



TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

ACÓRDÃO

HABEAS CORPUS Nº 705-43.2010.6.00.0000 – CLASSE 16 – COSTA RICA – MATO GROSSO DO SUL

Relator originário: Ministro Gilson Dipp
Redator para o acórdão: Ministro Marco Aurélio
Impetrante: Marlon Carlos Matioli Santana
Paciente: Rodrigo Ruiz Pinheiro
Advogado: Marlon Carlos Matioli Santana
Órgão coator: Tribunal Regional Eleitoral do Mato Grosso do Sul

CRIME – PREVISÃO LEGAL – INEXISTÊNCIA. “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” – inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal.

PLEBISCITO – TRANSPORTE DE CIDADÃOS – ARTIGO 302 DO CÓDIGO ELEITORAL. O tipo do artigo 302 do Código Eleitoral não alcança o transporte de cidadãos no dia da realização de plebiscito.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, em conceder a ordem, nos termos das notas de julgamento.

Brasília, 20 de março de 2012.

MINISTRO MARCO AURÉLIO – REDATOR PARA O ACÓRDÃO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP: Senhor Presidente, trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário com pedido de medida liminar impetrado por Marlon Carlos Matioli Santana em favor de Rodrigo Ruiz Pinheiro contra decisão do egrégio Tribunal Regional Eleitoral do Mato Grosso do Sul que, em sede de *habeas corpus*, denegou a ordem anteriormente impetrada visando ao trancamento da ação penal por falta de justa causa. O acórdão regional está resumido nestes termos:

HABEAS CORPUS. TRANSPORTE DE ELEITOR. REALIZAÇÃO DE PLEBISCITO. ART. 302 DO CÓDIGO ELEITORAL. ÔNIBUS CONTRATADO DE EMPRESA. MOTORISTA. PRISÃO EM FLAGRANTE. ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. LIMINAR NEGADA. INADMISSIBILIDADE DE ANÁLISE, NESTA VIA, DE OCORRÊNCIA DO NECESSÁRIO DOLO ESPECÍFICO. DIREITO DE DEFESA EM AÇÃO ORDINÁRIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

Improcede a alegação de que não foi descrita a conduta do paciente se, da peça acusatória, se verifica ser ele o motorista do veículo que fez o transporte dos eleitores.

Constando na denúncia a descrição do dolo específico – *com o fim de impedir, embaraçar ou fraudar o exercício do voto* –, não há que se falar em fato atípico por não haver a descrição do elemento subjetivo.

Não é inepta a denúncia em vista de não se tratar de eleição, mas de plebiscito, porquanto, de forma indireta, todas as eleições estão protegidas pelo art. 302 do Código Eleitoral, incluindo as consultas populares (plebiscito e referendo).

É cediço que em sede de *habeas corpus* o trancamento da ação penal requer absoluta certeza quanto à ausência de indícios de autoria e de prova da materialidade dos fatos ou, ainda, a patente atipicidade da conduta.

Não se detectando qualquer vício apto a macular a denúncia ou mesmo a alegada ausência de justa causa para a ação penal, porquanto cumpridas as exigências previstas no art. 357, § 2º, do Código Eleitoral (art. 41 do Código de Processo Penal), constituindo, em tese, ilícito penal, e por haver elementos de convicção no sentido de que tenha o paciente contribuído com os autores das mencionadas condutas delitivas, é de se denegar a ordem.

A via estreita do *habeas corpus* não viabiliza um aprofundado e exaustivo exame e valoração de provas, pelo que não



procedem as alegações no tocante à ausência de dolo específico cujo eventual reconhecimento demanda a instrução criminal para saber-se se o paciente ao efetuar o transporte dos eleitores aderiu à intenção de fraudar a liberdade do exercício do voto. (grifos no original – fls. 88-89)

O impetrante sustenta, em suma, a inépcia da denúncia, uma vez que não descreveria de maneira pormenorizada a conduta do paciente, de forma a demonstrar o dolo; a atipicidade da conduta, porque o tipo descrito no artigo 302 do Código Eleitoral apenas se refere à eleição, não se estendendo a plebiscito e referendo.

Foi indeferida liminar à fl. 105 e prestadas informações às fls. 110-114.

