



## TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

### ACÓRDÃO

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 0600566-26.2019.6.18.0000 – ESPERANTINA – PIAUÍ**

**Relator originário:** Ministro Luis Felipe Salomão

**Redator para o acórdão:** Ministro Alexandre de Moraes

**Agravante:** Gilfran Dias Chaves

**Advogados:** Germano Tavares Pedrosa e Silva – OAB: 5952/PI e outro

**Agravado:** Ministério Público Eleitoral

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. CRIMES ELEITORAIS. ART. 10 C/C ART. 11, III, DA LEI 6.091/74. TRANSPORTE IRREGULAR DE ELEITOR. DISTRIBUIÇÃO. MATERIAL DE PROPAGANDA. ALICIAMENTO. VOTO. DOLO ESPECÍFICO. PRESENÇA. ART. 39, § 5º, II, DA LEI 9.504/97. BOCA DE URNA. ENTREGA DE SANTINHOS. CONFIGURAÇÃO. SÚMULA 24/TSE. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

1. No *decisum* monocrático, manteve-se a condenação do agravante pelos crimes de transporte irregular de eleitores (art. 11, III, da Lei 6.091/74; quatro anos de reclusão e 200 dias-multa) e de boca de urna (art. 39, § 5º, II, da Lei 9.504/97; seis meses de detenção e multa de 5.000 Ufirs) nas Eleições 2018
2. Nos termos dos arts. 5º, 10 e 11, III, da Lei 6.091/74, constitui crime transportar eleitores desde o dia anterior até o posterior ao pleito.
3. Conforme a jurisprudência desta Corte Superior, para que se configure o delito, exige-se o dolo específico consistente na finalidade de cooptação do voto do eleitor.
4. Na espécie, o TRE/PI manteve a condenação do agravante pela prática do referido delito, porquanto, no dia do pleito (7/10/2018), transportou três eleitoras até o local de votação, tendo, durante o trajeto, entregado material de campanha de candidatos. Da moldura fática *a quo*, extrai-se ainda que o carro continha muito material de propaganda política partidária e que o agravante acompanhou uma das eleitoras até a porta de sua respectiva seção, oportunidade em que foi preso em flagrante e teve seu veículo apreendido.
5. É incontroverso que o dolo específico do tipo, consistente no aliciamento do voto do eleitor, está presente na espécie.



6. O crime de boca de urna, previsto no art. 39, § 5º, II, da Lei 9.504/97, configura-se com a efetiva distribuição de propaganda política a eleitores que se dirigem ao seu local de votação.

7. Sobre o ponto, o TRE/PI assentou que “[t]anto o acusado, como as três testemunhas ouvidas em juízo, que foram transportadas por ele, no dia das Eleições, afirmaram que houve a entrega de material de propaganda eleitoral (‘santinhos’), sendo indiscutível a ocorrência do crime de boca de urna, cometido pelo [agravante]”.

8. Conclusão diversa, quanto à prática dos delitos em exame, esbarra no óbice da Súmula 24/TSE, que veda reexame probatório em sede extraordinária.

9. Agravo interno a que se nega provimento.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Brasília, 17 de fevereiro de 2022.

MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES – REDATOR PARA O ACÓRDÃO

### RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO: Senhor Presidente, trata-se de agravo interno interposto por Gilfran Dias Chaves em razão de *decisum* monocrático assim ementado (ID 146.417.688):

AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. CRIMES ELEITORAIS. ART. 10 C/C 11, III, DA LEI 6.091/74. TRANSPORTE IRREGULAR DE ELEITOR. DISTRIBUIÇÃO. MATERIAL DE PROPAGANDA. ALICIAMENTO. VOTO. DOLO ESPECÍFICO. PRESENÇA. ART. 39, § 5º, II, DA LEI 9.504/97. BOCA DE URNA. ENTREGA DE SANTINHOS. CONFIGURAÇÃO. SÚMULA 24/TSE. NEGATIVA DE SEGUIMENTO.

1. Recurso especial interposto contra aresto unânime do TRE/PI em que se manteve a condenação do agravante pelos crimes de transporte irregular de eleitores (art. 11, III, da Lei 6.091/74; quatro anos de reclusão e 200 dias-multa) e de boca de urna (art. 39, § 5º, II, da Lei 9.504/97; seis meses de detenção e multa de 5.000 Ufirs) nas Eleições 2018.

2. Nos termos dos arts. 5º, 10 e 11, III, da Lei 6.091/74, constitui crime transportar eleitores desde o dia anterior até o posterior ao pleito.

3. Conforme a jurisprudência desta Corte Superior, para a configuração do delito, exige-se o dolo específico consistente na finalidade de cooptação do voto do eleitor.

4. Na espécie, o TRE/PI manteve a condenação do agravante pela prática do referido delito, porquanto, no dia do pleito (7/10/2018), transportou três eleitoras até o local de votação, tendo, durante o trajeto, entregado material de campanha de candidatos. Da moldura fática regional, extrai-se ainda que o carro continha muito material de propaganda política partidária e que o agravante acompanhou uma das eleitoras até a porta de sua



respectiva seção, ocasião em que foi preso em flagrante e teve seu veículo apreendido.

5. É incontroverso que o dolo específico do tipo, consistente no aliciamento do voto do eleitor, está presente na espécie.

6. O crime de boca de urna, previsto no art. 39, § 5º, II, da Lei 9.504/97, configura-se com a efetiva distribuição de propaganda política a eleitores que se dirigem ao seu local de votação.

7. Sobre o ponto, o TRE/PI assentou que “[t]anto o acusado, como as três testemunhas ouvidas em juízo, que foram transportadas por ele, no dia das Eleições, afirmaram que houve a entrega de material de propaganda eleitoral (‘santinhos’), sendo indiscutível a ocorrência do crime de boca de urna, cometido pelo recorrente”.

8. Conclusão diversa, quanto à prática dos delitos em questão, esbarra no óbice da Súmula 24/TSE, que veda reexame probatório em sede extraordinária.

9. Recurso especial a que se nega seguimento.

No agravo, alega-se, em síntese (ID 153.154.638):

a) a hipótese não envolve reexame probatório, mas o correto reenquadramento jurídico das premissas fáticas assentadas pela Corte de origem, uma vez que “o ora agravante não agiu com dolo específico para fins de configurar crime de aliciamento de eleitores e boca de urna”;

b) o agravante demonstrou que o dolo específico não ficou configurado, uma vez que as eleitoras transportadas, em seus depoimentos, “foram uníssonas em afirmar que pagaram para o transporte no dia da eleição [...] [e] não sofreram qualquer tipo de influência nos seus votos”, votando de forma livre e consciente. Assim, sua conduta não se amolda ao tipo previsto no art. 11, III, da Lei 6.091/74;

c) quanto ao crime de boca de urna, tipificado no art. 39, § 5º, II, da Lei 9.504/97, a condenação do agravante “se deu única e exclusivamente pela distribuição de santinho que supostamente ocorreu dentro de um veículo que se deslocou da zona urbana da cidade de Esperantina para uma localidade Malhada do Meio que dista mais de uma hora da zona urbana da cidade, sem que se tenha precisão do local onde esses santinhos foram entregues”. Contudo, referido crime só se configura “quando o infrator tiver a menos de 100 metros do local de votação”, o que não se comprovou na hipótese dos autos.

Ao final, pugna-se por se reconsiderar a decisão agravada ou por se submeter a matéria ao Colegiado.

Contrarrazões apresentadas (ID 154.383.738).

**É o relatório.**

## VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (relator): Senhor Presidente, no *decisum* monocrático, manteve-se a condenação do agravante pelos crimes de transporte irregular de eleitores (art. 11, III, da Lei 6.091/74; quatro anos de reclusão e 200 dias-multa) e boca de urna (art. 39, § 5º, II, da Lei 9.504/97; seis meses de detenção e multa de 5.000 Ufirs) nas Eleições 2018.

