



TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

ACÓRDÃO

HABEAS CORPUS (307) - 0600930-04.2016.6.00.0000 - CAPIVARI - SÃO PAULO

Relatora: Ministra Luciana Lóssio

Impetrante: Flávio Henrique Costa Pereira

Paciente: Gilceane Orosco Malto

Advogados: Flávio Henrique Costa Pereira – OAB: 198078/SP e outro

Órgão coator: Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo

ELEIÇÕES 2014. *HABEAS CORPUS*. CRIME DE DIVULGAÇÃO DE QUALQUER TIPO DE PROPAGANDA NO DIA DO PLEITO. ART. 39, § 5º, III, DA LEI 9.504/97. INQUÉRITO POLICIAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. COAÇÃO ILEGAL. TRANCAMENTO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Para a adequada configuração do tipo penal incriminador do art. 39, § 5º, III, da LEI 9.504/97, necessário estar presente a elementar objetiva descrita no *caput* do dispositivo, qual seja: “no dia da eleição”.

2. Realizada a conduta em outra data que não no dia do pleito, não haverá o crime, já que é atípica a “conduta de afixar cartazes e faixas contendo propaganda eleitoral em residência particular, em data anterior ao dia das eleições.” (REspe nº 1559-03/SP, Relator designado Teori Zavascki, *DJe* de 16.11.2012).

3. Ainda que não exista conclusão de inquérito policial ou apresentação de denúncia, não se pode permitir a continuação da persecução penal que vise à apuração de fato atípico.
4. Se a investigação policial busca apurar eventual conduta de não retirar propaganda eleitoral existente ou colocar propaganda eleitoral nas últimas horas de sábado véspera da eleição, deverá ser promovido o trancamento do inquérito policial.
5. Ordem concedida.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em conceder a ordem para determinar o trancamento do inquérito policial eleitoral nº 0452/2015-4, que envolve Gilceane Orosco Malto e Rodrigo Abdala Proença, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 14 de fevereiro de 2017.

MINISTRA LUCIANA LÓSSIO – RELATORA

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO: Senhor Presidente, trata-se de *habeas corpus* preventivo, com pedido de liminar, impetrado por Flávio Henrique Costa Pereira em favor de Gilceane Orosco Malto, contra decisão do presidente do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, que determinou a instauração de inquérito policial para apurar a prática, em tese, da infração penal descrita no art. 39, § 5º, III, da Lei nº 9.504/97.

O impetrante relata que, no dia 5 de outubro de 2014, o senhor Têlemaco Tonetti Borsari, então candidato a Deputado Federal pelo PDT, apresentou notícia-crime perante o Juízo da Zona Eleitoral de Capivari/SP informando que a paciente, na véspera das eleições, não teria retirado das calçadas os cavaletes com propaganda, deixando-os voluntariamente para que fossem visíveis durante o processo de votação, afirmando ser tal conduta configuradora de crime eleitoral.

O Promotor de Justiça com atribuições perante a 38ª Zona Eleitoral de Capivari/SP requisitou instauração de inquérito policial para apurar eventual prática do crime previsto no art. 39, § 5º, III, da Lei nº 9.504/97, tendo como investigados a paciente e o prefeito da cidade, Rodrigo Abdala Proença.

O Juízo da 38ª Zona Eleitoral de Capivari/SP proferiu decisão remetendo os autos do inquérito policial para o Tribunal Regional de São Paulo, órgão competente para processar e julgar o titular do Poder Executivo municipal nos crimes eleitorais.

O presidente do TRE/SP, acolhendo parecer da Procuradoria Regional Eleitoral, determinou a instauração pela Polícia Federal de novo inquérito policial para investigar os fatos acima noticiados, nestes termos, *in verbis*: “*Acolho as ponderações da Procuradoria Regional Eleitoral e determino a instauração de novo inquérito policial, nos termos propostos a fls. 35/36. Remeta-se à Polícia Federal*”.

É contra essa decisão que insurge o impetrante.

Sustenta falta de justa causa para instauração de inquérito policial, diante da inexistência de fato típico a ensejar a persecução penal.

Nesse ponto, afirma que não há justa causa para a instauração de investigação policial, pois a conduta tipificada pelo art. 39, § 5º, III, da Lei 9.504/97 demanda que os atos tenham sido praticados no dia da eleição, por meio de conduta comissiva, não sendo suficiente a mera omissão na retirada dos materiais de propaganda colocada nas ruas para configurar o delito.

