fato de que a execução provisória que busca o Ministério Público Eleitoral ter ocorrido em julgamento de réu que goza da prerrogativa de foro privilegiado.** Ou seja, o julgamento feito pelo colegiado (Tribunal Regional Eleitoral/PR) se deu em razão de sua competência originária e não em decorrência de acórdão penal condenatório.

Pois bem.

Por ocasião do julgamento do HC 126.292/SP, o voto vencedor do Ministro Teori Zavascki ressaltou que “o tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal”.

Quanto ao alcance do princípio da presunção de inocência, ressaltou que “antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos [...], a presunção de inocência”. Submetida a sentença condenatória à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior, “é nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo *a quo*. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas. Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do SF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990”.

Com isso, conclui que “a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

55/72

não culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias”.

Ou seja, para o STF, “os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo. Isso ficou mais uma vez evidenciado, no que se refere ao recurso extraordinário, com a edição da EC 45/2004, ao inserir como requisito de admissibilidade desse recurso a existência de repercussão geral da matéria a ser julgada, impondo ao recorrente, assim, o ônus de demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida”.

Portanto, “não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias”.

Em resumo, para a execução provisória da pena, o STF fixou o marco na (in)existência de recursos de natureza ordinária, assim entendidos aqueles que permitem uma ampla devolutividade da matéria ao tribunal ad quem, inclusive quanto à matéria fática.

Dessa forma, a questão fundamental a ser aqui discutida se refere à natureza do Recurso Especial dirigido ao Tribunal Superior Eleitoral, verificando a extensão de sua devolutividade, especialmente quanto à matéria fática, de modo a aferir se a decisão do TSE poderá abranger a justiça da decisão recorrida.

A resposta a essa questão depende da extensão e da natureza do chamado princípio do duplo grau de jurisdição e sua aplicabilidade nos julgamentos de réus com foro privilegiado.

O Supremo Tribunal Federal discutiu esse tema, à exaustão, no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 79.785/RJ que havia sido impetrado por Jorgina de Freitas, no caso nacionalmente conhecido de fraude na Previdência (...) Em razão da presença do magistrado na quadrilha, o julgamento da ré foi deslocado para a Corte Especial do TJ/RJ. Após a condenação, a ré interpôs recurso inominado com força de apelação para o STJ, invocando a Constituição e a Convenção Americana de Direitos Humanos, o que foi indeferido pelo TJ/RJ, sendo esta a razão do HC dirigido ao STF.

No julgamento do HC, o STF definiu o duplo grau de jurisdição como “a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado a órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária”. A partir dessa definição, afirmou que “não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal”.



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

56/72

Em seu voto, afirmou o Ministro Sepúlveda Pertence que, o duplo grau de jurisdição, a despeito de se tratar de um princípio geral do processo, não foi albergado pela Constituição Federal como uma garantia fundamental, destacando que o próprio Texto estabeleceu as hipóteses de recurso ordinários, cuja função é “básica nos de segundo grau (v.g., arts. 108, II), e extraordinária, nos Superiores (arts. 105, II, e 121, § 4º, III e V) e até no Supremo (art. 102, II)”.

Disse ainda o STF que “a situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de ‘toda pessoa acusada de delito’, durante o processo, ‘de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior’ ”.

Isso porque a Constituição prevalece sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José.

Para negar a aplicação da convenção, disse o STF que havia uma antinomia entre a Constituição e o Pacto de São José, pois, a despeito desse último garantir a recorribilidade em qualquer hipótese, a Constituição não previa sempre a existência do recurso ordinário.

E mais: Para afirmar a existência dessa antinomia, o STF deixou expresso que “toda vez que a Constituição prescreveu para determinada causa a competência originária de um Tribunal, de duas uma: ou também previu recurso ordinário de sua decisão (CF, arts. 102, II, a; 105, II, a e b; 121, § 4º, III, IV e V) ou, não o tendo estabelecido, é que o proibiu”.

Ou seja, para o STF, a antinomia entre o Pacto de São José e a Constituição decorria do fato de que, enquanto aquele previa o recurso, a Constituição proibia. Diante da antinomia, deve prevalecer a Constituição.