Reitera-se que, nos termos dos arts. 5º, 10 e 11, III, da Lei 6.091/74, constitui



eleitores desde o dia anterior até o posterior ao pleito. *In verbis*:

Art. 5º Nenhum veículo ou embarcação poderá fazer transporte de eleitores desde o dia anterior até o posterior à eleição, salvo:

[...]

Art. 10. É vedado aos candidatos ou órgãos partidários, ou a qualquer pessoa, o fornecimento de transporte ou refeições aos eleitores da zona urbana.

Art. 11. Constitui crime eleitoral:

[...]

III - descumprir a proibição dos artigos 5º, 8º e 10;

Pena - reclusão de quatro a seis anos e pagamento de 200 a 300 dias-multa (art. 302 do Código Eleitoral).

Conforme a jurisprudência desta Corte Superior, para que se configure o delito, exige-se o dolo específico consistente na finalidade de cooptação do voto do eleitor. Confirmam-se:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. AÇÃO PENAL. TRANSPORTE ILEGAL DE ELEITORES. ART. 11, III, DA LEI 6.091/74. EXIGÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO DE ALICIAR ELEITORES.

1. A conformação da conduta ao tipo penal do transporte irregular de eleitores **exige não apenas a presença do elemento “fornecimento de transporte a eleitores”, mas, também, da finalidade de aliciar eleitores, conspurcando o livre exercício do voto**. Precedente do Supremo Tribunal Federal.

2. Para a comprovação do dolo não basta conjecturar acerca do benefício auferido. É necessário apontar elementos concretos que evidenciem a atuação com a finalidade de aliciar eleitores.

[...]

(AgR-REspe 1-33/RJ, Rel. Min. Admar Gonzaga, DJE de 29/9/2017) (sem destaque no original)

-----

[...] 3. O TRE concluiu pela comprovação: a) da conduta delituosa; b) do dolo específico no caso, tendo em vista a inequívoca demonstração do intuito eleitoral que motivou o transporte de eleitores no dia da eleição; c) da participação do candidato beneficiado, por ser possível confirmar o pedido de transporte de eleitores e por outros aspectos do conjunto probatório que apontam a ligação do candidato com o contexto dos fatos.

**4. O delito tipificado no art. 11, inciso III, da Lei nº 6.091/1974 dirige-se a inibir o aliciamento impeditivo da escolha livre do candidato.** [...]

(AgR-REspe 11710-14/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE de 16/2/2017) (sem destaque no original)

-----

[...] **A prova do elemento subjetivo, da intenção de obter votos**, pode ser revelada mediante o contexto



verificado, do qual é exemplo a contratação de ônibus para transporte de eleitores, estacionado próximo a local de votação, **contendo, no interior, panfletos e, nos vidros, adesivos de candidato.**

(HC 432-93/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 22/3/2013) (sem destaques no original)

Nas palavras de José Jairo Gomes, “[a] objetividade jurídica do delito do enfocado inciso III consiste em tutelar o livre exercício do sufrágio. Por óbvio, se até mesmo para se alimentar ou se deslocar à seção eleitoral tivesse o eleitor que depender de favores alheios, ficaria exposto à nociva influência de detentores de poder econômico; o vínculo psicológico daí decorrente poderia abalar a sinceridade do seu voto”. Ainda segundo o renomado autor:

**A consumação do crime em exame se dá com o efetivo descumprimento da proibição legal, quando, então, o agente fornece refeição a eleitor ou o transporta nos percursos de ida ou de volta da seção eleitoral.**

Na hipótese de transporte, não é preciso que se percorra grande distância, tampouco que o eleitor transportado chegue aos locais de votação ou de sua residência, pois esses eventos constituem já exaurimento da ação típica.

(GOMES, José Jairo. *Crimes Eleitorais e Processo Penal Eleitoral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 300-301) (sem destaques no original)

Na espécie, o TRE/PI manteve a condenação do agravante pela prática do referido delito, porquanto, no dia do pleito (7/10/2018), transportou as eleitoras Maria José da Conceição, Maria da Conceição Cardoso e Eliane dos Santos até o local de votação, tendo, durante o trajeto, entregado material de campanha de candidatos. É o que se infere (ID 107.702.588):

1) AUTORIA E MATERIALIDADE DO CRIME DO ART. 11, INCISO III DA LEI Nº 6.091/1974

**Os fatos descritos na denúncia e comprovados na instrução processual denotam que o recorrente, Sr. Gilfran Dias Chaves, por intermédio da recorrente, Sra. Ana Maria Alves dos Santos, transportou as eleitoras Maria José da Conceição, Maria da Conceição Cardoso e Eliane dos Santos, no dia das Eleições, 07 de outubro de 2018.**

**Nessa data, quando estavam saindo do local de votação chamado “Estado da Paraíba”, onde o recorrente acompanhou a Sra. Maria da Conceição Cardoso em sua seção eleitoral, afirmando ser “fiscal do povo”, e, após denúncia anônima, ele foi preso em flagrante e o veículo que conduzia foi apreendido. Em seu veículo, foi encontrado extenso material de propaganda eleitoral de candidatos ao cargo de deputado estadual “Coronel Carlos Augusto” e de deputado federal, “Joninha” e “Marcos Aurélio”.**

[...]

**No caso em tela, verifica-se que os testemunhos prestados em juízo corroboraram os fatos narrados na denúncia, sendo inquestionável o transporte das eleitoras no dia das eleições, restando presente o elemento objetivo do tipo.**

**Ademais, todas elas foram uníssonas em afirmar a relação dos condenados com o fornecimento do transporte e que houve o recebimento de material de propaganda de candidatos, tendo sido uma das eleitoras conduzida até a porta de sua seção eleitoral pelo recorrente.**



Nesse sentido, destaco trechos dos depoimentos prestados em juízo, a saber:

FRANCISCO JOSÉ DA SILVA, policial responsável pela prisão em flagrante do recorrente e da apreensão de seu veículo (ID 2389820):

**“ai visualizamos ele lá e ele estava andando com uma senhora, a gente viu ele com uma senhorinha, aí resolvemos seguir ele... eu perguntei se ele estava exercendo a função de fiscal, ele disse que não... seguimos ele até o carro dele e lá tinham mais duas senhoras dentro do carro já esperando... Chegamos lá na delegacia o delegado ordenou que fizesse uma busca no carro, fiz uma busca e encontrei uns santinhos lá de políticos, o Coronel Carlos Augusto, do Joninha e do filho do Themístocles (...) tinha uma quantidade bem razoável (...) que o Sr. Gilfran acompanhou a senhora na seção, mas não entrou para votar, que a senhora não possuía limitação de ordem física que a impedisse de caminhar sozinha...”**

MARIA JOSÉ DA CONCEIÇÃO, eleitora transportada (ID 2389870):

Aos 04m15s, a testemunha diz que “... eu fui na casa da Ana Maria, quando eu cheguei lá o carro tava lá, aí eu fui ... eu compro verdura lá... aí eu fui comprar um mói de verdura ... **aí a Ana me falou que tinha um carro aqui que era pra votar... que ia pegar a Conceição na Malhada do Meio e a Eliane ia lá pra votar** ... o rapaz (Gilfran) perguntou se eu queria ir pro Capim Grosso, que ele ia pra lá buscar a Conceição, levar a Eliane pra votar e trazer a Conceição pra votar aqui...” afirmou, no depoimento, “que já tinha votado e foi apenas deixar comida aos seus animais e que na volta ele pegou ela em casa e eles voltaram pra Esperantina; que é prima de Eliane, que ela também voltou pra Esperantina; que pagou R\$ 10,00 para a Maria e ela deu pra ele”.