A Vice-Procuradora-Geral Eleitoral opinou pela denegação da ordem às fls. 116-122.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO (Vencido)

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP (relator): Senhor Presidente, trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário com pedido de medida liminar impetrado por Marlon Carlos Matioli Santana em favor de Rodrigo Ruiz Pinheiro contra decisão do egrégio Tribunal Regional Eleitoral do Mato Grosso do Sul que, em sede de *habeas corpus*, denegou a ordem anteriormente impetrada visando ao trancamento da ação penal por falta de justa causa. O acórdão regional está resumido nestes termos:

HABEAS CORPUS. TRANSPORTE DE ELEITOR. REALIZAÇÃO DE PLEBISCITO. ART. 302 DO CÓDIGO ELEITORAL. ÔNIBUS CONTRATADO DE EMPRESA. MOTORISTA. PRISÃO EM FLAGRANTE. ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. LIMINAR NEGADA. INADMISSIBILIDADE DE ANÁLISE, NESTA VIA, DE OCORRÊNCIA



DO NECESSÁRIO DOLO ESPECÍFICO. DIREITO DE DEFESA EM AÇÃO ORDINÁRIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

Improcede a alegação de que não foi descrita a conduta do paciente se, da peça acusatória, se verifica ser ele o motorista do veículo que fez o transporte dos eleitores.

Constando na denúncia a descrição do dolo específico – *com o fim de impedir, embaraçar ou fraudar o exercício do voto* –, não há que se falar em fato atípico por não haver a descrição do elemento subjetivo.

Não é inepta a denúncia em vista de não se tratar de eleição, mas de plebiscito, porquanto, de forma indireta, todas as eleições estão protegidas pelo art. 302 do Código Eleitoral, incluindo as consultas populares (plebiscito e referendo).

É cediço que em sede de *habeas corpus* o trancamento da ação penal requer absoluta certeza quanto à ausência de indícios de autoria e de prova da materialidade dos fatos ou, ainda, a patente atipicidade da conduta.

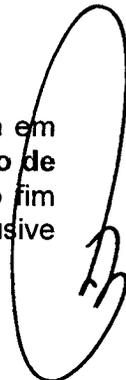
Não se detectando qualquer vício apto a macular a denúncia ou mesmo a alegada ausência de justa causa para a ação penal, porquanto cumpridas as exigências previstas no art. 357, § 2º, do Código Eleitoral (art. 41 do Código de Processo Penal), constituindo, em tese, ilícito penal, e por haver elementos de convicção no sentido de que tenha o paciente contribuído com os autores das mencionadas condutas delitivas, é de se denegar a ordem.

A via estreita do *habeas corpus* não viabiliza um aprofundado e exaustivo exame e valoração de provas, pelo que não procedem as alegações no tocante à ausência de dolo específico cujo eventual reconhecimento demanda a instrução criminal para saber-se se o paciente ao efetuar o transporte dos eleitores aderiu à intenção de fraudar a liberdade do exercício do voto. (grifos no original – fls. 88-89)

Daí o presente *mandamus*, em que o impetrante busca o trancamento da ação penal, “[...] seja pela inépcia da denúncia, seja pela atipicidade da conduta atribuída ao paciente” (fl. 14)

Verifica-se dos autos que foram denunciados, além do paciente, Rubis de Jesus Garcia, Eder Junior Vitorino de Carvalho e Cláudio Vitorino de Carvalho por suposta prática do crime tipificado no artigo 302 do Código Eleitoral. Por oportuno, transcrevem-se os seguintes trechos da denúncia, *verbis*:

Na data de **21 de setembro de 2003**, em horário incerto, data em que se realizava um **plebiscito para a emancipação do Distrito de Paraíso**, neste Município, os denunciados promoveram, com o fim de fraudar o exercício do voto, a concentração de eleitores, inclusive fornecendo gratuitamente transporte coletivo.



Consta nos autos que no dia dos fatos, no período da tarde, foi apreendido o veículo, ônibus, cor branca com faixas verdes, placas KIR-9310/Fernandópolis-SP, que encontrava-se estacionado no Auto Posto Tozzo, localizado no Distrito de Paraíso, sendo que no local havia uma concentração de cerca de quinze pessoas, sendo o denunciado Rodrigo Ruiz Pinheiro o motorista do veículo.

