EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR ELEITORAL RELATOR DO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO SUL

Recurso Criminal nº 0600548-50.2020.6.21.0173

Procedência: GRAVATAÍ - RS (173ª ZONA ELEITORAL)
Recorrente: MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL
Recorrido: LUIS FERNANDO MAZZONI DE MEDEIROS
Relator: DES. CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ

PARECER

PENAL. PROCESSUAL PENAL. ELEIÇÕES 2016. CRIME DE "BOCA DE URNA". ART. 39, §5º, DA LEI Nº 9.504/97. FLAGRANTE PREPARADO. HIPÓTESE NÃO VERIFICADA. FLAGRANTE ESPERADO. CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. MÉRITO. POTENCIALIDADE LESIVA DA CONDUTA. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. CONCLUSÃO ABSOLUTÓRIA. MANUTENÇÃO. Não configurada, *in casu*, hipótese de flagrante preparado, no qual o agente é induzido a provocar o delito, e sim flagrante esperado, no qual não se verifica essa estimulação por parte da vítima, da autoridade policial ou mesmo de terceiros, no sentido de induzir o agente à prática do delito. Reconhecimento da legalidade da prova colhida por meio do auto de prisão em flagrante e apreensão. Mérito. O bem jurídico tutelado pela norma do art. 39, §5º, II, da Lei nº 9.504/97 consiste no resguardo da liberdade do eleitor de votar sem sofrer qualquer constrangimento ilegal. Embora o acusado tenha abordado servidor do Ministério Público Estadual, oferecendo-lhe um "santinho", tal conduta, por si só, não se mostra suficiente para evidenciar a violação ao bem jurídico tutelado (liberdade de voto), pois referido servidor encontrava-se, no local do fato, em atividade de fiscalização. Ademais, segundo a prova oral colhida em juízo, não houve demonstração de abordagem a qualquer eleitor que se dirigisse à sua seção de votação, restringindo-se a perquirição da ilicitude apenas ao relato do aludido servidor, atinente à sua abordagem pelo acusado. Fragilidade do conjunto probatório. **Parecer pelo parcial provimento do recurso, apenas para que seja afastada a nulidade da preliminar de nulidade da prova, e, no mérito, pela manutenção do juízo de absolvição do réu.**

I – RELATÓRIO.

Trata-se de recurso interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL em face de sentença que julgou improcedente a ação penal para absolver o réu da imputação da prática do crime previsto no art. 39, § 5º, inciso II, da Lei nº 9.504/97, no pleito de 2016, com fundamento no art. 386, inciso III, do CPP (não constituir o fato infração penal).

A ilustre magistrada *a quo* concluiu ter havido flagrante preparado que obstou a consumação do delito (ID 12522933, fls. 98-101 do PDF).

Em suas razões recursais (ID 12522933, fls. 107-114 do PDF), o MPE sustenta que não houve flagrante preparado. Afirma que o recorrido, na data do pleito, abordou servidor do Ministério Público Estadual que circulava entre as seções de votação, com a finalidade de fiscalizar a normalidade das eleições, e sugeriu-lhe que votasse em determinado candidato, entregando-lhe o respectivo "santinho". O servidor, então, acionou a guarda municipal, que conduziu o recorrido ao Fórum para lavratura de termo circunstanciado. Acrescenta que, durante a audiência de instrução, as testemunhas arroladas na denúncia (servidor do MP e guarda municipal) confirmaram os fatos. Ao final, requer a reforma da sentença, para que seja o recorrido condenado pela prática do crime do art. 39, § 5°, inciso II, da Lei nº 9.504/97.

Foram apresentadas contrarrazões (ID 12522933, fls. 118-124 do PDF), tendo os autos sido digitalizados e encaminhados ao TRE-RS.

Concedida vista dos autos a esta PRE (ID 12539633), verificou-se que, na digitalização dos autos físicos, não foi disponibilizada a gravação audiovisual da audiência de instrução e julgamento, motivo pelo qual foi requerida (ID 12789983) a

conversão em diligência, para que fosse providenciada a inserção da referida prova no sistema Pje, com posterior abertura de nova vista para parecer.

O eminente Desembargador Relator acolheu o pedido, tendo determinado (ID 12887833) a remessa dos autos *"ao juízo de origem para que seja inserido no PJE a mídia da audiência realizada dia 22.11.2018, na qual foram ouvidas três testemunhas: Ahron Hass, João Roberto Assunção Soares e Matheus Franco Rodrigues (ID 12522933, fls. 23 e 24 do PDF)"* e, após o cumprimento da diligência, a abertura de nova vista à PRE.