Questionada sobre a entrega dos santinhos a testemunha, aos 16m21s, informou que: **“foi ele (Gilfran) que mandou dar o santinho... eu recebi (o santinho), lá na casa da menina, na hora que eles tavam... ele mandou dar (os santinhos)... aí eu recebi que eu não sabia de nada (...) eu nem precisava mais desse santinho que já tinha até (votado)...”**

MARIA DA CONCEIÇÃO CARDOSO DE ASSUNÇÃO, eleitora transportada (ID 2389970):

Aos 02m24s, ela afirma que: “eu tava na minha casa, na Malhada do Meio, eu tava operada de vesícula, há um mês, (...) **aí a Ana disse que ia pagar R\$ 10,00 pro rapaz ir me pegar, ela pagou porque eu não tinha como ir votar, que já tava a Eliane no carro quando ele foi lá, que ele foi levar ela pra votar na Malhada do Meio e me trouxe pra votar na cidade, que tava no carro a dona Eliane e a dona Maria, aí fomos na delegacia e prenderam ele... (...) Após, afirma que, no percurso, o Seu Gilfran lhe entregou um santinho; que ele foi com ela até a porta da seção;** que ele acompanhou porque quis, que ela não pediu pra ele acompanhar; que apresentou à autoridade policial o santinho que recebeu do Sr. Gilfran; que não recebeu valor em espécie deles e que não conhecia ele antes disso.

ELIANE DOS SANTOS, eleitora transportada (ID 2390070 e 2390170):

Aos 01m55s do ID 2390070, afirmou que foi votar na Malhada do Meio e que pagou R\$ 10,00 (dez reais) ao Sr. Gilfran, que foi pegar o carro na casa da dona Ana Maria, que ela foi a responsável pra conseguir o carro dele pra ela ir votar. Aos 10m00s da gravação de ID 2390170, **confirma que recebeu o santinho do Sr. Gilfran e que ele pediu para ela votar na pessoa que estava na foto do santinho.**

GILFRAN DIAS CHAVES, recorrente, prestou depoimento como acusado (ID 2390420 e 2390820):



que foi contratado por Ana Maria para transportar um pessoal pra votar, que **durante o percurso conversou sobre candidatos e falou que tinha santinhos no carro, sem querer induzir elas, que pediu para elas escolherem, mas que ele mesmo pegou o do Coronel Carlos Augusto**; que ele é irmão de sua namorada, que nunca foi contratado para trabalhar nessa campanha, que já trabalhou em outras campanhas políticas, que trabalha como taxista, que acertou o valor de R\$ 30,00 (trinta reais) com a Sra. Ana Maria para fazer o transporte; perguntado sobre o material encontrado em seu carro, respondeu que, em Teresina, fazia campanha por ele, que sempre tinha esse material no carro e que tinha esquecido de tirar quando veio para Esperantina; que o candidato Marco Aurélio é da região, é filho do Themístocles; que com o material pedia voto para seus amigos, conhecidos... que apresentou o santinho sem intenção de pedir voto; que entrou no local de votação e foi na porta da seção porque é seu costume fazer isso; que é o “fiscal do povo”; que exerce o cargo de auxiliar administrativo da Assembleia do Estado do Piauí; que não tem vínculo com nenhum deputado; que conhece a senhora Ana Maria porque quando ela vai para Teresina, ela contrata os serviços dele de taxista; em relação ao pagamento, só recebeu os R\$ 10,00 diretamente de uma das eleitoras, a Sra. Eliane, que o restante quem acertou foi a Ana Maria.

[...]

**Assim, embora os únicos meios de prova judiciais sejam os depoimentos testemunhais, é importante observar que há verossimilhança e homogeneidade entre todas as informações colhidas em sede policial e as produzidas em fase judicial, inclusive entre os depoimentos dos próprios acusados.**

**Acerca do elemento subjetivo, qual seja o dolo específico de aliciar as eleitoras transportadas a votarem nos candidatos apresentados pelo condutor do veículo, entendo que a análise do acervo probatório dos presentes autos, mormente dos depoimentos citados, demonstra que a conduta do recorrente Sr. Gilfran Dias Chaves, consubstanciada no nítido interesse eleitoreiro do referido transporte, configura o tipo delituoso.**

**Há, portanto, provas incontestas de que, na data da eleição, o transporte esteve associado ao exercício do voto das eleitoras, visto que as mesmas foram transportadas com essa finalidade e que o veículo transportado possuía excessivo material de propaganda eleitoral (vide Auto de Apreensão), tendo o seu condutor realizado a entrega de material de propaganda eleitoral às eleitoras transportadas.**

**Além dele ter indiscutivelmente oferecido e entregue material de propaganda às eleitoras no dia da eleição, o recorrente chegou a acompanhar a Sra. Maria da Conceição Cardoso na porta da seção eleitoral, momento em que foi interpelado pela autoridade policial e preso em flagrante, tendo seu veículo sido apreendido.**

**Registre-se, ainda, que o fato de o condenado ter sido contratado mediante pagamento para realizar o transporte não desconfigura a finalidade exigida no tipo penal, uma vez que todos os elementos de prova dos autos convergem para o evidente fim específico de aproveitar-se da prestação desse serviço para realizar o aliciamento das eleitoras transportadas.**

(sem destaques no original)

Extraí-se da moldura fática *a quo* que o carro continha muito material de propaganda política e que o agravante entregou santinhos às eleitoras, tendo, inclusive, acompanhado uma delas até a porta de sua respectiva seção, oportunidade em que foi preso em flagrante e teve seu veículo apreendido.

Dessa forma, a despeito das alegações do agravante, é incontroverso que o dolo específico do tipo, consistente no aliciamento do voto do eleitor, está presente na espécie. Conclusão diversa demandaria o reexame de fatos e provas, providência vedada em sede extraordinária, conforme a Súmula 24/TSE.



De outra parte, quanto ao crime previsto no art. 39, § 5º, II, da Lei 9.504/97, veda-se, no dia do pleito, a arregimentação de eleitor ou a propaganda de boca de urna. Veja-se:

Art. 39. [omissis]

[...]

§ 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:

[...]

**II - a arregimentação de eleitor ou a propaganda de boca de urna;** [...]

No que se refere ao crime de boca de urna, ele se configura com a efetiva distribuição de propaganda política a eleitores que se dirigem ao seu local de votação.

José Jairo Gomes destaca que, a despeito de a realização da boca de urna ocorrer nas proximidades da seção eleitoral onde ocorre a votação, não há uma distância exata a partir da qual o delito se configura. Veja-se:

Por sua vez, a expressão boca de urna remete às imediações da seção eleitoral em que ocorre a votação. Portanto, **a propaganda de boca de urna é a realizada nas proximidades desse local. Não é estabelecida uma distância exata, numérica; mas o emprego da expressão vaga ou indeterminada tem a vantagem de permitir que a regra legal seja ajustada à realidade das circunstâncias do lugar em que a seção eleitoral é instalada.**

**Na boca de urna, a propaganda ocorre de forma pessoal, direta**, por exemplo: mediante ostentação de bandeiras e estandartes, **distribuição de santinhos e panfletos aos eleitores que se apresentam para votar.**

(GOMES, José Jairo. *Crimes Eleitorais e Processo Penal Eleitoral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 260-261) (sem destaque no original)

Ademais, conforme entendimento desta Corte Superior, “[o] crime de boca de urna independe da obtenção do resultado, que, na espécie em foco, seria o aludido convencimento ou coação do eleitor. Precedentes.” (HC 6-69/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJE de 19/5/2010).