Argumenta que:

Ora, nobres ministros, veja-se que no presente caso a situação fática se coaduna em sentido estrito com o que declara a doutrina, pois o fato ensejador da abertura do inquérito policial, inquestionavelmente, não constitui fato típico, antijurídico e culpável, ou seja, não há crime.

E, *ad argumentandum tantum*, ainda que os fatos alegados pelo denunciante fossem comprovados, ainda assim não ensejariam a aplicação de qualquer sanção penal, justamente porque não existe fato criminoso.

Requer, ao final, a concessão da ordem de *habeas corpus* para “reconhecer a falta de justa causa e trancar o inquérito policial”.

O TRE/SP prestou informações por meio do ofício nº 1.656/2016 (documento nº 27.125).

A liminar foi apreciada pelo Ministro Henrique Neves, nos termos do art. 17 da Res-TSE nº 4.510/52 (RITSE), e indeferida (documento 27.392).

A Procuradoria-Geral da República opina pela denegação do *writ*.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO (relatora): Senhor Presidente, bem examinando os autos, tenho que é caso de concessão da ordem.

Conforme relatado, o impetrante pretende que seja reconhecida a atipicidade da conduta objeto da investigação criminal, acarretando por consequência, o trancamento do inquérito policial por ausência de justa causa.

Na espécie, o presidente do TRE/SP, acolhendo parecer da Procuradoria Regional Eleitoral, determinou a instauração, pela Polícia Federal, de novo inquérito policial nos seguintes termos, *in verbis*:

Acolho as ponderações da Procuradoria Regional Eleitoral e determino a instauração de novo inquérito policial, nos termos propostos a fls. 35/36. Remeta-se à Polícia Federal.

Por sua vez, extraio do Parecer da Procuradoria Regional Eleitoral, que serviu como substrato à decisão do Presidente do TRE, o seguinte trecho:

Trata-se de inquérito policial instaurado por requisição do Promotor Eleitoral oficiante perante o Juízo da 38ª Zona Eleitoral (Capivari/SP) para apuração de eventual prática do crime previsto no art. 39 § 5º, inciso III da Lei nº 9.504/97, em que figuram como investigados o atual prefeito de Capivari, RODRIGO ABDALA PROENÇA e a vereadora GILCEANA OROSCO MALTO.

Após pedido de prazo para continuação das investigações pela autoridade policial (fls. 23), o d. Juízo da 38ª Zona Eleitoral proferiu decisão remetendo os autos ao E. TRE/SP, em razão de da competência desse Tribunal para processar e julgar o feito, nos termos do artigo 29, inciso X da Constituição Federal.

[...]

Logo, dada a competência fixada pelo julgado supra, com vistas a coibir futura nulidade, esta Procuradoria Regional Eleitora requer, consoante ao art. 8º da Resolução TSE nº 23.396, a remessa destes autos à Superintendência da Polícia Federal, a fim de que seja novamente instaurado o inquérito policial no âmbito daquela Polícia Judiciária.

Outrossim, requisita-se à Autoridade Policial que vier a presidir o feito a realização das seguintes diligências, independentemente de outras reputadas necessárias:

- a) expedição de ofícios às pessoas e aos partidos políticos constantes do auto de constatação de fls. 11 para que indiquem os responsáveis pela colocação de cavaletes de suas campanhas no município de Capivari/SP;
- b) oitiva das pessoas indicadas no item 'a' acima, a respeito dos fatos objeto do presente inquérito policial; e
- c) ao final, que se proceda à oitiva do Sr. RODRIGO ABDALA PROENÇA e da Sra. GILCEANA OROSCO MALTO.

Portanto, houve a instauração de inquérito policial, após prévia autorização do TRE/SP, para apuração eventual prática do crime previsto no art. 39 § 5º, inciso III da Lei nº 9.504/97, em que figuram como investigados o prefeito de Capivari, RODRIGO ABDALA PROENÇA, e a vereadora GILCEANA OROSCO MALTO.

Dispõe o § 5º, III, do art. 39 da Lei nº 9.504/97:

§ 5º Constituem crimes, no dia da eleição, puníveis com detenção, de seis meses a um ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa no valor de cinco mil a quinze mil UFIR:

[...]

III - a divulgação de qualquer espécie de propaganda de partidos políticos ou de seus candidatos. ([Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009](#)).