A gravação audiovisual da audiência de instrução foi juntada ao PJe, conforme certidão acostada no ID 18782283.

Após, vieram os autos com vista a esta PRE, para exame e parecer (ID 18782633).

Estes os fatos.

II – FUNDAMENTAÇÃO.

Assiste razão, em parte, ao recorrente.

Nada obstante isso, a conclusão do julgamento, no sentido da absolvição do acusado, deve ser mantida, ainda que sob outro fundamento. Vejamos.

A Magistrada *a quo*, ao proferir a sentença, entendeu assistir razão à defesa quanto à alegação da ocorrência de flagrante preparado, do qual teria resultado a prisão em flagrante de Luis Fernando Mazzoni de Medeiros, motivo pelo qual reconheceu a nulidade da prova, absolvendo o acusado do crime de "boca de urna", previsto no art. 39, §5º, inciso II, da Lei nº 9.504/98.

Com a devida vênia, o fato em tela não configura hipótese de flagrante preparado, no qual o agente é induzido a provocar o delito, e sim flagrante esperado, hipótese em que não se verifica essa estimulação por parte da vítima, da autoridade policial ou mesmo de terceiros, no sentido de induzir o agente à prática do delito.

Colhe-se, na abalizada doutrina de Rogério Greco[1], a distinção entre o chamado *flagrante preparado* e o *flagrante esperado*, analisado à luz do enunciado da Súmula 145 do STF[2], *in verbis*:

> "Por intermédio da Súmula 145 do STF, que diz que *não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação,* foi pacificado o entendimento daquela Corte no sentido de que, em determinadas situações, se a polícia preparar o flagrante de modo a tornar impossível a consumação do delito, tal situação importará em crime impossível, não havendo, por conseguinte, qualquer conduta que esteja a merecer a reprimenda do Estado.
> Uma vez preparado o flagrante pela polícia, a total impossibilidade de se consumar a infração penal pretendida pelo agente pode ocorrer tanto no caso de absoluta ineficácia do meio por ele utilizado como no de absoluta impropriedade do objeto. Temos visto a distinção entre o chamado *flagrante preparado* e o *flagrante esperado*. Mas qual a diferença entre os dois tipos de flagrante? No primeiro, isto é, no flagrante preparado, o agente é estimulado pela vítima, ou mesmo pela autoridade policial, a cometer a infração penal com o escopo de prendê-lo. A vítima e a autoridade policial, bem como terceiros que se prestem a esse papel, são conhecidos como *agentes provocadores.* Já no flagrante esperado não haveria essa estimulação por parte da vítima, da autoridade policial ou mesmo de terceiros, no sentido de induzir o agente à prática do delito. O agente, aqui, não é induzido a cometer delito algum. Nesses casos, tendo a autoridade policial prévio conhecimento da intenção do agente em praticar a infração penal, o aguarda, sem estimulá-lo a absolutamente nada, e cuida de todos os detalhes de modo a evitar a consumação do crime. Fala-se, nessa hipótese, em possibilidade de tentativa".

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente do Eg. STJ:

> PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE EXCEPCIONALIDADE. FLAGRANTE PREPARADO. CRIME IMPOSSÍVEL. SÚMULA N. 145/STF. NÃO VERIFICAÇÃO. 4. FLAGRANTE ESPERADO.

1 GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 9ª edição – Niterói – RJ: Impetus, 2015,p. 68.

2 Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.

> RÉUS MONITORADOS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. 5. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
> 1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.
> 2. O trancamento da ação penal somente é possível, na via estreita do habeas corpus, em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito**.**
> **3. O verbete n. 145 da Súmula do Supremo Tribunal Federal dispõe que "não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação". Contudo, não se pode confundir o flagrante preparado - no qual a polícia provoca o agente a praticar o delito e, ao mesmo tempo, impede a sua consumação, cuidando-se, assim, de crime impossível - com o flagrante esperado - no qual a polícia tem notícias de que uma infração penal será cometida e aguarda o momento de sua consumação para executar a prisão.**
> 4. No caso dos autos, verificou-se que os pacientes já estavam sendo monitorados, não tendo havido provocação prévia dos policiais para que se desse início à prática do crime de tráfico de drogas.
> Ademais, consta do acórdão impugnado que as abordagens dos veículos ocorreram de forma autônoma, tendo a ligação telefônica apenas demonstrado o vínculo entre os pacientes, encontrando-se ambos em flagrante delito. Nesse contexto, não há se falar em flagrante preparado.
> 5. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgRg no HC 438.565/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018) – grifou-se

No caso em apreço, tem-se que assiste razão à Promotoria Eleitoral, no ponto em que sustenta a não configuração da hipótese de flagrante preparado, porquanto não se verificou que em momento algum a testemunha João Roberto Assunção Soares, servidor do Ministério Público Estadual, tenha induzido o acusado a cometer o delito de “boca de urna”.