Sobre o ponto, o TRE/PI assentou que “[t]anto o acusado, como as três testemunhas ouvidas em juízo, que foram transportadas por ele, no dia das Eleições, afirmaram que houve a entrega de material de propaganda eleitoral (‘santinhos’), sendo indiscutível a ocorrência do crime de boca de urna, cometido pelo [agravante]” (ID 107.702.588).

Dessa forma, conclusão diversa também esbarra no óbice da Súmula 24/TSE, que veda reexame probatório em sede extraordinária.

O *decisum* agravado, portanto, não merece reparo.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

**É como voto.**

## EXTRATO DA ATA

AgR-REspEI nº 0600566-26.2019.6.18.0000/PI. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Agravante: Gilfran Dias Chaves (Advogados: Germano Tavares Pedrosa e Silva – OAB: 5952/PI e outro). Agravado: Ministério Público Eleitoral.



Decisão: Após o voto do relator, no sentido de negar provimento ao agravo interno, no que foi acompanhado pelo Ministro Alexandre de Moraes, antecipou pedido de vista o Ministro Luís Roberto Barroso.

Aguardam os Ministros Mauro Campbell Marques, Sérgio Banhos, Carlos Horbach e Edson Fachin.

Composição: Ministros Luís Roberto Barroso (presidente), Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Sérgio Banhos e Carlos Horbach.

Vice-Procurador-Geral Eleitoral: Paulo Gustavo Gonet Branco.

SESSÃO DE 7.10.2021.

## VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (presidente): Senhores Ministros, trata-se de agravo regimental interposto por Gilfran Dias Chaves contra decisão do Relator que negou seguimento a recurso especial, para manter o acórdão condenatório do Tribunal Regional Eleitoral do Piauí (TRE/PI). A decisão agravada recebeu a seguinte ementa (ID 146417688):

“AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. CRIMES ELEITORAIS. ART. 10 C/C 11, III, DA LEI 6.091/74. TRANSPORTE IRREGULAR DE ELEITOR. DISTRIBUIÇÃO. MATERIAL DE PROPAGANDA. ALICIAMENTO. VOTO. DOLO ESPECÍFICO. PRESENÇA. ART. 39, § 5º, II, DA LEI 9.504/97. BOCA DE URNA. ENTREGA DE SANTINHOS. CONFIGURAÇÃO. SÚMULA 24/TSE. NEGATIVA DE SEGUIMENTO.

1. Recurso especial interposto contra aresto unânime do TRE/PI em que se manteve a condenação do agravante pelos crimes de transporte irregular de eleitores (art. 11, III, da Lei 6.091/74; quatro anos de reclusão e 200 dias-multa) e de boca de urna (art. 39, § 5º, II, da Lei 9.504/97; seis meses de detenção e multa de 5.000 Ufirs) nas Eleições 2018.
2. Nos termos dos arts. 5º, 10 e 11, III, da Lei 6.091/74, constitui crime transportar eleitores desde o dia anterior até o posterior ao pleito.
3. Conforme a jurisprudência desta Corte Superior, para a configuração do delito, exige-se o dolo específico consistente na finalidade de cooptação do voto do eleitor.
4. Na espécie, o TRE/PI manteve a condenação do agravante pela prática do referido delito, porquanto, no dia do pleito (7/10/2018), transportou três eleitoras até o local de votação, tendo, durante o trajeto, entregado material de campanha de candidatos. Da moldura fática regional, extrai-se ainda que o carro continha muito material de propaganda política partidária e que o agravante acompanhou uma das eleitoras até a porta de sua respectiva seção, ocasião em que foi preso em flagrante e teve seu veículo apreendido.
5. É incontroverso que o dolo específico do tipo, consistente no aliciamento do voto do eleitor, está presente na espécie.
6. O crime de boca de urna, previsto no art. 39, § 5º, II, da Lei 9.504/97, configura-se com a efetiva distribuição de propaganda política a eleitores que se dirigem ao seu local de votação.
7. Sobre o ponto, o TRE/PI assentou que “[t]anto o acusado, como as três testemunhas ouvidas em juízo, que foram transportadas por ele, no dia das Eleições, afirmaram que houve a entrega de material de propaganda eleitoral (‘santinhos’), sendo indiscutível a ocorrência do crime de boca de urna, cometido pelo recorrente”.
8. Conclusão diversa, quanto à prática dos delitos em questão, esbarra no óbice da Súmula 24/TSE, que veda reexame probatório em sede extraordinária.
9. Recurso especial a que se nega seguimento”.

2. No caso, o Tribunal Regional negou provimento a recurso e rejeitou os embargos de declaração, para manter a condenação de Gilvan Dias Chaves à pena de 4 (quatro) anos de reclusão e 200 (duzentos) dias-multa, pelo crime do art. 11, III, da Lei nº 6.091/1974 e 6 (seis) meses de detenção e multa de 5 mil Ufirs pelo crime do art. 39, § 5º, II, da Lei nº 9.504/1997, unificando-as e determinando que seu



cumprimento se dê no regime semiaberto (ID 107702638).

3. Nas razões do recurso especial, Gilvan Dias Chaves alega, em síntese (ID 107703888): (i) buscar o reenquadramento jurídico dos fatos, uma vez que “o conjunto probatório não demonstra a prática nas condutas descritas no art. 11, inciso III, da Lei nº 6.091/74 c/c art. 39, § 5º, II, da Lei nº 9.504/97” (fl. 3); (ii) inexistência de dolo específico à configuração dos crimes; (iii) ausência do fim de conseguir os votos das eleitoras transportadas, uma vez que afirmaram ter exercido o direito de sufrágio de forma livre e consciente; e (iv) inexistência de oferecimento de vantagem às eleitoras, que afirmaram ter pago pelo transporte.

4. Por fim, em relação ao crime de boca de urna, argumenta que o ilícito exige que o infrator esteja a menos de 100 (cem) metros do local de votação, o que não foi demonstrado no caso, pois a sua condenação “se deu única e exclusivamente pela distribuição de santinho que supostamente ocorreu dentro de um veículo que se deslocou da zona urbana da cidade de Esperantina para uma localidade Malhada do Meio que dista mais de uma hora da zona urbana da cidade, sem que se tenha a precisão do local onde esses santinhos foram entregues” (fl. 11).

5. Na petição de agravo regimental, o agravante reitera as alegações constantes das razões de seu apelo especial (ID 153154638), e o Ministério Público Eleitoral apresenta contraminuta, pugnando pela manutenção da decisão agravada (ID 154383738).

6. No mérito, o agravo regimental não reúne condições de êxito. Isso porque o enfrentamento das alegações do agravante exige o reexame dos fatos e das provas dos autos, incabível em sede excepcional, a teor da Súmula nº 24 do TSE, ao prescrever que “não cabe recurso especial eleitoral para simples reexame do conjunto fático-probatório”.

7. Quanto à autoria e materialidade do crime do art. 11, III, da Lei nº 6.091/1974, o Tribunal Regional assentou que os fatos descritos na denúncia e comprovados na instrução processual denotam que o agravante, por intermédio de Ana Maria Alves dos Santos, transportou as eleitoras Maria José da Conceição, Maria da Conceição Cardoso e Eliane dos Santos, no dia das Eleições, 7 de outubro de 2018. Nessa data, após denúncia anônima, ele foi preso em flagrante, ao deixar o local de votação denominado “Estado da Paraíba”, e o veículo que conduzia foi apreendido com extenso material de propaganda eleitoral dos candidatos aos cargos de deputado estadual e federal, a saber: Coronel Carlos Augusto, Joninha e Marcos Aurélio. Além disso, o agravante acompanhou a eleitora Maria da Conceição Cardoso em sua seção eleitoral, afirmando ser “fiscal do povo”.