Após identificação dos ocupantes do ônibus, verificou-se que se tratavam de eleitores do Distrito de Paraíso, que residiam na cidade de Fernandópolis/SP, trazidos para votarem no plebiscito para emancipação do referido Distrito, sendo que a viagem teria sido contratada pela Associação de Desenvolvimento Comunitário de Paraíso das Águas, sendo que a referida associação pagou parte do gasto com a viagem.

Conforme consta, como havia eleição para a emancipação do Distrito de Paraíso, a Associação de Desenvolvimento Comunitário de Paraíso das Águas, representada pelos denunciados Cláudio Vitorino de Carvalho e Rubis de Jesus Garcia decidiu trazer os eleitores do Distrito de Paraíso, residentes na cidade de Fernandópolis/SP, para votarem no referido plebiscito.

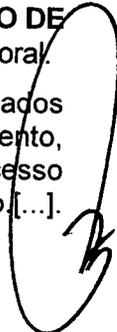
Então, o denunciado Eder Junior, filho do denunciado Cláudio e residente na cidade de Fernandópolis/SP, com intuito de trazer referidas pessoas que residiam na cidade de Fernandópolis/SP, porém eleitores do Distrito de Paraíso, se dirigiu à empresa Vanatur Turismo, localizada na cidade de Fernandópolis-SP, tendo contratada a mesma para efetuar o transporte dos referidos eleitores, tendo a associação custeado parte do valor da viagem, tendo sido elaborado até mesmo uma relação de passageiros, conforme f. 24.

Segundo informações do denunciado Rodrigo Ruiz Pinheiro, a viagem teria uma [sic] custo de R\$ 1.800,00 (um mil e oitocentos reais), sendo que teria recebido R\$ 900,00 (novecentos reais) na cidade de Fernandópolis/SP, da pessoa do denunciado Eder Junior, bem como receberia o restante assim que retornassem à Fernandópolis/SP, tendo esclarecido o não recebimento de nenhum valor de outro passageiro.

A **autoria e materialidade** do delito estão comprovadas, através do Auto de Prisão em Flagrante Delito à f. 02, pelo Autos de Apreensão de f. 17 e 20, Contrato de Fretamento (0031/2003) de f. 22, Autorização de Viagem de f. 23, Relação de Passageiros de f. 24, fotos de f. 49/51 e 62/64, Laudo Pericial de f. 91/96 e demais documentos e depoimento colhidos.

Assim, diante dos indícios de autoria delitiva e estando presentes os requisitos para a propositura da ação penal, o Ministério Público denuncia **RODRIGO RUIZ PINHEIRO, RUBIS DE JEJUS GARCIA, EDER JUNIOR VITORINO DE CARVALHO e CLÁUDIO VITORINO DE CARVALHO**, como incurso nas penas do art. 302, do Código Eleitoral.

Requer que, recebida e autuada esta, seja os denunciados citados para o interrogatório e demais atos do Processo até final julgamento, consoante o procedimento estabelecido no Código de Processo Penal, ouvindo-se oportunamente, as testemunhas do rol abaixo [...].
(nossos os grifos – fls. 17-18)



Passo à análise de irresignação.

Alega o impetrante, em síntese, a inépcia da denúncia ante a ausência de narrativa, falta de dolo e atipicidade da conduta do paciente.

A conduta atribuída ao paciente está referida como tipificada no art. 302 do Código Eleitoral (com a redação dada pelo art. 1º do Decreto Lei nº 1.064/69), que assim a descreve:

“Art. 302. Promover, no dia da eleição, com o fim de impedir, embaraçar ou fraudar o exercício do voto a concentração de eleitores, sob qualquer forma, inclusive o fornecimento gratuito de alimento e transporte.” (sublinhei)

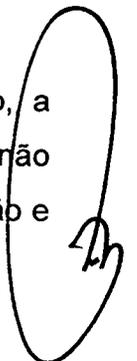
Os fatos são incontroversos e a conduta fática se assemelha ao tipo do art. 302 do CE, exceto quanto ao pormenor, de resto relevante, de se ter dado em consulta plebiscitária e não em eleição *strictu sensu*.