O STF assim concluiu o julgamento:

Em tais hipóteses, o recurso ordinário contra decisões de Tribunal, que ela mesma não criou, a Constituição não admite que o institua o direito infraconstitucional, seja lei ordinária seja convenção internacional: é que, afora os casos da Justiça do Trabalho – que não estão em causa – e da Justiça Militar – na qual o STM não se superpõe a outros Tribunais –, assim como as do Supremo Tribunal, com relação a todos os demais Tribunais e Juízos do País, também as competências recursais dos outros Tribunais Superiores – o STJ e o TSE – estão enumeradas taxativamente na Constituição, e só a emenda constitucional poderia ampliar. A flata de órgãos jurisdicionais *ad qua*, no sistema constitucional, indispensáveis a viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição aos processos de competência originária dos Tribunais, segue-se a incompatibilidade com a Constituição da aplicação no caso da norma internacional de outorga da garantia invocada. (RHC nº 79.785/RJ, Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. Em 29/03/2000)

Esse entendimento foi reafirmado no julgamento do Mandado de Injunção nº 635/DF, também impetrado por Jorgina de Freitas:



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

57/72

CONSTITUCIONAL. COMPEÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. ARTS. 5º LIV E 96, III DA CF. EXAME DA CAUSA PELO ÓRGÃO COLEGIADO. INTENTA RECONHECIMENTO AO DIREITO DE APELAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS ENSEJADORES DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PRECEDENTES. MANDADO DE INJUNÇÃO NÃO CONHECIDO. (MI nº 635/DF, Pleno, Relator Ministro Nelson Jobim, j. Em 29/06/2001)

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/04, o STF foi chamado a reapreciar o tema, especialmente porque houve a introdução do § 3º ao art. 5º da Constituição que passou a atribuir hierarquia constitucional aos tratados e convenções internacionais, de modo que o impacto da Convenção Americana de Direitos Humanos teria que ser reavaliada.

Isso se deu no julgamento do ex-Juiz Federal Casem Mazloum, no âmbito da chamada Operação Anaconda, cuja pretensão do réu era ver “deferida a possibilidade de interposição de recurso de apelação das decisões proferidas pelo Tribunal Regional Federal, em sede de competência criminal originária, invocando como embasamento legal a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, 2, h)”, afirmando que, “de acordo com a referida Convenção, a todos deve ser assegurado o direito de reapreciação de provas”.

Na ocasião, o STF afirmou que, “não obstante o fato de que o princípio do duplo grau de jurisdição previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos tenha sido internalizado no direito doméstico brasileiro, isto não significa que esse princípio revista-se de natureza absoluta”, pois “a própria Constituição Federal estabelece exceções ao princípio do duplo grau de jurisdição. Não procede, assim, a tese de que a Emenda Constitucional 45/04 introduziu na Constituição uma nova modalidade de recuso inominado, de modo a conferir eficácia ao duplo grau de jurisdição”.

Além disso, o STF afastou a “alegação de violação ao princípio da igualdade (...) porque o agravante, na condição de magistrado, possui foro por prerrogativa de função, e por conseguinte, não pode ser equiparado aos demais cidadãos. O agravante foi julgado por 14 Desembargadores Federais que integram a Corte Especial do Tribunal Regional Federal e fez uso de rito processual que oferece a possibilidade de defesa preliminar ao recebimento da denúncia, o que não ocorre, de regra, no rito comum ordinário a que são submetidas as demais pessoas” (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 601.832/SP, 2ª Turma, Relator Ministro Joaquim Barbosa, j. em 17/03/2009).

Com isso, conclui o Ministro relator Joaquim Barbosa que “a ausência de previsão expressa de recurso ordinário das decisões proferidas no exercício de jurisdição penal originária dos Tribunais deve ser entendida, assim, como um silêncio eloquente do legislador constituinte e não como algo a ser completado por via da interpretação jurisprudencial”.

De tudo que foi visto, é lícito concluir que o duplo grau de jurisdição, mesmo após o advento da EC nº 45/04, ainda que possa ter alcançado o status de princípio constitucional, por conta da internalização do Pacto de São José, não teve a força de alterar o regime Constitucional brasileiro que prevê diversas exceções a este princípio e, por isso, não tem caráter absoluto.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

58/72

Por conseguinte, não fere a Constituição (aliás, a realiza) o fato da matéria fática ser apreciada em única instância, nas hipóteses de julgamento criminal de réu com prerrogativa de função. Com isso, o recurso dirigido às instâncias superiores – aí incluído o TSE, por óbvio, tal como afirmado pelo próprio STF – não tem natureza ordinária, haja vista sua limitada devolutividade.

O caráter especial do recurso ao TSE faz incidir o precedente já referido do STF, contido no HC nº 126.292/SP, pois realiza a principal condição exigida pela Suprema Corte, consistente na ausência de devolução à instância superior da discussão acerca da justiça da decisão.

É um equívoco pretender que a decisão do STF seja interpretada de forma restritiva, sob o fundamento de que a Corte Suprema teria criado um precedente expressamente contrário ao Texto Constitucional. Com efeito, no plano jurídico é um despautério afirmar que, no controle de constitucionalidade e na fixação do sentido da Constituição, o STF tenha contrariado a Constituição, aja vista que o julgamento apenas dá o sentido exato da Constituição, ao explicitar, de forma mais objetiva, os limites da presunção de inocência.