8. Acerca do elemento subjetivo, qual seja o dolo específico de aliciar as eleitoras transportadas a votarem nos candidatos apresentados pelo condutor do veículo, o Tribunal de origem foi enfático ao afirmar que “a análise do acervo probatório dos presentes autos, mormente dos depoimentos citados, demonstra que a conduta do recorrente Sr. Gilfran Dias Chaves, consubstanciada no nítido interesse eleitoreiro do referido transporte, configura o tipo delituoso”. Concluindo pela existência de provas incontestes de que, na data da eleição, “o transporte esteve associado ao exercício do voto das eleitoras, visto que as mesmas foram transportadas com essa finalidade e que o veículo transportado possuía excessivo material de propaganda eleitoral (vide Auto de Apreensão), tendo o seu condutor realizado a entrega de material de propaganda eleitoral às eleitoras transportadas” (ID 107702638).

9. O Tribunal afastou, ainda, a alegação de que o agravante teria sido contratado por Ana Maria Alves dos Santos, para realizar o transporte, pois esse fato “não desconfigura a finalidade exigida no tipo penal, uma vez que todos os elementos de prova dos autos convergem para o evidente fim específico de aproveitar-se da prestação desse serviço para realizar o aliciamento das eleitoras transportadas” (ID 107702638).

10. No que toca ao crime de prática de boca de urna no dia da eleição, o Tribunal Regional assentou que “tanto o acusado, como as três testemunhas ouvidas em juízo, que foram transportadas por ele, no dia das Eleições, afirmaram que houve a entrega de material de propaganda eleitoral (santinhos), sendo indiscutível a ocorrência do crime de boca de urna, cometido pelo recorrente” (ID 107702638).

11. Diante desse contexto, reitero a impossibilidade de alteração da conclusão da Corte Regional, sob pena de descon sideração da citada Súmula nº 24 deste Tribunal Superior.

12. Em precedente de minha relatoria, citado no parecer ministerial, o TSE assentou que “averiguar a presença do dolo e as demais circunstâncias do crime exige o reexame de fatos e provas”, pois “tais questões estão ligadas à instrução probatória” (AgR-REspe nº 670-84/SP, DJe de 20.9.2019). Embora o precedente trate de ausência de dolo na prática criminal, como asseverado pelo Parquet Eleitoral, aplica-se. ao



caso, *mutatis mutandis*.

13. Uma questão que não foi debatida nos autos, diversamente do que ocorre no REspe nº 42-15/RS, é a suposta não recepção do preceito secundário do inciso III do art. 11 da Lei nº 6.091/1974, ao prescrever uma pena de reclusão de quatro a seis anos e pagamento de 200 a 300 dias-multa (art. 302 do Código Eleitoral) para o crime de transporte ilegal de eleitor.

14. Esse debate se iniciou no julgamento do REspe nº 42-15/RS, de relatoria do Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho, que agora se acresce à possibilidade de declaração *ex officio* da suposta não recepção, uma vez que não suscitada pelas partes.

15. No julgamento iniciado em 2018, inaugurei divergência e agora reitero os termos do voto proferido à época, em contexto mais contemporâneo à evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

16. Na análise do agravo, divido o voto em três partes. Na primeira, faço uma breve análise das alterações legislativas que culminaram com a previsão do preceito secundário do crime de transporte irregular de eleitores no art. 11, III, da Lei nº 6.091/1974. Na segunda parte, examino os fundamentos constitucionais da proibição de penas desproporcionais e o papel do Judiciário no seu controle. No terceiro trecho do voto, trato da solução do caso, por meio da aplicação de critérios de exame da proporcionalidade à pena prevista para o crime em questão, seguida da definição da sanção aplicável.

17. O tipo penal previsto no art. 11, III, da Lei nº 6.091/1974 criminaliza o transporte irregular de eleitores na data do pleito, sem a devida autorização e com a finalidade de obter vantagem eleitoral. O que se protege, na hipótese, é a lisura e a legitimidade do pleito e, por consequência, o Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento a realização de eleições livres e justas. Assim, o injusto penal se perfaz com a criação de subterfúgio, atinente à instrumentalização do serviço de transporte, para aliciar a vontade do eleitor, e é atualmente sancionado com pena privativa de liberdade de quatro a seis anos de reclusão e pagamento de 200 (duzentos) a 300 (trezentos) dias-multa.

18. A desproporcionalidade da sanção mínima cominada ao referido tipo penal salta aos olhos e decorre do seu patamar acentuadamente elevado, prescrito em quatro anos de reclusão, em relação àquele abstratamente previsto para outras condutas de gravidade equiparada que visam a tutela de bens jurídicos equivalentes, tais como os demais crimes tipificados no Código Eleitoral. Sobre este aspecto, ressalte-se que as alterações legislativas do tipo penal de transporte irregular de eleitores, notadamente aquela responsável pela exasperação das penas originalmente cominadas, estão historicamente situadas no contexto político de supressão de direitos fundamentais verificado durante a ditadura militar.

19. Isso porque a redação do dispositivo original contida no art. 302 do CE previa sanção de até dois anos de detenção e pagamento de 200 a 300 dias-multa, sendo aplicável a pena mínima de quinze dias de detenção prevista no art. 284 do CE. Entretanto, após promulgação do Decreto-Lei nº 1.064, em 24 de outubro de 1969, a Junta Militar que governava o país, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelos arts. 3º e 6º do Ato Institucional nº 16, exasperou as penas cominadas de modo acentuado para quatro a seis anos de reclusão, acrescido ao pagamento de 200 a 300 dias-multa. Posteriormente, a despeito da Lei nº 6.091/1974 regular o fornecimento gratuito de transporte nos dias do pleito aos eleitores residentes nas zonas rurais, tipificando de modo especial o crime de transporte irregular de eleitores no art. 11, III, da Lei nº 6.091/1974, manteve os patamares elevados das sanções cominadas pelo Decreto-Lei nº 1.064, em 24 de outubro de 1969<sup>1</sup>.

20. Vê-se, portanto, que a cominação de penas privativas de liberdade em patamares mínimo e máximo acentuadamente elevados, entre os quais há, inclusive, lapso demasiado restrito, está historicamente situada e, portanto, é reflexo de um cenário político criminal de matiz ideológica autoritária, vivenciado no período ditatorial militar brasileiro.

21. Em decorrência, verifica-se o comprometimento dos parâmetros de proporcionalidade exigidos para um sistema penal coeso, por meio da criação de um tipo delitivo açodado que não qualifica a pena abstratamente prevista de acordo com a gravidade do comportamento ou de seu resultado e, assim, não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, na medida em que não se conforma aos princípios penais instituídos pela Constituição da República de 1988.

22. Sobre o tema, Pierpaolo Cruz Bottini<sup>2</sup> destaca que, a despeito da inviabilidade de se estabelecer critérios positivos para assegurar a proporção absoluta entre preceito primário e secundário, delito e pena, é possível estabelecer critérios gerais relativos que, ao menos, confirmam coerência ao ordenamento



jurídico, do ponto de vista da proporcionalidade. Propõe o autor que, no primeiro momento de observância da proporcionalidade, no plano da previsão abstrata, o legislador deve pautar a intensificação da pena cominada, na aferição da relevância jurídico penal do bem tutelado, da proximidade ou gravidade da lesão ao bem tutelado, do desvalor social da ação e, ainda, na verificação do grau de reprovabilidade do elemento subjetivo da conduta.

23. O legislador, assim, possui grande margem de discricionariedade na fixação das balizas legais da pena, mas não lhe é permitido deixar de conservar uma sistematicidade mínima do sistema penal, de modo que não existam penas exageradamente graves para infrações com menor ou equivalente grau de lesividade que outras claramente reprováveis, mas com pena cominada mais brandas.