Cabe registrar, por oportuno, que, embora designada como infringente do art. 302 do CE, a conduta descrita na denúncia em rigor deveria mencionar a infração ao art. 11, III, c.c. o art. 5º, *caput* da Lei nº 6.091/74 (que revogou a parte final do art. 302 do CE), circunstância, no entanto, de todo irrelevante para o caso, pois estão presentes no art. 11, III, as mesmas referências a voto e a eleição.

É bem verdade que, de acordo com a Lei nº 9.709/98, a soberania popular é exercida por sufrágio universal e pelo voto direto e secreto. Nos termos do seu art. 1º, I, c.c. o art. 2º, plebiscito é uma consulta formulada ao povo para que delibere, cabendo-lhe pelo voto (art. 2º, § 1º), aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido.

Nesse sentido, consulta não é eleição e o voto que responde a uma consulta não corresponde ontologicamente ao voto que elege um candidato. Ou seja, no plebiscito o voto está conceitualmente relacionado a consulta e não a eleição.

Ora, o impetrante argumenta, justamente, que, no caso, a regra do art. 302 do CE (*rectius*, art. 11, III, c/c art. 5º da Lei nº 6.091/74) não pode ser a justificativa da ação penal eleitoral porque não se trata de eleição e



sim de consulta, e pois não se cuida de voto no sentido técnico mas, apesar dessa designação, de resposta a uma consulta.

Como visto, tanto perante o tribunal local, que denegou a ordem em *habeas corpus* originário, como no presente pedido substitutivo de recurso ordinário, o que se pede especificamente é a declaração da falta de justa causa para ação penal por atipicidade da conduta porque a norma penal menciona eleição e voto no sentido estritamente eleitoral.

E o único fundamento oferecido pelo acórdão para recusá-lo é a lição de Joel Cândido, segundo a qual a objetividade jurídica do art. 302 do CE protege o livre exercício do voto pois a conduta ali descrita é crime contra o sigilo e o exercício do voto, e o voto é exercido tanto em eleições majoritária, proporcional, plebiscito, *referendum*.

Ora, a despeito da possível generalização da dita expressão em matéria administrativa, e até em respeito à consideração de que em plebiscito se exerce o voto, com relação à conduta penalmente típica, de fato, não é possível estender esse conceito próprio de eleição para acomodar uma conduta que não é voto em sentido estrito e que se pretende típica quando efetivamente não o é.

É que, no penal, não se admite a interpretação extensiva ou analogia, posto que deve prevalecer o princípio constitucional da reserva legal ou da legalidade (art. 5º, XXXIX, da Constituição).

Recordo que o TSE não é indiferente a essa orientação uma vez que existem precedentes assentando a estrita observância da reserva legal em matéria de crime eleitoral – e assim afastando a interpretação extensiva ou analógica – do que são exemplos, entre outros, o RHC 233/SP (recurso em caso de plebiscito) e o HC 177/SP (acórdão 12.173).

Nessa linha, a pretendida atribuição de crime eleitoral ao paciente por conduta de promover o transporte de cidadãos que iriam manifestar-se em consulta plebiscitária tecnicamente, em princípio, constitui violação desse postulado.



Cabe assinalar, contudo, que a Lei nº 9.709, de 1998, disciplinando o plebiscito, atribuiu ao Tribunal Superior Eleitoral (art. 8º, III) a expedição de instruções para a realização do plebiscito, conferindo-lhe, com isso, o poder de estabelecer as regras correspondentes.

É certo que esse poder encontra limites nos próprios limites da lei e assim, não podendo excedê-los, deve conter-se no espaço de regulamentação compatível.

Nesses termos, as restrições à propaganda, a comportamentos em datas e locais sensíveis, por exemplo, podem constituir as mesmas situações para as quais o Código Eleitoral reserva restrições com relação às eleições em sentido estrito, de modo a preservar também nos eventos plebiscitários a garantia de liberdade e lisura.

Nessa linha, as determinações de natureza penaliformes inseridas nas resoluções que regulam o plebiscito mandando aplicar a lei penal eleitoral (e, com ele, o CPP subsidiariamente) devem ser compreendidas nos limites do respeito à reserva legal, mas aplicando-se a compreensão conforme, isto é, o caráter penal sancionatório que só a lei formal pode impor e que a lei própria (Lei nº 9.709/1998) indiretamente sugere quando oferecer-se situação de tutela penal coincidente.