Com efeito, para a adequada configuração do tipo penal incriminador acima transcrito, necessário estar presente a elementar objetiva descrita no *caput* do dispositivo, qual seja: “*no dia da eleição*”.

In casu, para que se tenha a correta subsunção do fato à norma penal incriminadora, a conduta de divulgar qualquer espécie de propaganda eleitoral deve, necessariamente, ser praticada no dia que as eleições ocorrem. Todavia, realizada a conduta em outra data que não no dia do pleito, a figura típica não se forma. Essa foi a conclusão deste TSE, por maioria, no REspe nº 1559-03/S, cuja relatoria ficou a cargo do Min. Teori Zavascki após iniciar a divergência. Confira-se:

AÇÃO PENAL. CONDUTA DE AFIXAR CARTAZES E FAIXAS CONTENDO PROPAGANDA ELEITORAL EM RESIDÊNCIA PARTICULAR, EM DATA ANTERIOR AO DIA DAS ELEIÇÕES. ATIPICIDADE DA CONDUTA À LUZ DO ART. 39, § 5º, III, DA LEI 9.504/97. EXISTÊNCIA DE NORMAS PERMISSIVAS. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL DESPROVIDO.

(REspe nº 1559-03/SP, Relator designado Teori Zavascki, *DJe* de 16.11.2012).

Transcrevo excerto da fundamentação que orientou a maioria do colegiado:

3. O quadro tático delineado pelo Tribunal de origem é no sentido de que os denunciados, em data anterior ao dia das eleições, afixaram cartazes e faixas de propaganda eleitoral em residência particular situada em local próximo à seção de votação. Questiona-se, assim, a tipicidade penal dessa conduta considerada a norma incriminadora prevista no art. 39, § 5º, III, *da Lei 9.504/97* [*“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 voto vencedor do acórdão impugnado concluiu pela atipicidade da conduta descrita na inicial acusatória, ressaltando, entre outros fundamentos, o seguinte:

[...]

Ora, nesse cenário normativo, não há como reconhecer a tipicidade da conduta em questão. Registre-se a doutrina especializada sobre o crime em questão:

Destarte o que é vedado e, inclusive, constitui crime, é a conduta daquele que, no dia da eleição, divulga ou realiza propaganda eleitoral de molde a atingir a esfera do eleitor, através da abordagem, do aliciamento, da utilização de métodos de persuasão ou convencimento, e não daquele que sem incomodar, falar, ou tomar qualquer atitude que desdobre seu âmbito particular, demonstra silenciosa e individualmente sua preferência eleitoral.

Saliente-se que o tipo penal exige, para sua configuração, que a conduta seja realizada no dia da eleição, o que significa que o crime somente pode ser cometido durante o horário da eleição ou quando os eleitores estão se dirigindo ao local de votação. Assim, conforme já decidiu o Tribunal Regional Eleitoral do Paraná, 'não infringe resoluções proibitivas da chamada 'boca de urna' quem espalha panfletos em plena madrugada, quando os eleitores dormem e as seções eleitorais estão fechadas. (Gomes, Suzana de Camargo. Crimes eleitorais. 41 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 165).

Também por esse ângulo, a conduta descrita na acusação é atípica, à luz do art. 37, § 50, III, da Lei 9.504/197. Afinal, a propaganda visual REspe nº 1559-03.2011.6.00.0000/SP 12 fixa é "estática e sua influência é pequena. Serve, quando muito, de informação" (Coneglian, Olivar. Eleições: radiografia da lei 9.504/197, 7ª ed., Curitiba: Juruá, 2012). Sinala-se que o entendimento contrário importaria a incriminação penal de qualquer propaganda estática porventura não removida no dia do pleito, pouco importando a sua proximidade ou não dos locais de votação, circunstância não considerada no tipo penal do art. 39, § 5º, III, da Lei 9.504/97 (grifei).

Portanto, o TSE estabeleceu, por maioria, que não se admite o recebimento de denúncia que, ao ensejo de reconhecer a consumação do delito do art. 39, § 5º, III, da Lei nº 9504/97, indica que o réu cometeu a conduta de deixar de retirar propaganda eleitoral existente ou colocar propaganda eleitoral nas últimas horas de sábado véspera da eleição.