Ademais, não se pode tomar a tese firmada (“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”) como um texto normativo de caráter penal, orientado pela tipicidade.

É preciso ter em mente a diferença fundamental entre um texto legal e um precedente jurisprudencial. Afinal, em um sentido particular, eles atendem a lógicas diametralmente opostas na sua interpretação.

É verdade que, por serem texto, tanto a lei quanto o precedente devem ser interpretado e nisso se assemelham.

Na interpretação da lei, a Teoria Geral do Direito tem apontado diversos métodos: o literal, o lógico, o sistemático e o histórico. Dada a inexistência de um método dos métodos (metamétodo), não se pode apontar a prevalência de um deles ou mesmo uma espécie de hierarquia ou preferência.

O método histórico “leva em conta as ideias, os sentimentos e os interesses dominantes ao tempo da elaboração da lei. O hermeneuta perquire os anais legislativos, onde se encontra a história do mandamento legal, com o projeto e justificação, os pareceres e discursos a ele atinentes – o que autoriza a constatar ‘as circunstâncias determinantes do seu aparecimento’ e, conseqüentemente o seu verdadeiro sentido e alcance” (Paulino Jacques, Curso de introdução à ciência do direito, Forense, 1971, p. 125). Apesar da validade do uso do método histórico em hipóteses extremas, é certo que, como adverte Paulino Jacques, “o verdadeiro objeto da interpretação é revelar a mens legis (o espírito da lei) e não, a *intentio legislatoris* (a vontade do legislador). Embora esta, realmente, participe da elaboração da lei, uma vez promulgada a norma, passa a ter vontade própria, ínsita no seu espírito, encarnado no conteúdo da lei” (*ob. cit.*, p. 123).

A busca da vontade do legislador estava presente na famosa Escola da Exegese, cuja intenção era coibir o arbítrio do intérprete, notadamente o juiz,



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

59/72

proibindo-o de criar e de se afastar da letra da lei. A superação dessa Escola se deu pela constatação da dificuldade de se descobrir a intenção do legislador, haja vista a inexistência de uma vontade única e a impossibilidade dessa vontade localizada no passado servir de norte para solução de casos futuros, dada as modificações inescapáveis de uma sociedade sempre em evolução.

Se o método histórico, pelo viés da busca da vontade do legislador, não é mais adequado para se definir o sentido da lei, os precedentes judiciais, ao contrário, não podem ser avaliados pela literalidade de suas ementas ou pelo resumo de suas teses, mas sim pelas razões que conduziram à sua produção, de modo que essas é que devem guiar o intérprete no momento da utilização do precedente.

O Direito brasileiro, especialmente após a vigência do Novo Código de Processo Civil, passou a produzir extensa doutrina acerca dos precedentes e muitos autores têm ressaltado o equívoco da “cultura das ementas”, cuja prática tem se resumido na aplicação silogística ou subsuntiva de meros enunciados que, não raras vezes, não refletem as razões que deram origem ao precedente.

Daí a importância de se identificar a fundamentação, pois é ela que permite compreender o julgado. Não se pode resumir o conteúdo do precedente ao texto da tese nele enunciada, pois os elementos hermenêuticos que condicionaram a determinação dessa norma são ainda mais relevantes que o próprio texto do enunciado.

Como adverte Juraci Mourão Lopes Filho, os precedentes no Brasil estão sendo equivocadamente aplicados da mesma maneira que se aplicam as leis, ignorando que os precedentes provieram de casos concretos que justificaram sua própria existência. “portanto, podemos resumir os problemas do uso do precedente e súmulas no Brasil na adoção de modelo subsuntivo – próprio de uma regra legislativa em que ambos figurem como premissas maiores, gerais e abstratas, pois desconsidera as efetivas situações de suas elaborações originais, fazendo com que sejam utilizados em hipóteses que envolvem questões fáticas e jurídicas substancialmente diversas. Essa postura também impede a real contribuição do precedente ao Direito, qual seja, o fornecimento de um ganho hermenêutico pela apreciação abstrata dos enunciados constitucionais e legislativos permitindo novas interpretações (normas) de um enunciado normativo” (Precedente e norma: usam-se precedentes judiciais como se aplicam normas legislativas? Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, ano 10, n. 14, p. 231-252, jan./dez. 2012).

Daí o equívoco de se interpretar a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal a partir de seu texto, de forma isolada da fundamentação que o gerou, chegando ao extremo de se lhe emprestar uma “interpretação restritiva”, pelo fato do enunciado se referir a “acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação”, o que não estaria presente nas hipóteses de julgamento originário dos tribunais, em face da prerrogativa de foro.