Resumindo, a aplicação da lei penal eleitoral ao processo de consulta plebiscitária encontra obstáculos principiológicos como o da reserva legal, mas admite a aplicação tópica quando os eventos forem compatíveis com a tutela reclamada, isto é, quando a ilicitude constituir violação muito mais do que do interesse individual, mas da comunidade interessada cuja consulta se pede, quando, por exemplo, puder influir no resultado da consulta.

Por essa razão as resoluções editadas em regulamento de plebiscitos e contendo disposições de ordem criminal não estão, por si só, em desacordo com tais princípios, cabendo a cada caso o exame próprio especialmente quanto aos efeitos da ilicitude.

Ante tais considerações, no caso em apreço, apesar de descrita a conduta do acusado – sendo ademais patente a intenção de alcançar o resultado proposto (com dolo e conduta fática bem descritos) – as

dimensões e alcance do ilícito elevam-se a patamar suficientemente grave para produzir prejuízo da consulta e assim constituir ilícito grave de natureza idêntica ao crime eleitoral uma vez que estão presentes as elementares do tipo como voto e eleição cujo conteúdo jurídico-penal é na espécie idêntico em ambas.

Com essas considerações voto, pois, no caso concreto e excepcionalmente, pela denegação da ordem.

VOTO

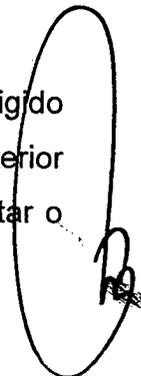
O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Senhor Presidente, a questão, a meu ver, é seriíssima. Ressalto que, toda vez que a Constituição Federal se refere à lei, é lei no sentido formal e material, emanada do Congresso Nacional, aprovada pelos representantes do povo brasileiro – os Deputados Federais –, e pelos representantes dos Estados – os Senadores.

Fico com a primeira parte do voto de Sua Excelência, o Relator, ao escancarar que o artigo 302 do Código Eleitoral, ao revelar o tipo penal, não abrange o plebiscito. Há referência expressa a eleições.

O Ministro Relator acabou encontrando base na lei regedora do plebiscito para sinalizar que, como autoriza o Tribunal Superior Eleitoral a editar resoluções, ter-se-ia placitado a criação de novo tipo penal pelo próprio Tribunal.

Sob meu ponto de vista, é passo demasiadamente largo. Bem ou mal, não temos, em nosso cenário, o tipo penal a revelar que o transporte de cidadãos – não se trata de eleição – convocados para votar em plebiscito configure crime.

Que venha a lei prevendo o tipo penal, o crime, como exigido em inciso do rol das garantias constitucionais. Não há crime sem lei anterior que o defina – é a premissa básica do Direito Penal. Não posso interpretar o



artigo 302 do Código Eleitoral de forma a abranger situação jurídica por ele não alcançada, referente ao plebiscito.

Peço vênia ao Relator – compreendo a preocupação de Sua Excelência quanto à lisura em se definir a matéria no campo do plebiscito –, para conceder o *habeas corpus*. Não há tipologia no fato narrado na denúncia do Ministério Público.

PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Senhor
Presidente, peço vista dos autos.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, loopy 'M' followed by a smaller 'R', enclosed within a vertical oval shape.

EXTRATO DA ATA

HC nº 705-43.2010.6.00.0000/MS. Relator: Ministro Gilson Dipp. Impetrante: Marlon Carlos Matioli Santana. Paciente: Rodrigo Ruiz Pinheiro (Advogado: Marlon Carlos Matioli Santana). Órgão coator: Tribunal Regional Eleitoral do Mato Grosso do Sul.

Decisão: Após o voto do Ministro Gilson Dipp, denegando a ordem, e o voto do Ministro Marco Aurélio concedendo-a, pediu vista o Ministro Marcelo Ribeiro.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presente a Ministra Nancy Andrichi, os Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Gilson Dipp, Marcelo Ribeiro e Arnaldo Versiani, e o Vice-Procurador-Geral Eleitoral em exercício, Francisco Xavier.

SESSÃO DE 1º.9.2011.



VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Senhor Presidente, cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de Rodrigo Ruiz Pinheiro contra acórdão do Tribunal Regional Eleitoral do Mato Grosso do Sul (TRE/MS) que denegou *habeas corpus* visando ao trancamento de ação penal, sob a alegação de inépcia da denúncia e falta de justa causa (fls. 2-14).