A fim de evitar tautologia, pede-se vênia para colacionar, quanto ao ponto, o seguinte excerto das razões recursais (ID 18781733_fl. 110-111), *in verbis*:

> “Contudo, Excelências, através da simples leitura das provas carreadas aos autos, faz-se possível concluir que tal hipótese não se enquadra no caso em apreço, porquanto, em momento algum, a testemunha JOÃO ROERTO ASSUNÇÃO SOARES, servidor público do Ministério Público Estadual, induziu o acusado a cometer o crime de 'boca de urna' nas proximidades da

> Escola Frantz M. Charão, em favor dos candidatos Cristiano Pereira e Anabel Lorenzzi, ambos pertencentes ao Partido Socialista Brasileiro.
> Ao contrário, conforme se depreende das informações contidas no depoimento da referida testemunha, no dia do fato delituoso descrito na exordial, o réu **de livre e espontânea vontade**, na Rua Florianópolis, abordou o depoente e lhe indagou se já havia escolhido seus candidatos para a votação. A seguir, o acusado entregou-lhe um 'santinho' dos candidatos Cristiano Pereira e Anabel Lorenzzi, com o intuito de influir na sua intenção de voto. Apenas após a conduta do denunciado, é que o depoente informou a um Guarda Municipal sobre a prática ilegal, o qual se dirigiu ao local indicado e abordou **LUIS FERNANDO**, apreendendo em seu poder os referidos 'santinhos'.
> Dessa forma, *data venia* a interpretação adotada pela Sentenciante, *in casu*, não há qualquer possibilidade de ter ocorrido o flagrante preparado, como espécie de crime impossível, em face da ineficácia absoluta dos meios empregados, tendo em vista que **a conduta do flagrado foi executada de forma livre e espontânea, não sendo induzido pelo servidor a praticar o delito**.

Cumpre observar que o fato em tela não é análogo ao do precedente dessa Corte (Recurso Criminal nº 2-02.2013.6.21.0040, da Relatoria do Des. Ingo Wolfgang Sarlet, de 02.12.2014) citado na sentença.

Isso porque no mencionado precedente restou apurado que um policial, fazendo-se passar por eleitor, instigou o agente à prática da infração penal, como se retira da seguinte passagem do voto-condutor da lavra do eminente Relator Des. Ingo Wolfgang Sarlet, *in verbis*:

> “Em razão de denúncias encaminhadas à Polícia Federal relatando movimentação de pessoas em uma residência particular, foram destacados agentes para o referido local, os quais observaram pessoas saindo da residência com ranchos. Um policial disfarçado simulou tratar-se de eleitor e bateu à porta da casa, questionando o corréu Jair Gressler sobre a possibilidade de ganhar rancho em troca do voto para a candidata Fernanda. Confirmada a prática, a autoridade policial deu voz de prisão a Jair.

Todavia, no caso dos autos, a testemunha estava circulando nos arredores do local de votação (uma escola), quando foi abordada pelo acusado, que espontaneamente entregou-lhe um “santinho” dos candidatos para os quais estava fazendo “boca de urna”, não se podendo falar em flagrante preparado.

Destarte, a preliminar de nulidade da prova, acolhida pela sentença, merece ser afastada.

Não obstante isso, a causa comporta, de pronto, exame de mérito, devendo ser mantida a decisão absolutória.

Isso porque o bem jurídico tutelado pela norma do art. 39, §5º, II, da Lei nº 9.504/97 consiste no resguardo da liberdade do eleitor de votar sem sofrer qualquer constrangimento ilegal, motivo pelo qual a legislação eleitoral veda a divulgação de propaganda eleitoral, no dia do pleito, ressalvada a manifestação individual e silenciosa do eleitor.