Afinal, uma leitura acurada do voto que gerou a tese permite concluir que a inexistência do duplo grau e o afastamento do princípio da presunção de inocência decorrem da restrita devolutividade do recurso interposto e não da



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

60/72

circunstância irrelevante de se originar de um acórdão em apelação ou de julgamento originário de tribunal.

Não é por outra razão que o Superior Tribunal de Justiça, em caso recente, harmonizou o entendimento do STF quanto ao caráter relativo do princípio do duplo grau de jurisdição ao julgamento recente no HC nº 126.292/SP que cuida da extensão do princípio da presunção de inocência.

Assim o fez para afirmar que “a jurisprudência dos tribunais superiores não reconhece incidência do direito ao duplo grau de jurisdição em julgamentos proferidos em ações penais de competência originária dos Tribunais. Tal compreensão não ressoa incongruente, na medida em que se, se a prerrogativa de função tem o condição de qualificar o julgamento daquelas pessoas que ocupam cargos público relevantes (julgadas que são por magistrado com maior conhecimento técnico e experiência, em composição colegiada mais ampla) não haveria sentido exigir-se duplo grau de jurisdição, cuja essência além da possibilidade de revisão da decisão proferida por órgão jurisdicional distinto, é exatamente a mesma que subjaz ao foro especial, qual seja, o exame do caso por magistrados de hierarquia funcional superior, em tese mais qualificados e experiente. Assim, como diz um velho brocardo jurídico, 'aquele que usufrui o bônus, deve arcar com o ônus'. (...) A decisão proferida pela composição plena do STF, no Habeas Corpus nº 126.292-MG (...), 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. (...) 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 decidiu 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. 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” (EDcl no REsp 1484415/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJE 14/04/2016).

Conclui-se, portanto, não haver qualquer óbice à execução provisória das penas restritivas de direitos e pecuniária impostas aos réus.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

61/72

Em síntese, o julgamento de ação penal por Corte Regional Eleitoral, no exercício de competência originária, por esgotar a discussão acerca da matéria fático-probatória, encerra a instância ordinária e permite, nos termos do entendimento do Supremo Tribunal Federal externado no julgamento do HC 126.292/SP, o início do cumprimento da pena.

Além do que acima já foi versado, um dos argumentos contrários a essa tese, exposto no voto-vista do acórdão recorrido, propugna que *“embora se possa prever que 75% a 80% das decisões não serão modificadas”* em recursos especial ou extraordinário, *“isso não justifica que o restante dos acusados deva sofrer cumprindo penas que, mais tarde, possam ser desconstituídas”* (fl. 1375v).

A esse argumento 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 dosimetria⁴.

Além disso, cumpre dimensionar que, no caso concreto, a execução imediata não é de pena de prisão e, sim, de prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, já que em relação a ambos réus/recorridos as penas privativas de liberdade foram substituídas pelas restritivas de direito. E no que concerne à reversibilidade, atinge apenas a primeira, eis que a prestação pecuniária comporta ressarcimento.

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



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

62/72

Em reforço, é oportuno referir que a própria **Corte Especial do STJ** já decidiu pela aplicabilidade do precedente do STF **em ações penais de competência originária de tribunais**:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DESEMBARGADOR. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. REJEITADOS. EXAURIMENTO DA COGNIÇÃO DE MATÉRIA FÁTICA. POSSIBILIDADE DE EXPEDIÇÃO IMEDIATA DE MANDADO DE PRISÃO EM FACE DO RÉU.

1. Com fundamento na alteração de entendimento do STF, preconizada no julgamento do HC 126.292/SP, de relatoria do Min. Teori Zavascki, **o exaurimento da cognição de matéria fática é o balizador determinante a autorizar a execução provisória da pena.**

2. Verificado o transcurso do prazo para recurso relativo à matéria de fato, após a publicação do acórdão condenatório, opera-se o exaurimento da cognição fática.

3. Na hipótese, o acórdão condenatório foi publicado em 2/2/2016, tendo sido rejeitados os embargos declaratórios na sessão de julgamento do dia 2/3/2016, da Corte Especial.

4. É possível iniciar-se o cumprimento da pena, pendente o trânsito em julgado, porque **eventual recurso de natureza extraordinária não é dotado de efeito suspensivo.**

Determinada a expedição, incontinenti, do mandado de prisão e da guia de cumprimento provisório da pena.