Informa que o paciente foi denunciado pela prática do crime previsto no art. 302 do Código Eleitoral, em razão de transporte de eleitores no dia 21 de setembro de 2003, data da realização do plebiscito para emancipação do Distrito de Paraíso/MS.

Alega que a denúncia é inepta, por não descrever de forma pormenorizada a conduta praticada pelo paciente, sem a demonstração do elemento subjetivo do tipo penal, que exige dolo específico.

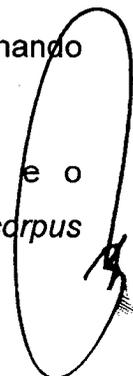
Ressalta que “o simples fato do paciente estar como motorista de veículo que estava transportando eleitores, não se trata de elementar do crime do art. 302 do Código Eleitoral, onde a denúncia deveria demonstrar qual a conduta do paciente tendente a fraudar o exercício do voto” (fl. 6).

Sustenta a atipicidade da conduta, porquanto o art. 302 do Código Eleitoral descreve como crime o transporte de eleitores no dia da eleição, o que não se confunde com plebiscito.

Afirma que em plebiscito e referendo não está em jogo a disputa a cargo eletivo, “disputa essa que o art. 302 do Código Eleitoral procura preservar” (fl. 11).

O então relator do feito, eminente Ministro Fernando Gonçalves, indeferiu a liminar.

O TRE/MS prestou as informações de fls. 110-114 e o Ministério Público Eleitoral emitiu parecer pela denegação do *habeas corpus* (fls. 116-122).



O feito foi redistribuído ao eminente Ministro Gilson Dipp, nos termos do art. 16, § 7º, do RITSE (fl. 125), que proferiu voto pela denegação da ordem.

Transcrevo excertos do voto do eminente relator:

Os fatos são incontroversos e a conduta fática se assemelha ao tipo do art. 302 CE, exceto quanto ao pormenor, de resto relevante, de se ter dado em consulta plebiscitária e não em eleição *strictu sensu*.

Cabe registrar, por oportuno, que, embora designada como infringente do art. 302 CE, a conduta descrita na denúncia em rigor deveria mencionar a infração ao art. 11, III, c.c. o art. 5º, *caput* da Lei nº 6.091/74 (que revogou a parte final do art. 302 do CE), circunstância, no entanto, de todo irrelevante para o caso pois presentes no art. 11, III, as mesmas referências a voto e eleição.

É bem verdade que de acordo com a Lei nº 9.709/98, a soberania popular é exercida por sufrágio universal e pelo voto direto e secreto. Nos termos do seu art. 1º, I, c.c. o art. 2º, plebiscito é uma consulta formulada ao povo para que delibere, cabendo-lhe pelo voto (art. 2º, § 1º), aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido.

Nesse sentido, consulta não é eleição e o voto que responde a uma consulta não corresponde ontologicamente ao voto que elege um candidato. Ou seja, no plebiscito o voto está conceitualmente relacionado a consulta e não a eleição.

Ora, o impetrante argumenta, justamente, que, no caso, a regra do art. 302 CE (*rectius*, art. 11, III, c/c art. 5º L.6.091/74) não pode ser a justificativa da ação penal eleitoral porque não se trata de eleição e sim de consulta, e pois não se cuida de voto no sentido técnico mas, apesar dessa designação, de resposta a uma consulta.

[...]

Resumindo, a aplicação da lei penal eleitoral ao processo de consulta plebiscitária encontra obstáculos principiológicos como o da reserva legal, mas admite a aplicação tópica quando os eventos forem compatíveis com a tutela reclamada, isto é, quando a ilicitude constituir violação muito mais do que do interesse individual, mas da comunidade interessada cuja consulta se pede, quando, por exemplo, puder influir no resultado da consulta.

Por essa razão as resoluções editadas em regulamento de plebiscitos e contendo disposições de ordem criminal não estão, por si só, em desacordo com tais princípios, cabendo a cada caso o exame próprio especialmente quanto aos efeitos da ilicitude.