Tal entendimento é chancelado pela doutrina, a exemplo dos dizeres do eminente jurista José Jairo Gomes^[1], que assim prescreve:

Por fim, vale salientar que o que a figura típica em exame veda é a divulgação de propaganda eleitoral no dia do pleito, não porém, a continuação das que foram feitas anteriormente. Assim, não é ilícita a

permanência de bandeiras e cartazes afixados em muros, santinhos atirados nas ruas etc. Nesse sentido, tem razão Gonçalves (2012, p. 130) ao afirmar que inexistente crime “na permanência, mesmo no primeiro ou último domingo de outubro, de cartazes ou pinturas realizados anteriormente a essas datas. Não há o crime de ‘deixar a propaganda’ ou ‘omitir-se no dever de retirá-las’.

Tratando-se do crime do art. 39, §5º, III, da Lei nº 9504/97, cuja proibição apenas ocorre em um dia específico, a persecução penal somente poderá ser iniciada se houver indícios mínimos da realização do núcleo tipo no dia das eleições.

No caso, o impetrante alega como síntese dos fatos o seguinte:

Em 05/10/2014, o Sr. Têlemaco Tonetti Borsari, candidato a Deputado Federal pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, apresentou denúncia junto à Justiça Eleitoral de Capivari alegando que na noite de 04 de outubro de 2014, véspera das eleições gerais, em praças e corredores de trânsito da cidade de Capivari, a denunciada, ora paciente, ao invés de retirar cavaletes com propaganda eleitoral das calçadas, as manteve, propositalmente, nesses locais, com o intuito de que, no dia 05 de outubro, as mesmas permanecessem expostas durante o período de votação. (doc. 26162, Pág. 2)

Ora, de início, percebo que a peça que o impetrante indica como sendo denúncia, em verdade trata-se de mera “*notícia criminis*”, tendo em vista que seu subscritor é candidato a deputado (e não o Ministério Público), bem como pelo fato de o feito ainda estar na fase de inquérito policial.

Malgrado ainda não exista a conclusão do inquérito ou apresentação de denúncia, não se pode permitir a continuação da persecução penal que visa apuração de fato atípico.

Acontece que em nenhum dos elementos que fundamentaram a abertura do inquérito policial houve a indicação de que a conduta de colocar placas de propaganda tenha ocorrido no domingo.

A investigação policial surgiu com o desiderato de apurar a possível conduta dos réus de deixarem de retirar propaganda eleitoral existente ou colocarem propaganda eleitoral nas últimas horas de sábado véspera da eleição.

O ilustre parecer do PGE, apesar de opinar pelo indeferimento do *writ*, não afasta a ideia de que o inquérito foi instaurado para apurar eventual conduta ocorrida no sábado, véspera da eleição. Confira-se:

No caso versado, ainda que os cavaletes com a propaganda eleitoral não tenham sido afixados no dia da eleição, mas no dia anterior, é certo que, ao não retirá-los no horário determinado pela legislação, a intenção seria de influenciar na opção dos eleitores que se dirigiam ao seu local de votação.

Assim, ao menos em tese, há indícios mínimos de materialidade e autoria do crime tipificado no art. 39, §5º, inciso III, da Lei 9.504/1997. (Doc. 32720, Pág. 4).

A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a medida de trancamento do inquérito policial ou de ação penal se dá de forma excepcional, somente adotada quando manifesta a atipicidade da conduta, quando houver operado a extinção da punibilidade ou quando inexisterem indícios mínimos de autoria.

Cito os seguintes precedentes nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. MANTÉM-SE A DECISÃO AGRAVADA SE NÃO INFIRMADOS SEUS FUNDAMENTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182 /STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O trancamento de inquérito policial por meio de habeas corpus somente é possível quando se evidenciar, de pronto, imputação de fato atípico, inexistência de indício mínimo de autoria e materialidade do delito, ou ainda, extinção da punibilidade, o que não se verifica na espécie. Precedentes.

2. Mantidos os fundamentos da decisão agravada, porquanto não infirmados por razões eficientes, é de ser negada a simples pretensão de reforma. (Súmula nº 182 do STJ).

(AgR-RHC nº 64-57, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* de 12.6.2016).

RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME DO ART. 299 DO CÓDIGO ELEITORAL. ELEIÇÕES 2012. PROVA ILÍCITA. NÃO CONFIGURAÇÃO. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PROVIMENTO.