24. Perfilhando-se a tal entendimento, esclarece Pierpaolo<sup>3</sup> que a ideia de proporcionalidade não decorre de um imperativo absoluto, carente de justificação e imposto ao legislador, mas constitui elemento de política criminal essencial para conferir estabilidade e segurança às expectativas necessárias ao funcionamento da sociedade e à manutenção do Estado Democrático de Direito.

25. Nessa linha de pensamento, a despeito da Constituição Federal de 1988 não explicitar expressamente o princípio da proporcionalidade por meio de dispositivo normativo que mencione a necessidade de sua observância em âmbito penal, a proporcionalidade e a razoabilidade consistem em elementos norteadores e parâmetros de valoração dos atos do Poder Público, na medida em que possuem força constitucional, por consistirem em princípios decorrentes do modelo de Estado Democrático de Direito adotado pela Constituição Federal de 1988.

26. Conforme prevê o § 2º do art. 5º da CF/1988, “os Direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

27. Sobre este aspecto, destaca-se que a proibição de imposição de penas cruéis tem fundamentado, em diversas jurisdições, na vedação de penas desproporcionais à infração imputada.

28. Nesse sentido, um dos primeiros documentos constitucionais a restringir as punições possíveis de previsão pelo legislador foi a Declaração de Direitos (Bill of Rights) promulgada na Inglaterra em 1689, que vedava penas cruéis e incomuns (cruel and unusual punishments). A mesma expressão foi utilizada, em 1791, pela Oitava Emenda à Constituição dos EUA<sup>4</sup>. No âmbito do direito internacional, a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, previu que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante” (art. V). A mesma garantia é repetida, em idênticos termos, no art. 7º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) e no art. 5º, 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969). A Convenção Europeia de Direitos do Homem, de modo similar, prevê, em seu art. 3º, que “ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”.

29. A Constituição brasileira, por sua vez, assim como diversas outras<sup>5</sup>, veda a adoção de penas cruéis, bem como de morte (salvo em caso de guerra declarada), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados e de banimento (art. 5º, XLVII). Prevê também que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III).

30. Destarte, o conceito de penas cruéis e degradantes tem sido interpretado em diversas jurisdições de modo a compreender as penas desproporcionais à infração cominada, na medida em que estas igualmente importam em violação à dignidade humana e ao princípio da individualização da pena.

31. Nos EUA, a Suprema Corte, há mais de século, sustenta que a aplicação da cláusula da Oitava Emenda não se restringe a sanções físicas, como tortura ou trabalhos forçados, mas se estende a qualquer punição que, por sua excessiva duração ou severidade, seja grosseiramente desproporcional (grossly disproportionate) ao crime imputado<sup>6</sup>. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos se vale do mesmo conceito de pena grosseiramente desproporcional para reconhecer eventuais violações ao art. 3º da Convenção Europeia de Direitos do Homem<sup>7</sup>.

32. A vedação das penas cruéis tem, assim, duas facetas: de um lado, se a natureza da punição for intrinsecamente cruel (como a tortura), ela não deve ser imposta jamais, independentemente do crime cometido; de outro lado, quando se tratar de sanção em princípio admissível, deve ser tomada em consideração juntamente com a gravidade do crime, de modo que certa pena poderá ser considerada adequada para certo tipo de crime grave, mas cruel para infrações menos relevantes<sup>8</sup>.

33. A vedação a penas desproporcionais pode ainda ser extraída da dignidade humana.



fundamento da República brasileira (art. 1º, III). Ao reconhecer a pessoa humana como fim em si mesmo, que não pode ser instrumentalizado para outros objetivos, a Constituição veda que sejam utilizados meios excessivamente restritivos aos direitos fundamentais, ainda que a pretexto de promoção de outras finalidades.

34. Portanto, a vinculação entre os princípios da proporcionalidade e da dignidade humana é patente, pois a previsão abstrata e a posterior fixação de penas desproporcionais importam na restrição excessiva do direito fundamental à liberdade. Deste modo, ao prever penas sem relação com a gravidade do crime cometido, o legislador viola a dignidade do infrator, na medida em que a pena deixa de desempenhar qualquer função retributiva proporcional à ofensa praticada, para tratar o infrator única e exclusivamente como instrumento de prevenção geral de futuros crimes.

35. A vedação, ao legislador, da adoção de discriminações arbitrárias também decorre do princípio da igualdade perante a lei, segundo o qual situações iguais devem receber o mesmo tratamento e a situações distintas deve ser concedido tratamento diverso, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, *caput*).

36. No campo penal, o mais importante corolário do princípio de igualdade reside na exigência de individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), que se manifesta tanto no momento legislativo de seleção de limites e espécies das penas cominadas aplicáveis, o qual se discute no presente caso, como no momento judicial de elaboração da sentença, com a fixação da pena e regime individuais para cada acusado, de acordo com sua culpabilidade (individualização judicial e executória).

37. Desse modo, ao escolher a sanção e fixar os patamares mínimo e máximo de pena em abstrato, deve o legislador, portanto, escolher aquelas adequadas à reprovabilidade da conduta típica. Isso porque, se a lei trata com a mesma gravidade situações de reprovabilidades distintas, não há individualização da pena, mas uma verdadeira generalização.

38. Outrossim, a proibição legislativa à cominação de penas privativas de liberdade excessivamente prolongadas em relação ao desvalor atribuído à infração cometida também decorre da vinculação entre o princípio da proporcionalidade<sup>9</sup> e da reserva legal. Nesse sentido, se a sanção penal consiste na mais grave restrição da liberdade de locomoção, sua previsão e aplicação somente são admissíveis se proporcionais. A reserva de lei penal configura-se, pois, como reserva legal penal proporcional.

39. Com efeito, a observância do devido processo legal tem por consequência o reconhecimento da proporcionalidade como princípio constitucional, na medida em que uma norma desproporcional e irrazoável se limita a eventualmente satisfazer uma concepção meramente formal de devido processo legal, mas não preenche a sua dimensão material, a qual exige que, além de existente, a norma válida deve ter conteúdo razoável e proporcional<sup>10</sup>.

40. Via de consequência, constata-se que, embora a Constituição brasileira não o preveja expressamente, o princípio da proporcionalidade decorre do Estado de Direito e representa um postulado implícito de resolução de conflitos envolvendo direitos fundamentais. Direitos fundamentais estão sujeitos a limites imanentes e a restrições expressas. E podem, eventualmente, entrar em rota de colisão entre si ou com princípios constitucionais ou fins estatais relevantes. Tanto nos casos de restrição quanto nos de colisão a solução das situações concretas deverá valer-se do princípio instrumental da razoabilidade ou proporcionalidade<sup>11</sup>.

41. A submissão de tipos penais ao princípio da proporcionalidade, como critério limitador da atividade legislativa penal, tem sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em diversos precedentes<sup>12</sup>, entre os quais se destaca o recente julgamento do Recurso Extraordinário nº 979.962, em 24.3.2021, em que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, ao apreciar o Tema nº 1.003 da repercussão geral, fixou a tese de inconstitucionalidade da aplicação do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, com redação conferida pela Lei nº 9.677/1998 (reclusão, de 10 a 15 anos, e multa), à hipótese prevista no seu § 1º-B, I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária.

42. Tal reconhecimento decorre do postulado da supremacia da Norma Fundamental, segundo o qual nenhuma norma ou manifestação jurídica pode ser considerada válida se não for constatada a sua conformidade ao texto constitucional, por meio da submissão da compreensão e da interpretação da legislação infraconstitucional penal ao estatuto jurídico fundamental pátrio. Desse modo, a superlegalidade constitucional, em seu aspecto material, subordina o conteúdo de toda a atividade normativa estatal à conformidade com os princípios e as regras da Constituição. A pena cominada pelo legislador, portanto, deve ser condicionada pelos objetivos traçados nos níveis normativos superiores, ou seja, na Constituição, os quais vinculam o legislador e



os juízes da ação e da execução<sup>13</sup>.