Ante tais considerações, no caso em apreço, apesar de descrita a conduta do acusado – sendo ademais patente a intenção de alcançar o resultado proposto (com dolo e conduta fática bem descritos) – as dimensões e alcance do ilícito elevam-se a patamar suficientemente grave para produzir prejuízo da consulta e assim constituir ilícito grave de natureza idêntica ao crime eleitoral uma vez que estão presentes as elementares do tipo como voto e eleição cujo conteúdo jurídico-penal é na espécie idêntico em ambas.

Com essas considerações voto, pois, no caso concreto e excepcionalmente, pela denegação da ordem.

Pedi vista para melhor exame da matéria. Passo a me manifestar.

Transcrevo o art. 302 do Código Eleitoral e os dispositivos da Lei nº 6.091/74, que dispõem sobre o fornecimento gratuito de transporte, em dias de eleição, a eleitores residentes nas zonas rurais, e dá outras providências:

Código Eleitoral

Art. 302. Promover, no dia da eleição, com o fim de impedir, embarçar ou fraudar o exercício do voto a concentração de eleitores, sob qualquer forma, inclusive o fornecimento gratuito de alimento e transporte coletivo.

Lei nº 6.091/74

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

[...]

Art. 8º Somente a Justiça Eleitoral poderá, quando imprescindível, em face da absoluta carência de recursos de eleitores da zona rural, fornecer-lhes refeições, correndo, nesta hipótese, as despesas por conta do Fundo Partidário.

[...]

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:

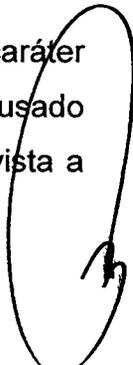
[...]

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

De fato, como bem observou o eminente Ministro relator, o princípio da reserva legal em matéria criminal não admite interpretação extensiva.

Não obstante tal ponderação, o eminente relator, em caráter excepcional, denegou a ordem, por entender que a conduta do acusado constitui ilícito grave de natureza idêntica ao crime eleitoral, tendo em vista a presença das elementares do tipo.

Com as devidas vênias, ousou divergir de Sua Excelência.



A conduta descrita no art. 302 do Código Eleitoral, com as alterações promovidas pela Lei nº 6.091/74, que revogou a parte final do mencionado dispositivo, estabelece como crime o transporte gratuito de eleitores no dia da eleição.

A dúvida reside em saber se o crime descrito no art. 302 alcança a conduta praticada pelo ora paciente, que teria transportado eleitores no dia de plebiscito.

No meu entender, não há como alargar o conceito tipificado na lei para alcançar ato praticado que não se enquadra exatamente nos termos do dispositivo legal que descreve a conduta como crime, sob pena de afronta ao princípio da reserva legal ou da tipicidade, consagrado pela Constituição Federal, no art. 5º, XXXIX, e inserto no art. 1º Código Penal¹.

Note-se que, enquanto a eleição é a escolha pelo povo, através do voto direto, secreto e universal, de seus representantes nos Poderes Legislativo e Executivo, o plebiscito consiste em uma consulta formulada ao povo "para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa"².

Entendo, portanto, que os conceitos são distintos, não havendo como elastecer a definição do crime previsto no art. 302 do Código Penal, que proíbe o transporte de eleitores no dia da eleição, para daí concluir que também será crime o transporte de eleitores no dia de plebiscito.

Não é o que o dispositivo penal estabelece.

Sobre a matéria, destaco as lições doutrinárias de Júlio Fabbrini Mirabete, acerca do art. 1º do Código Penal:³

O artigo define o *princípio da legalidade*, a mais importante conquista de índole política, norma básica do Direito Penal moderno, inscrito

¹ Código Penal.

Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. Constituição Federal.

Art. 5º. [...]

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

² Lei nº 9.709/98. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal.

³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005; págs. 101-102.

como garantia constitucional no art. 5º, XXXIX, da Carta Magna (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal). O princípio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* assegura que não pode ser considerado crime o fato que não estiver previsto na lei e que não pode ser aplicada sanção penal que não aquela cominada abstratamente nessa regra jurídica. Ainda que o fato seja imoral, anti-social ou danoso, não há possibilidade de se imputar ao autor a prática de um crime ou aplicar-lhe uma sanção penal pela conduta praticada.

[...]

É do princípio a *função de garantia* fundamental da liberdade de se fazer aquilo que se quer, mas somente o que a lei permite, e que, por isso, exige clareza da lei a fim de possibilitar que seu conteúdo e limites possam ser deduzidos do texto legal o mais claramente possível. Em razão do princípio da legalidade, é vedado o uso dos costumes ou da analogia para punir alguém por um fato não previsto em lei, embora seja ele semelhante a outro por ela definido.