1. De acordo com a jurisprudência do TSE, o trancamento de ação penal por meio de habeas corpus somente é possível quando se evidenciar, de

pronto, que há imputação de fato atípico, inexistência de indício de autoria do delito ou, ainda, a extinção da punibilidade, o que não se verifica na espécie. Precedentes.

2. O pedido de interceptação telefônica formulado pelo Ministério Público Eleitoral em procedimento investigatório criminal não decorreu de denúncia anônima, mas sim de prévia ocorrência policial, de relatório de apreensão de materiais que supostamente seriam distribuídos em troca de voto e, ainda, da anterior autorização de outras três escutas telefônicas envolvendo esses fatos.

[...]

(RHC nº 1002/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 7.8.2013).

Assim, diante da atipicidade manifesta do fato investigado no inquérito policial nº 0452/2015-4, necessário se faz a concessão do *writ* a fim de cessar a coação potencial ao direito à liberdade da paciente.

Por fim, cumpre ressaltar que, posteriormente à impetração do presente *habeas corpus*, o impetrante pediu a extensão de efeitos aos demais investigados, senhor Rodrigo Abdala Proença e o Presidente do Partido Progressista de Capivari.

Ocorre que a disciplina geral sobre recursos criminais possibilita a extensão dos efeitos das decisões, que não tenha caráter exclusivamente pessoal, para os demais agentes que não tenham recorrido, consoante art. 580 do CPP[2].

Tal regra também poderá ser aplicada às decisões relativas a *habeas corpus*, mormente porque tal remédio constitucional admite o deferimento de ofício.

No caso, o senhor Rodrigo Abdala Proença também foi indiciado no combatido inquérito policial. Por sua vez, não há qualquer informação no sentido de que tenha sido indiciado o Presidente do Partido Progressista de Capivari, nem mesmo o nome de tal pessoa é apresentado nos autos.

Nessa situação, notória a necessidade de aplicação da norma de extensão de efeito de decisão para o senhor Rodrigo Abdala Proença.

Ante o exposto, **concedo a ordem** para determinar o trancamento do inquérito policial eleitoral nº **0452/2015-4**, que envolve **Gilceane Orosco Malto e Rodrigo Abdala Proença**.

É como voto.

[1] Gomes, José Jairo. Crimes e Processo Penal Eleitorais. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p.228.

[2] Código de Processo Penal

Art. 580. No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA: Senhor Presidente, tenho uma dúvida. Peço somente um esclarecimento. A acusação, no caso, é de que ela, no dia anterior, teria colocado cavaletes de propaganda e não os retirou. Portanto, agiria, de certa forma, como ato preparatório para que no dia da eleição os cavaletes estivessem lá.

Quanto a essa matéria, tenho dificuldade em trancar a ação penal. Dizer que esse fato é atípico.

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO (relatora): Mas julgamos isso numa ação penal e entendemos que o fato era atípico.

Então, por que consentir que a Justiça Eleitoral permita o regular processamento de um feito, se nós já decidimos?

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA: Quem faz a propaganda na noite anterior, derrama santinhos, nada disso caracterizaria.

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO (relatora): Veja: a Justiça Eleitoral não terá braços para julgar todas as ações penais. Se formos nessa linha, Ministro Henrique Neves, serão inúmeras as ações penais e os inquéritos promovidos. Penso que a Justiça Eleitoral tem coisas e fatos mais importantes para realmente se debruçar.

VOTO

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA: Senhor Presidente, refletirei sobre o assunto, mas acompanho a relatora por ora.

EXTRATO DA ATA

HC nº 0600930-04.2016.6.00.0000/SP. Relatora: Ministra Luciana Lóssio. Impetrante: Flávio Henrique Costa Pereira. Paciente: Gilceane Orosco Malto (Advogados: Flávio Henrique Costa Pereira – OAB: 198078/SP e outro). Órgão coator: Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, concedeu a ordem para determinar o trancamento do inquérito policial eleitoral nº 0452/2015-4, que envolve Gilceane Orosco Malto e Rodrigo Abdala Proença, nos termos do voto da relatora.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes as Ministras Rosa Weber e Luciana Lóssio, os Ministros Luiz Fux, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Henrique Neves da Silva, e o Vice-Procurador-Geral Eleitoral em exercício, Francisco de Assis Vieira Sanseverino.

SESSÃO DE 14.2.2017.*

* Sem revisão das notas de julgamento da Ministra Luciana Lóssio.