Colaciona-se, a respeito, a abalizada doutrina de Suzana de Camargo Gomes[3], *in verbis*:

> "Estabelece o art. 39, § 5º, I, II e III, da Lei nº 9.504/97, de 30.09.1997, com as alterações introduzidas pela Lei 11.300 e pela Lei nº 12.034/2009, de 10.05.2006, os crimes eleitorais consistentes nas condutas de, no dia da eleição, usar alto-falantes e amplificadores de som ou a promoção de comício ou carreata, e, ainda, a arregimentação de eleitor ou a propaganda de boca de urna, bem como a divulgação de qualquer espécie de propaganda de partidos políticos ou de seus candidatos, que venha a atingir a esfera do eleitor.
> **A norma penal está, no caso, resguardando a liberdade do eleitor de votar sem sofrer qualquer constrangimento, pelo que, no dia da eleição, é vedada a propaganda eleitoral.** (grifou-se)

Ocorre que, no caso, embora o acusado tenha espontaneamente abordado João Roberto Assunção Soares, servidor do Ministério Público Estadual, oferecendo-lhe um "santinho" dos candidatos Cristiano Pereira e Anabel Lorenzzi, tal conduta, por si só, não se mostra suficiente para evidenciar violação ao bem jurídico tutelado (liberdade de voto), na medida em que referido servidor encontrava-se no local em atividade de fiscalização.

3 GOMES, Suzana de Camargo. **Crimes Eleitorais**. 4ª ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 164.

Citam-se, nesse sentido, os seguintes precedentes do Eg. TRE-RJ, que bem analisam a questão da atipicidade do crime de “boca de urna”, por ausência de demonstração de ofensa ao bem jurídico tutelado:

> RECURSO CRIMINAL. CRIME TIPIFICADO NO ART. 39, §5º, III, DA LEI 9.504/97. ALEGADA PROPAGANDA DE BOCA DE URNA E ARREGIMENTAÇÃO DE ELEITOR NO DIA DO PLEITO. ELEIÇÕES 2018. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. PRELIMINARES DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADAS. CONJUNTO EM QUE NÃO RESTOU COMPROVADA A TIPICIDADE DELITIVA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.
> I. Invocação do verbete sumular nº 27 do TSE, segundo o qual "é inadmissível recurso cuja deficiência de fundamentação impossibilite a compreensão da controvérsia". Peça de impugnação ministerial em que se depreende adequada fundamentação. Preliminar rejeitada.
> II. Alegado cerceamento de defesa em decorrência do desentranhamento da peça de denúncia que não se demonstra pertinente. Determinação pelo juízo a quo de extração de meras cópias, cujas originais encontram-se anexadas aos autos. Suscitado prejuízo, outrossim, pela ausência de intimação da defesa para oitiva de testemunha. Réu que advoga em causa própria e foi presencialmente cientificado, em audiência, acerca da deprecação do ato para outra comarca. Incidência da Súmula 273 do STJ, no sentido de que "intimada a defesa para expedição de Carta Precatória, torna-se desnecessária a intimação da data da audiência do juízo deprecado." Nulidades afastadas.
> III. Mérito. Denunciado que, atuando como fiscal de partido, em rua próxima a local de votação, recebeu voz de prisão logo após iniciar abordagem a eleitora, sem saber que se tratava de promotora de justiça eleitoral, indagando-lhe se já havia decidido o seu voto para candidato a deputado estadual, enquanto portava crachá da agremiação, adesivo de candidato em sua vestimenta e folhetos de santinho na mão.
> IV. Conjunto que não se revela apto a demonstrar a materialidade delitiva e sim, no máximo, atos preparatórios. Acusado que não foi flagrado entregando impressos ou pedindo votos para determinado candidato, sendo o mero porte de material de campanha no dia da eleição, sem sua distribuição, fato atípico quanto à "boca de urna", à luz da jurisprudência pátria.
> V. Legislação que, igualmente, não veda a manifestação individual e silenciosa pela utilização de broches, dísticos e adesivos (art. 39-A da Lei 9.504/97), tendo o denunciado afirmado que apenas utilizava propaganda em sua vestimenta fora dos locais de votação, removendo-a ao adentrar em seção eleitoral, não havendo provas em sentido contrário.
> VI. Ao ser prontamente interrompido pela interlocutora assim que deu início ao diálogo, antes mesmo que pudesse explicitar as razões de sua abordagem, não chegou o réu a efetivamente adentrar aos atos executórios da arregimentação, no sentido de dissuadir, aliciar ou influenciar a potencial eleitora, limitando-se aos atos preparatórios.
> VII. Ainda que se faça pouco crível a alegação de que o intento empreendido pelo denunciado seria unicamente o de orientar e incentivar o exercício do sufrágio, diante da informação obtida de baixa adesão de votantes no pleito,