43. Na hipótese em questão, após as alterações legislativas que resultaram na edição do preceito secundário do art. 11, III, da Lei nº 6.091/1974, uma nova ordem constitucional foi instaurada a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, pela qual foram recepcionadas as normas submetidas e materialmente condizentes ao novo ordenamento jurídico, em consonância com o princípio geral da continuidade das leis e com o princípio da segurança jurídica, com o escopo de manter direitos constituídos na vigência da ordem constitucional anterior e, sobretudo, evitar um cenário de anomia normativa.

44. Tal recepção, portanto, confere às normas infraconstitucionais novo fundamento de validade, em relação ao qual há coerência normativa material. Deste modo, tais normas passam a ser interpretadas em conformidade com a nova ordem constitucional, em um processo de recriação do seu sentido. Sob outra perspectiva, se a norma infraconstitucional elaborada anteriormente à edição da nova Constituição Federal não se revelar materialmente compatível aos princípios constitucionais que perfazem o objetivo desse novo ordenamento jurídico, cabe ao Judiciário atuar como órgão de controle de eventuais excessos do Poder Legislativo, por meio de mecanismos constitucionais, como o controle difuso de constitucionalidade.

45. Firmadas tais premissas, conclui-se na hipótese em apreço que as alterações legislativas que estabeleceram as sanções cominadas ao tipo penal de transporte irregular de eleitores se revelam notoriamente incompatíveis aos princípios que passaram a fundamentar e nortear os vetores da ordem constitucional estabelecida a partir de 1988, na medida em que tal legislação se contrapõe materialmente aos postulados do modelo de estado democrático e de direito constituído, entre os quais se pode mencionar a dignidade humana, as garantias de individualização da pena, do devido processo legal e a vedação à aplicação de penas cruéis e degradantes.

46. Assim, entendo que o preceito secundário da norma prevista no art. 11, III, da Lei nº 6.091/1974 não foi convalidado pela ordem constitucional vigente, tendo em vista que a proporcionalidade é o princípio norteador de todo o funcionamento do Direito Penal inserido no Estado Democrático de Direito, razão pela qual condiciona ao Poder Judiciário declarar incidentalmente a sua manifesta inconstitucionalidade.

47. Entretanto, para a resolução do caso concreto, é preciso ainda definir a consequência do reconhecimento da inconstitucionalidade do preceito secundário do tipo penal do art. 11, III, da Lei nº 6.091/1974.

48. Uma das correntes jurisprudenciais preconiza a impossibilidade de mescla de normas penais, por entender que o recurso ao controle difuso de constitucionalidade deveria resultar, se for o caso de normas manifestamente inconstitucionais, em inaplicabilidade completa do tipo penal, por ausência de sanção, como decorrência necessária do reconhecimento da inconstitucionalidade da pena abstratamente prevista. Isso especialmente porque o princípio da separação dos poderes (CF, art. 2º) assim como o princípio da reserva absoluta de lei formal em matéria penal (CF, art. 5º, XXXIX) vedariam que o Tribunal Superior Eleitoral fizesse as vezes do legislador. Nesse sentido se desenvolve o entendimento do E. Relator à época, ao qual peço vênia para divergir.

49. Na situação examinada, considerando que o controle de constitucionalidade favorável ao acusado importou em lacuna legislativa, mostra-se razoável a aplicação do preceito secundário previsto no art. 284 do CE, em um ano de reclusão, originalmente aplicável aos casos de omissão legislativa, por analogia favorável ao acusado, como medida de autointegração do sistema jurídico, lastreada no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

50. Destarte, como destacado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 979.962, em 24 de março de 2021, no Plenário do Supremo Tribunal Federal, embora a declaração de “inconstitucionalidade do preceito secundário de uma norma, em tese, ensejasse a sua nulidade, pode o Judiciário se valer de técnicas especiais de decisão para assegurar a aplicabilidade do preceito primário, cuja validade restou mantida, por imperativo de justiça e racionalidade, a ser extraída dos princípios constitucionais e da analogia”.

51. Com as devidas vênicas ao entendimento contrário exposto pelo relator à época, Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, e, ainda, àqueles que dele compartilham, entendo que a solução adotada no caso vertente – declaração de ausência de validade apenas do preceito secundário do art. 11, III, da Lei nº 6.091/1974, por manifesta inconstitucionalidade, com aplicação por analogia da sanção cominada no art. 284 do CE – decorre da atividade jurisdicional própria ao controle difuso de constitucionalidade e, assim, não representa interferência ilegítima do Poder Judiciário na atividade legislativa e, tampouco, violação aos



princípios da separação de poderes.

52. Isso especialmente porque o presente caso perfaz, a meu ver, hipótese excepcional em que o Judiciário fica autorizado a afastar o texto legal por meio do controle difuso de constitucionalidade, atuando de modo positivo como instrumento de regular consolidação do caráter normativo dos preceitos constitucionais.

53. Para tanto, é preciso superar a visão tradicionalista do dogma da separação de poderes que, por vezes, pode impor resistência ao controle judicial do mérito dos atos do Poder Público<sup>14</sup>, em prol da construção de um diálogo institucional entre poderes, a fim de lançar as bases para constituição de uma relação harmoniosa, fundada no diálogo entre instituições e no compartilhamento da responsabilidade perante a sociedade civil<sup>15</sup>.

54. Fixados esses conceitos, constata-se que a demarcação das balizas legais da pena é uma tarefa marcada pela larga discricionariedade legislativa. Ao Tribunal Superior Eleitoral somente é autorizado intervir em casos excepcionais, quando houver gritante desproporcionalidade entre a gravidade da conduta e a severidade da pena, como na hipótese tratada nos autos, pois o excesso punitivo do preceito secundário da norma do art. 11, III, da Lei nº 6.091/1974 representa um desses casos excepcionais.

55. E, justamente em razão da excepcionalidade e da contundência das questões de índole constitucional postas em exame no caso em questão, reveladas pela notória desproporcionalidade do preceito secundário em exame, verifico que os três óbices enunciados pelo E. Min. Relator como decorrentes do ajuste principiológico proposto estão relacionados a questões processuais que não têm o condão de se sobrepor ou elidir a necessidade de concretização normativa dos preceitos penais constitucionais.

56. Logo, entendo que a solução da questão material constitucional, por meio do controle judicial sobre eventuais excessos do Poder Legislativo, revela-se fundamental para assegurar a efetividade de princípios constitucionais derivados do modelo de Estado Democrático e de Direito adotado, razão pela qual deve prevalecer sobre as implicações processuais eventualmente decorrentes do saneamento da inconstitucionalidade verificada. Outrossim, observo que tais consequências negativas consubstanciadas nas possibilidades de prescrição e de eventual nulidade por ausência de exame pelo órgão julgador da hipótese de suspensão da pena privativa de liberdade e de transação penal possuem natureza meramente potencial, ainda mais se considerando que a sua aferição é originalmente vinculada às sanções abstratamente previstas pelo tipo penal.

57. Portanto, constato que a pena mais adequada para a substituição do preceito secundário desproporcional, a meu ver, seria aquela prevista no art. 284 do CE, de um ano de reclusão, substituindo-a por uma restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade, bem como a pena de multa para 50 dias-multa, no valor unitário mínimo legal por analogia favorável ao acusado, de modo a manter o acordo proferido pelo Tribunal Regional.