(QO na APn 675/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/04/2016, DJe 26/04/2016)

Observa-se, também, que o entendimento pela execução imediata das penas quando esgotada, no caso concreto, a discussão acerca da matéria fático-probatória **foi reafirmada 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 questionou 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 reconhecida⁵.**

⁵ 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.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

63/72

Retomando a questão da execução imediata de penas privativas de liberdade quando substituídas por restritivas de direitos, cumpre mencionar, na esteira do posicionamento adotado pela Procuradoria-Geral da República quando da interposição de Recurso Extraordinário nos autos do EREsp nº 1619087 /SC, que não procede o óbice que vem sendo levantado na jurisprudência do STJ com base no disposto no art. 147 da Lei de Execuções Penais.

Destaca-se, de início, que a LEP trata da mesma forma as penas restritivas de direito e as privativas de liberdade:

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

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

Assim, não há razão para a obstaculização da execução provisória da reprimenda, pois a fundamentação aplicável às penas privativas de liberdade é extensível às restritivas de direito.

Além disso, o termo “**transitado em julgado**” já foi objeto de análise pela Suprema Corte quando do exame do art. 283 do CPP em, ao menos, duas oportunidades: (i) análise dos embargos de declaração no HC 126292/SP; (ii) análise das medidas liminares das ADC n.º 43 e 44. Nas duas ocasiões, a mais alta corte do país deliberou que o referido termo, contante no art. 283 do CPP, não impedia a execução provisória da pena, ante a nova interpretação dada ao princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da CF, e que contém a expressão “*até o trânsito em julgado da sentença condenatória*”.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

64/72

Nesse ponto, precisas as palavras do Ministro Teori Zavascki, no voto proferido em sede de Embargos de Declaração no HC 126292/SP: *“pode-se, quem sabe, objetar que houve omissão consistente na 'declaração da inconstitucionalidade do art. 283, caput, do Código de Processo Penal', inserto no Título IX, que trata das prisões, das medidas cautelares e da liberdade provisória. Mas nem essa objeção procede. A dicção desse dispositivo, cujo fundamento constitucional de validade é o princípio da presunção de inocência, comunga, a toda evidência, da mesma interpretação a esse atribuída. Assim, o controle da legalidade das prisões decorrentes de condenação sem o trânsito em julgado submete-se aos mesmos parâmetros de interpretação conferidos ao princípio constitucional. Equivale a dizer que a normatividade ordinária deve compatibilizar-se com a Constituição, dela extraindo fundamento inequívoco de legitimidade. Aliás, a propósito da temática, o Ministro Roberto Barroso, em seu voto, bem sintetizou a questão ao afirmar que 'naturalmente, não serve o art. 283 do CPP para impedir a prisão após a condenação em segundo grau – quando já há certeza acerca da materialidade e autoria – por fundamento diretamente constitucional'; afinal, **'interpreta-se a legislação ordinária à luz da Constituição, e não o contrário'**”.*

Da mesma forma, o art. 147 da LEP deve ser interpretado conforme a interpretação dada ao seu fundamento constitucional, qual seja, o princípio da presunção de inocência, que, como já reiterado antes, não impede a execução provisória da pena. Assim, atribuindo-se ao dispositivo legal a mesma interpretação de seu fundamento constitucional, forçoso concluir que o referido artigo da Lei de Execuções Penais não inviabiliza a execução provisória da pena restritiva de direitos, vez que, frise-se, **“interpreta-se a legislação ordinária a luz da Constituição, e não o contrário”**.

Desta feita, não há justificativa plausível para que o novo entendimento do Pretório Excelso sobre a execução provisória da pena não seja aplicado às



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

65/72

hipóteses em que a pena privativa de liberdade tenha sido substituída por restritiva de direitos.

Por fim, colaciona-se recente julgado dessa Suprema Corte no sentido de que a **possibilidade de execução provisória da pena abarca as penas restritivas de direito, a despeito do teor do art. 147 da Lei de Execuções Penais** (grifo nosso):

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 1º, I E II, DA LEI 8.137/90. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CRFB/88, ART. 102, I, D E I. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO ROL TAXATIVO DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA SUPERVENIENTE À CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DO PROCESSO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA, ABUSO DE PODER OU FLAGRANTE ILEGALIDADE. APLICABILIDADE DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 925. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. **A execução provisória de pena restritiva de direitos imposta em condenação de segunda instância, ainda que pendente o efetivo trânsito em julgado do processo, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme decidido por esta Corte Suprema no julgamento das liminares nas ADC nºs 43 e 44, no HC nº 126.292/SP e no ARE nº 964.246, este com repercussão geral reconhecida – Tema nº 925. Precedentes: HC 135.347-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 17/11/2016, e ARE 737.305-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 10/8/2016.**

2. In casu, o recorrente foi condenado, em sede de apelação, à pena de 3 (três) anos, 7 (sete) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão, em regime aberto, substituída por restritivas de direitos, bem como ao pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa pela prática do crime previsto no artigo 1º, I e II, da Lei n. 8.137/1990.

3. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, exaustivamente, no artigo 102, inciso I, alíneas d e i, da Constituição da República, sendo certo que o paciente não está arrolado em qualquer das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte.

4. Agravo regimental desprovido.

Voto: “Ademais, no que concerne à análise acerca da possibilidade de execução provisória da condenação antes do trânsito em julgado, consigno que em julgamento realizado em 05/10/2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao indeferir, por maioria, as liminares pleiteadas nas Ações



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

66/72

Declaratórias de Constitucionalidade n^{os} 43 e 44, entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal, não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e antes do efetivo trânsito em julgado do processo .

Entendeu-se que o referido dispositivo não impediria o início da execução da pena quando esgotadas as instâncias ordinárias, porquanto se deve buscar garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos por ele tutelados.

Deveras, o artigo 147 da Lei de Execução Penal, ao versar sobre a execução de penas restritivas de direitos, à similitude do artigo 283 do CPP, traz a expressão trânsito em julgado.

Assim, embora a pena restritiva de direitos não tenha como pressuposto a segregação do condenado em estabelecimento prisional, é, de igual forma, sanção penal, mercê de decorrer de um juízo condenatório em ação pena promovida pelo Estado. O que se tem é, conforme previsto pelo legislador, uma pena, e, portanto, instituto que ostenta o condão de sanção penal, a qual caso reste injustificadamente descumprida, nos termos do artigo 44,§ 4^o, acarreta a sua conversão em privativa de liberdade.

Nesse contexto, forçoso concluir, portanto, que o fundamento das recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, quanto a este tema, reside no caráter soberano da decisão do órgão local o qual, à luz dos fatos e provas levados ao seu conhecimento, concluiu, em cognição exauriente, pela procedência da pretensão punitiva estatal, bem como na inviabilidade do exame de fatos e provas nos mecanismos de impugnação dirigidos aos Tribunais Superiores. Dessa forma, o que legitima a execução provisória da pena é a decisão colegiada do Tribunal local que examina, em toda a sua amplitude, a pretensão do órgão acusador, e não a necessidade de confirmação da sentença condenatória por mais de um órgão jurisdicional.”

(HC 141978 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 23/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 31-07-2017 PUBLIC 01-08-2017)

Por derradeiro, o acórdão recorrido, proferido em ação penal de competência originária do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, ao deixar de determinar a execução imediata das penas impostas aos réus, violou o art. 363, *caput*, do Código Eleitoral (“*Se a decisão do Tribunal Regional fôr condenatória, baixarão imediatamente os autos à instância inferior para a execução da sentença, que será feita no prazo de 5 (cinco) dias, contados da data da vista ao Ministério Público*”).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

67/72

Em se tratando de ação penal de competência originária de Corte Eleitoral, por simetria, a determinação de execução imediata da pena compete ao Desembargador Relator, o que não aconteceu no caso concreto em razão de ter prevalecido, no acórdão recorrido, a conclusão pela impossibilidade de execução provisória das penas.

Dessa forma, ao deixar de determinar a imediata execução provisória das penas impostas aos réus, o acórdão recorrido ofendeu o art. 5º, LVII, da CRFB e o art. 363 do CE.

(3.4.b) divergência da jurisprudência do TRE-PR (AP 128-41.2011.6.16.0176) e do TRE-SP (AP 7709-69.2014.6.26.0000)

O acórdão recorrido, proferido em ação penal de competência originária do TRE-RS, ao deixar de determinar a execução imediata das penas impostas aos réus divergiu do entendimento adotado pelo TRE-PR no Agravo Regimental na Ação Penal n. 128-41.2011.6.16.0176 (acórdão proferido em 20/02/2017) e pelo TRE-SP na Ação Penal n. 7709-69.2014.6.26.0000 (acórdão proferido em 14/02/2017), que determinaram a execução provisória das penas impostas em ações penais de sua competência originária.

Conforme se observa no **cotejo analítico** constante do quadro abaixo, onde se reproduz trecho dos votos proferidos por cada Tribunal (acórdãos em anexo), os casos partem dos mesmos pressupostos fáticos (condenação em ação penal de competência originária de corte eleitoral), contudo a conclusão jurídica, no que concerne à aplicação do dispositivo (execução provisória das penas), é diferente:



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

68/72

ACÓRDÃO RECORRIDO TRE-RS	ACÓRDÃO TRE-PR AgR na AP 128-41	ACÓRDÃO TRE-SP AP 7709-69
<p>(a) Des. Relator (fl. 1327v):</p> <p>Trata-se de ação penal proposta pelo Ministério Público Eleitoral contra G.S., deputado estadual (...) e contra A.A.S., assessor parlamentar (...)</p>	<p>Trata-se de agravo regimental interposto por Ministério Público Eleitoral, em face da <u>decisão</u> de fls. (...), a qual <u>indeferiu o pedido de execução provisória das penas</u> impostas aos corréus (...), por entender que houve a <u>análise da matéria apenas por um grau de jurisdição.</u></p>	<p>Trata-se de ação penal promovida pela Procuradoria Regional Eleitoral, com fulcro nos artigos 129, inciso I, da Constituição Federal e 357 do Código Eleitoral, cujo <u>juízo de julgamento é da competência originária desta e. Corte, por ser o réu ocupante do cargo de Deputado Estadual</u>, a teor do disposto no artigo 14, § 1º, da Constituição Estadual.</p>
<p>(b) Des. Paulo Afonso (fl. 1376v):</p> <p>(...) o STF, ao julgar o ARE 964.246, em regime de repercussão geral, fixou a seguinte tese: <i>A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal</i> (Tema 925).</p> <p>(...)</p> <p><u>Na espécie, a condenação criminal decorre de ação penal originária</u>, situação completamente distinta da que restou fixada na tese.</p> <p>Ademais, os réus responderam ao processo em liberdade, não trazendo, a prolaxão do acórdão, circunstância que justifique nesse momento a segregação dos condenados.</p> <p>A execução provisória apenas teria sentido na perspectiva</p>	<p>No mérito, a questão que se coloca é a possibilidade de <u>cumprimento imediato da pena.</u></p> <p>(...) há aqui uma particularidade que precisa ser enfrentada pela Corte que consiste no fato de que <u>a execução provisória que busca o Ministério Público Eleitoral ter ocorrido em julgamento de réu que goza da prerrogativa de foro privilegiado.</u> Ou seja, o julgamento feito pelo colegiado (Tribunal Regional Eleitoral/PR) se deu em razão de sua <u>competência originária</u> (...).</p> <p>(...)</p> <p>Em resumo, para a execução provisória da pena, o STF fixou o marco na (in)existência de recursos de natureza ordinária, assim entendidos aqueles que permitem uma ampla devolutividade da matéria ao tribunal <i>ad quem</i>, inclusive quanto à matéria fática.</p>	<p>Diante do exposto, rejeito as preliminares e, no mérito, <u>julgo parcialmente procedente a ação penal</u> para o fim de condenar A.S.R. (...) ao pagamento de 46 (quarenta e seis) dias-multa (...).</p>



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

<p>do acusado em dar início ao cumprimento da pena, hipótese que não se verifica.</p> <p>Portanto,(...) o caso concreto não se revela com a similitude necessária a justificar a execução provisória da pena, <u>devendo o cumprimento da sanção apenas ocorrer após o trânsito em julgado.</u></p> <p>(c) Des. Jamil H. Bannura (fls. 1394v-1395):</p> <p>Assim, considero que a execução da sentença penal condenatória, antes de consumado o seu trânsito em julgado, mostra-se evidentemente incompatível com o direito fundamental da presunção de inocência assegurado aos réus pela Constituição da República, em seu art. 5º, inc. LVII (...).</p> <p>Embora a <u>Suprema Corte</u>, ao julgar o <u>ARE 964.246</u> em regime de repercussão geral, tenha firmado a tese de que (...) <u>não extraio dessa conclusão uma imposição ou uma obrigatoriedade de execução imediata do acórdão recorrido.</u></p> <p>O STF apenas afirmou que a execução provisória do acórdão condenatório não ofende o art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal, mas não estabeleceu a sua execução obrigatória. Primeiro, porque tratou tal prisão como “provisória”; segundo, porque está em plena vigência no ordenamento jurídico o art. 283 do Código de Processo Penal, estabelecendo que</p>	<p>Dessa forma, a questão fundamental a ser aqui discutida se refere à natureza do Recurso Especial dirigido ao Tribunal Superior Eleitoral, verificando a extensão de sua devolutividade, especialmente quanto à matéria fática, de modo a aferir se a decisão do TSE poderá abranger a justiça da decisão recorrida.</p> <p>(...) De tudo que foi visto, é lícito concluir que o duplo grau de jurisdição, mesmo após o advento da EC n.º 45/04, ainda que possa ter alcançado o status de princípio constitucional, por conta da internalização do Pacto de São José, não teve a força de alterar o regime Constitucional brasileiro que prevê diversas exceções a este princípio e, por isso, não tem caráter absoluto.</p> <p>Por conseguinte, não fere a Constituição (aliás, a realiza) o fato da matéria fática ser apreciada em única instância, nas hipóteses de julgamento criminal do réu com prerrogativa de função. Com isso, o recurso dirigido às instâncias superiores – aí incluído o TSE, por óbvio, tal como afirmado pelo próprio STF – não tem natureza ordinária, haja vista sua limitada devolutividade.</p> <p><u>O caráter especial do recurso ao TSE faz incidir o precedente já referido do STF, contido no HC nº 126.292/SP, pois realiza a principal condição exigida pela Suprema Corte, consistente na ausência de devolução à instância superior da discussão acerca</u></p>	
--	---	--



PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

70/72

<p>“ninguém poderá ser preso senão [...] em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado [...]”.</p> <p>(...)</p> <p>Vale dizer, cabe ao julgador, no caso concreto, analisar se as provas produzidas e as circunstâncias fáticas justificam a execução provisória da pena (...)</p> <p>Na hipótese(...) não verifico nos autos circunstâncias excepcionais, capazes de justificar a execução provisória da pena, de forma que <u>reconheço aos acusados o direito de, somente após o trânsito em julgado, iniciar o cumprimento das penalidades impostas.</u></p>	<p><u>da justiça da decisão.</u></p> <p>(...)</p> <p>Afinal, uma leitura acurada do voto que gerou a tese permite concluir que a inexistência do duplo grau e o afastamento do princípio da presunção de inocência decorrem da restrita devolutividade do recurso interposto e não da circunstância irrelevante de se originar de um acórdão em apelação ou de julgamento originário de tribunal.</p> <p>(...) <u>Conclui-se, portanto, não haver qualquer óbice à execução provisória das penas restritivas de direitos e pecuniária impostas ao réus.</u></p>	
<p>Des. Presidente (fl. 1395v):</p> <p>(...) Também por maioria, para ambos os acusados, <u>decidiram pela não execução provisória da pena</u>, conforme os votos dos Des. Paulo Afonso, Jamil Bannura e Eduardo Bainy, acrescidos dos votos absolutórios dos Des. Marchionatti e Dall'Agnoll (...).</p>	<p>Ante o exposto, voto por dar parcial provimento ao Agravo Regimental interposto, <u>deferindo o pedido do Ministério Público Eleitoral de execução imediata da pena</u>, tão somente em relação às penas restritiva de direito e pecuniária impostas.</p>	<p>Por fim, <u>determino a imediata execução da sanção penal imposta</u>, nos termos do quanto já decidido pelo excelso Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 126.292/SP</p>

Sublinhe-se que tanto no acórdão recorrido quanto no acórdão do TRE-PR (AgR na AP 128-41), as penas privativas de liberdade foram substituídas por penas restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

71/72

No acórdão do TRE-SP (AP 7709-69) foi aplicada exclusivamente pena de multa, cuja natureza é de sanção penal, guardando, conseqüentemente, similitude fática com o acórdão recorrido.

Portanto, no ponto, o recurso deve ser provido a fim de que se unifique a jurisprudência pátria, dando-se prevalência ao posicionamento adotado pelo Pretório Excelso (execução imediata das penas).

4 – DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR

Com base nos argumentos acima expostos, que demonstram o *fumus boni iuris*, o MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL requer o deferimento da medida cautelar para atribuição de efeito suspensivo ativo ao presente recurso, a fim de que o acórdão recorrido não produza o efeito de impedir o imediato cumprimento da pena pelos réus GILMAR SOSSELLA e ARTUR ALEXANDRE SOUTO.

O *periculum in mora* decorre, no caso, da premente necessidade de pacificação social dos conflitos, bem delineada pelo 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.

5 – DO PEDIDO

Por todo o exposto, o MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL requer:



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

72/72

(5.1) preliminarmente – o conhecimento do presente recurso especial e o deferimento da medida cautelar, para o fim de atribuir-se efeito suspensivo ativo ao presente recurso especial eleitoral; e

(5.2) no mérito – o integral provimento do recurso especial, para os fins de que (i) seja promovida a *emendatio libelli* em relação ao crime de concussão, para que, nos termos da descrição fática feita na denúncia, seja aplicada a causa geral de aumento de pena referente à continuidade delitiva; (ii) seja promovida a *emendatio libelli* em relação ao crime de propaganda no dia do pleito, para que, nos termos da descrição fática feita na denúncia, seja aplicada a causa geral de aumento de pena referente à continuidade delitiva; (iii) seja declarada a perda do mandato de Deputado Estadual de GILMAR SOSSELLA como efeito da condenação pela prática de crimes praticados com violação de dever para com a Administração Pública; (iv) seja acatado o entendimento do STF sobre a execução provisória da pena quando esgotada a discussão acerca da matéria fático-probatória; e (v) seja unificada a jurisprudência pátria no que concerne a execução imediata das penas, dando-se prevalência ao posicionamento adotado pelo Pretório Excelso.

Porto Alegre, 31 de janeiro de 2018.

Luiz Carlos Weber,
PROCURADOR REGIONAL ELEITORAL.