Creio, portanto, assistir razão aos impetrantes quanto à atipicidade da conduta.

Ante o exposto, com as sempre devidas vênias ao eminente relator, voto pela concessão da ordem para trancar a ação penal.

É como voto.

VOTO

A SENHORA MINISTRA LAURITA VAZ: Senhor Presidente, pedindo vênias ao Relator, acompanho a divergência.

O Ministro Relator disse que a questão encontra obstáculos no próprio princípio da reserva legal. Por isso, concordo com a divergência para conceder a ordem.

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP (relator): Senhor Presidente, fiz todo o voto no sentido da concessão da ordem. Mas disse que, no caso concreto, as condutas descritas poderiam abranger, sim, não apenas a eleição como também o plebiscito em relação a transporte de passageiros.

Na tese, concordo com a concessão da ordem; no caso concreto, deneguei a ordem.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Essa interpretação, assumiu uma importância muito grande, porque nós estávamos na véspera do plebiscito. O Tribunal teve receio de não termos instrumentos para coibir o transporte ilegal de eleitores.

Hoje, confesso que essa discussão, um tanto quanto esvaziada, tem um caráter mais teórico do que prático como tinha antigamente. A preocupação do presidente, naquele momento, era com o fato de não podermos enfrentar os abusos ante ou diante do plebiscito que se aproximava.

Enfim, esses são pontos de vista interessantes. O Ministro Gilson Dipp, como disse, votou pragmaticamente no caso concreto, embora concordando com a tese. A Ministra Laurita Vaz antecipou-se e já trouxe sua contribuição que fica registrada no sentido da concessão da ordem.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Senhor Presidente, para ressaltar, mais uma vez, que vem do rol das garantias constitucionais que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem previsão legal. É o princípio da legalidade estrita. Como o Código Eleitoral é de época em que não se cogitava do plebiscito, o artigo 302 se refere a:

Art. 302. Promover, no dia da eleição, com o fim de impedir, embaraçar ou fraudar o exercício do voto a concentração de eleitores, sob qualquer forma, inclusive o fornecimento gratuito de alimento e transporte coletivo.

Por isso entendi que, tecnicamente, ortodoxamente, não caberia a interpretação extensiva – como concorda, inclusive, o Relator –, para alcançar, no caso, o plebiscito.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Senhor Presidente, acompanho o relator.



VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Senhor Presidente, acompanho a divergência.

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (presidente): Senhores Ministros, peço vênha para acompanhar o Relator. O artigo 302 esclarece o seguinte:

“Art. 302. Promover, no dia da eleição [o que é uma eleição? Eleição é uma escolha], com o fim de impedir, embaraçar ou fraudar o exercício do voto a concentração de eleitores [no plebiscito tem-se um voto também, no sentido de se decidir a resposta a uma questão formulada], sob qualquer forma, inclusive o fornecimento gratuito de alimento e transporte coletivo.”

Do ponto de vista da teleologia, entendi, naquele momento, e veiculei isso em voz alta, e continuo entendendo, que o artigo 302 do Código Eleitoral tutela o livre exercício do voto, que não pode ser impedido, embaraçado ou fraudado mediante a concentração dos eleitores.

Indefiro a ordem, acompanhando o Relator.



EXTRATO DA ATA

HC nº 705-43.2010.6.00.0000/MS. Relator originário: Ministro Gilson Dipp. Redator para o acórdão: Ministro Marco Aurélio. Impetrante: Marlon Carlos Matioli Santana. Paciente: Rodrigo Ruiz Pinheiro (Advogado: Marlon Carlos Matioli Santana). Órgão coator: Tribunal Regional Eleitoral do Mato Grosso do Sul.

Decisão: O Tribunal, por maioria, concedeu a ordem, nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio, que redigirá o acórdão. Vencido o Ministro Gilson Dipp.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes a Ministra Laurita Vaz, os Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Gilson Dipp, Marcelo Ribeiro e Arnaldo Versiani, e o Procurador-Geral Eleitoral, Roberto Monteiro Gurgel Santos.

SESSÃO DO DIA 20.3.2012