certo é que eventuais finalidades escusas seriam meras suposições acerca dos possíveis desdobramentos que viriam a suceder a conduta então interrompida.
VIII. Denunciado que, momentos antes de ser detido, também teria sido avistado conversando com cabo eleitoral e, na sequência, com uma provável eleitora. Conteúdo das conversas, todavia, que não se logrou identificar após a instrução probatória, restando inviável a presunção de ilicitude.
IX. Tipo penal que pretende tutelar a liberdade do voto. Eleitora abordada que estava a caminho de seção eleitoral para justificar o seu voto. Ausência de lesão ao bem jurídico tutelado em questão. Afastamento da tipicidade material do comportamento, o que, para alguns, poderia ser classificado como crime impossível. Precedente desta Corte, em caso de propaganda realizada, no dia da eleição, em município distinto daquele em que o beneficiário concorrera como candidato.
X. Ante a ausência de provas da materialidade delitiva, a ensejar a manutenção da sentença absolutória.
Desprovimento do recurso ministerial.
(Recurso Criminal nº 4467, Acórdão, Relator(a) Des. Guilherme Couto De Castro, Publicação: DJERJ - Diário da Justiça Eletrônico do TRE-RJ, Tomo 165, Data 06/08/2019, Página 05/08) – grifou-se

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME TIPIFICADO NO ART. 39, § 5º, II, DA LEI 9.504/97. "SANTINHOS" lançados pela janela de veículo, NO DIA DAS ELEIÇÕES, EM MUNICÍPIO DISTINTO DAQUELE ONDE OS CANDIDATOS BENEFICIADOS PELA PROPAGANDA ELEITORAL SÃO CANDIDATOS. DENÚNCIA REJEITADA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.
1. Para que reste configurada a prática do delito descrito no art. 39, § 5º, II, da Lei 9.504/97, é necessário que se demonstre que a conduta foi dirigida ao eleitor da circunscrição na qual o candidato disputa o cargo eletivo, o que não ocorreu no caso em análise.
2. Ausência de relevância jurídica da conduta para justificar a intervenção do Direito Penal Eleitoral.
3. DESPROVIMENTO do recurso.
(Recurso Criminal nº 2642, Acórdão, Relator(a) Des. Cristina Serra Feijó, Publicação: DJERJ - Diário da Justiça Eletrônico do TRE-RJ, Tomo 154, Data 17/07/2018, Página 39/44) – grifou-se

De outra parte, sublinha-se que, embora a denúncia (ID 18781683, fl. 3) narre que o acusado *"praticou propaganda de boca de urna, consistente na entrega de material de propaganda eleitoral ('santinho"), para eleitores que se dirigiam às suas seções de votação, no dia da eleição, em favor dos candidatos Cristiano Pereira e Abel Lorenzzi, ambos pertencentes ao Partido Socialista Brasileiro – PSB",* a prova oral colhida em juízo nada refere a esse respeito.

De fato, segundo a prova testemunhal, não houve a abordagem a qualquer eleitor que se dirigisse à sua seção de votação, restringindo-se a perquirição da ilicitude apenas ao relato do aludido servidor, atinente à sua abordagem pelo acusado.

É o que se extrai dos depoimentos colhidos em juízo das testemunhas João Roberto Assunção Soares, servidor do Ministério Público Estadual (18782333 e 18782383_até o minuto 01:56) e Ahron Hass, guarda municipal (18782383_a partir do minuto 01:57 e 18782433_até o minuto 02:56).

Aliás, a testemunha Ahron Hass, guarda municipal, em seu depoimento em juízo, cingiu-se a afirmar apenas que fora chamado a comparecer ao local do fato, ocasião em que, após ser informado pelo servidor João Roberto de que este havia sido abordado pelo réu, procedeu à prisão em flagrante deste, conduzindo-o, ato contínuo, ao Fórum, para lavratura de termo circunstanciado.

Embora pareça crível que o acusado efetivamente estivesse praticando "boca de urna", com o intuito de influenciar a vontade de eleitores que se dirigiam às suas respectivas seções de votação, tal fato não restou cabalmente demonstrado, no presente caso.

Sendo assim, verifica-se a fragilidade da prova, especialmente no que concerne à demonstração da potencialidade lesiva da conduta, sendo de rigor a manutenção do juízo de absolvição, ainda que por outro motivo que não aquele declinado na sentença recorrida.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, o **MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL** opina pelo provimento do recurso, apenas para afastar a caracterização de flagrante preparado,

mantendo-se o juízo absolutório ante a insuficiência das provas contidas nos autos para sustentar a condenação, nos termos do art. 386, VII, do CPP.

Porto Alegre, 12 de fevereiro de 2020.

José Osmar Pumes
PROCURADOR REGIONAL ELEITORAL SUBSTITUTO