58. Para tanto, fixo a seguinte tese de julgamento: “é inconstitucional a aplicação do preceito secundário do art. 11, III, da Lei nº 6.091/1974, por manifesta desproporcionalidade. Para esta situação específica, torna-se aplicável o art. 284 do CE”.

59. Por fim, diversamente do que verificado no julgamento do REspe nº 42-15/RS, nestes autos não foi debatida na origem a não recepção do citado preceito secundário pela Constituição Federal, tampouco a matéria fora suscitada pela parte.

60. Nesse contexto, defendo, com fundamento na melhor doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a possibilidade da declaração, de ofício por este Tribunal, da não recepção do art. 11, III, da Lei nº 6.091/1974 pela Carta Magna, em controle difuso de constitucionalidade. Isso porque o Supremo já se pronunciou no sentido de que “não se contesta que, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, o STJ, a exemplo de todos os demais órgãos jurisdicionais de qualquer instância, tenha o poder de declarar incidentemente a inconstitucionalidade da lei, mesmo de ofício”<sup>16</sup>.

61. No julgamento do RE nº 298695/SP<sup>17</sup>, o Supremo assentou o reconhecimento da inconstitucionalidade de lei por fundamento diverso não debatido na origem, tampouco suscitado pelas partes.

62. Ao rebater o voto divergente do Min. Moreira Alves, o relator, Min. Sepúlveda Pertence, asseverou a situação paradoxal que se estabeleceria na Suprema Corte. Disse ele: “O STJ não está obrigado a manter um acórdão inconstitucional, mas o STF, guarda da Constituição, estaria!”. Concluindo que “constituiria paradoxo verdadeiramente kafkaniano que, diferentemente, ao STF – guarda da Constituição – não fosse dado, no julgamento do RE, declarar que a lei questionada é, sim, inconstitucional, embora por fundamento diverso do



acolhido pelo acórdão recorrido, e, em consequência, estivesse vinculado a aplicar a norma legal que considera incompatível com a Carta Magna”. Tese essa que prevaleceu.

63. Além disso, como sustentado pelo saudoso Min. Franciulli Netto em artigo publicado em 2001<sup>18</sup>, a inconstitucionalidade de lei pode ser conhecida de ofício, independentemente de provação das partes envolvidas no litígio, se assim entender o órgão julgador:

“Ora, se qualquer Ministro do Superior Tribunal de Justiça pode, de ofício, arguir a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, está-se diante de questão que independe de provocação de qualquer das partes envolvidas no recurso especial e transcende, como retro mencionado, a exigência de prequestionamento, porque a defesa da Constituição é tarefa indeclinável, natural e própria de todos os órgãos jurisdicionais, singulares ou coletivos, do Poder Judiciário”.

64. Com esses fundamentos, divirjo do relator e dou provimento ao agravo regimental para dar parcial provimento ao recurso especial, com a fixação da pena de Gilfran Dias Chaves pelo crime do art. 11, III, da Lei nº 6.091/1974 em um ano de reclusão, substituindo-a por uma restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade, bem como a uma pena de multa para 50 dias-multa, no valor unitário mínimo legal por analogia favorável ao acusado, de modo a manter os demais termos do acórdão proferido pelo Tribunal Regional.

#### 65. É como voto.

<sup>1</sup> Massi, Alfredo e Santos, Polianna Pereira dos. Transporte Irregular de Eleitores: O art. 11, III, da Lei 6.091/74 à luz da Constituição da República de 1988. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7780dee41\\_8096d1](http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7780dee41_8096d1). Acesso em 02.08.2021.

<sup>2</sup> Bottini. Pierpaolo Cruz. O Princípio da Proporcionalidade na Produção Legislativa Brasileira e seu Controle Judicial. Responsabilidade e Pena no Estado Democrático de Direito, Pesquisa Acadêmica Livre. FGV. pp.167-192.

<sup>3</sup> Ibid. pp. 168-169.

<sup>4</sup> Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.

<sup>5</sup> Cf., entre outros dispositivos, o art. 15 da Constituição da Espanha (Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes); o art. 25º, 2, da Constituição de Portugal (Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos); o art. 27 da Constituição italiana (Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato); e o art. 12 da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá (Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment).

<sup>6</sup> EUA, Suprema Corte, Weems v. United States, 217 U.S. 349, 371 (1910): “... the inhibition was directed not only against punishments which inflict torture, but against all punishments which, by their excessive length or severity, are greatly disproportioned to the offenses charged”.

<sup>7</sup> EUA, Suprema Corte, Weems v. United States, 217 U.S. 349, 371 (1910): “... the inhibition was directed not only against punishments which inflict torture, but against all punishments which, by their excessive length or severity, are greatly disproportioned to the offenses charged”.

<sup>8</sup> EUA, Suprema Corte, Weems v. United States, 217 U.S. 349, 371 (1910): “... the inhibition was directed not only against punishments which inflict torture, but against all punishments which, by their excessive length or severity, are greatly disproportioned to the offenses charged”.

<sup>9</sup> Winfried Hassemer, ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (ed.). La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, 2007, p. 98-99.

<sup>10</sup> Bottini. Pierpaolo Cruz. op. cit. pp.184-186.

<sup>11</sup> Sobre o tema, v. Robert Alexy, Teoria de los derechos fundamentales, 1997, p. 111; Aharon Barak, Proportionality: constitutional rights and their limitations, 2012; e Luís Roberto Barroso, Curso de direito constitucional contemporâneo, 2015, p. 289-295.

<sup>12</sup> Como exemplo, pode-se mencionar (i) a declaração de não recepção constitucional, por violação à proporcionalidade, da contravenção de posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto (art. 25 do Decreto-Lei nº 3.688/1941) – RE n. 583523, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 03.10.2013, DJe 21.10.2014; (ii) o reconhecimento da proporcionalidade – e da constitucionalidade – do delito de porte de arma de fogo (art. 14 da Lei nº 10.826/2003)<sup>12</sup> - HC n. 104410, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 06.03.2012, DJe 26.03.2012; (iii) o reconhecimento da inconstitucionalidade da criminalização do aborto no primeiro trimestre de gestação - HC n. 124.306, Rel. p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. 09.08.2016, DJe 16.03.2017. A questão acerca da constitucionalidade da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre ainda está pendente de posicionamento definitivo do STF. O tema está colocado a julgamento na ADPF 442, de Relatoria da Min. Rosa Weber.

<sup>13</sup> Barroso, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. - São Paulo: Saraiva, 2009. p. 168.

<sup>14</sup> Barroso, op. cit., p.224.

<sup>15</sup> Silva, Luis Virgilio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, jan/abr. 2009, p. 220.

<sup>16</sup> STF – AgR-AI nº 145589/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 24.06.1994.

<sup>17</sup> STF – RE nº 298695/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 24.10.2003.

<sup>18</sup> Franciulli Netto, Domingos. Arguição de Inconstitucionalidade em Recurso Especial. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, Distrito Federal, vol. 13, nº 2, jul/dez. 2001, p. 177-194.

## EXTRATO DA ATA



AgR-REspEI nº 0600566-26.2019.6.18.0000/PI. Relator originário: Ministro Luis Felipe Salomão. Redator para o acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Agravante: Gilfran Dias Chaves (Advogados: Germano Tavares Pedrosa e Silva – OAB: 5952/PI e outro). Agravado: Ministério Público Eleitoral.

Decisão: O Tribunal, por maioria, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator, vencido o Ministro Luís Roberto Barroso.

Não participou deste julgamento, o Ministro Benedito Gonçalves, por ter sucedido o relator.

Composição: Ministros Luís Roberto Barroso (presidente), Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Mauro Campbell Marques, Sérgio Banhos e Carlos Horbach.

Vice-Procurador-Geral Eleitoral: Paulo Gustavo Gonet Branco.

SESSÃO DE 17.2.2022.

