



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL**

**EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DESEMBARGADOR(A) PRESIDENTE
EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO SUL**

**RECURSO ESPECIAL ELEITORAL ref.:
Recurso Criminal n.º 42-15.2015.6.21.0007**

Procedência: Bagé-RS

Recorrente: Anderson Vaz Porciúncula

Recorrido: Ministério Público Eleitoral

Relator: Dr. Jamil Andraus Hanna Bannura

O **MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL**, por seu agente firmatário, em face da decisão proferida por esse Egrégio Tribunal Regional Eleitoral nos autos em epígrafe (fls. 357-381), vem, com fulcro no artigo 121, §4º, I, da Constituição Federal e artigo 276, I, “a”, do Código Eleitoral, apresentar

**RECURSO ESPECIAL ELEITORAL
COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR**

requerendo seu recebimento, nos termos que seguem, e respectiva remessa ao Tribunal Superior Eleitoral, para o devido processamento e julgamento, onde se espera provimento.

Porto Alegre, 1º de fevereiro de 2017.

**Marcelo Beckhausen
PROCURADOR REGIONAL ELEITORAL**



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL**

**EGRÉGIO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - TSE
EMINENTE PROCURADOR-GERAL ELEITORAL
EMÉRITOS JULGADORES,
EXMO(A). SR(A). MINISTRO(A) RELATOR(A).**

**RECURSO ESPECIAL ELEITORAL ref.:
Recurso Criminal n.º 42-15.2015.6.21.0007**

Procedência: Bagé-RS
Recorrente: Anderson Vaz Porciúncula
Recorrido: Ministério Público Eleitoral
Relator: Dr. Jamil Andraus Hanna Bannura

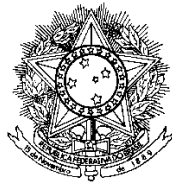
1 – DOS FATOS

O Ministério Público Eleitoral ofereceu denúncia, por crime de transporte de eleitores (art. 11, inc. III, c/c o art. 5º, ambos da Lei nº 6.091/74) contra ANDERSON VAZ PORCIÚNCULA, pelo seguinte fato (fl. 2):

No dia 05 de outubro de 2014, dia da eleição, por volta de 14h30min, neste Município, o denunciado ANDERSON, um dos coordenadores da campanha do candidato “Leninho” a Deputado Estadual, conduzindo o veículo Ford Fiesta, de placas KXZ-2284, transportou os eleitores CARLA LUISA FREITAS COSTA FAGUNDES e CRISTIANO MARTINS SILVEIRA a seus locais de votação, com intuito de aliciamento de voto.

A denúncia foi recebida em 19-08-2015 (fl. 139).

Instruído o feito regularmente, a denúncia foi julgada totalmente procedente (fls. 286-296), para o fim de condenar o réu, como incurso nas sanções do artigo 11, inciso III, c/c o artigo 5º, ambos da Lei nº 6.091/1974, à pena privativa de liberdade de 4 (quatro) anos de reclusão – substituída por prestação de serviços à comunidade e por multa de 50 dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato – e à pena de 200 dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL**

Irresignado, o réu interpôs recurso criminal (fls. 305-326), aduzindo, em suma: 1) que as provas valoradas pelo juízo foram obtidas somente na fase inquisitória e que as provas produzidas em audiência confirmam a inexistência da prática do crime; 2) que não restaram demonstrados o dolo específico e o aliciamento prévio; 3) que a pena prevista para o crime de transporte de eleitores é desproporcional ao dano causado à sociedade, devendo ser aplicada a pena mínima prevista no art. 284 do Código Eleitoral.

O Ministério Público Eleitoral, com atuação em 1º grau de jurisdição, ofereceu contrarrazões às fls. 329-335. Após, os autos foram remetidos ao Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul (TRE/RS) (fl. 336), e, por fim, a esta Procuradoria Regional Eleitoral (fl. 337), que ofertou parecer pelo desprovimento do recurso e requereu a imediata execução provisória da condenação, com a extração de cópia do acórdão condenatório e encaminhamento para o Juízo de Execução (fls. 338-349).

O TRE-RS, por unanimidade, ouvida a Procuradoria Regional Eleitoral, no mérito, negou provimento ao recurso. Por maioria, reduziu a pena privativa de liberdade imposta a ANDERSON VAZ PORCIÚNCULA para um ano de reclusão, substituindo-a por prestação de serviços à comunidade, e reduziu proporcionalmente a pena de multa imposta. Também por maioria, indeferiu o requerimento de execução imediata do acórdão condenatório. O acórdão ficou assim ementado:

Recurso criminal. Transporte ilegal de eleitores. Art. 11, inc. III, c/c art. 5º, todos da Lei n. 6.091/74. Eleições 2014. Evidenciado o transporte de dois eleitores no dia do pleito, realizado pelo acusado, que trabalhava em prol da campanha de candidato. Ao utilizar veículo de campanha contendo vários santinhos e aguardar os eleitores votarem para também dar carona de retorno, buscou influenciar no ânimo do eleitor, seja diretamente, por fornecer a carona, seja indiretamente, pelo agrado propiciado. Configurado o dolo específico de obtenção de vantagem eleitoral. Transporte à margem da lei, a merecer reprimenda.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL**

Todavia, reconhecida a não recepção, pela Constituição Federal, da pena mínima fixada ao tipo penal sob exame, pois desproporcional. Transporte efetuado apenas a dois eleitores a exigir a redução da pena fixada na sentença.

Inviabilidade do pedido ministerial de execução provisória da sentença penal condenatória antes de consumado o seu trânsito em julgado, sob pena de solapar o princípio constitucional da presunção de inocência.

Provimento negado.

Em face desse julgamento, o Ministério Público Eleitoral, com fulcro no artigo 121, §4º, I, da Constituição Federal e artigo 276, I, “a”, do Código Eleitoral, vem interpor recurso especial eleitoral, por entender que o acórdão recorrido, a um só tempo, **negou vigência ao preceito secundário do artigo 11, III, da Lei nº 6.091/74**, ao deixar de aplicar a pena mínima legalmente prevista para o crime em questão, e **ofendeu o disposto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal**, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Dessa interpretação, aqui reputada por equivocada, resultou a fixação da pena, mesmo na ausência de causas de diminuição da pena (3ª fase da dosimetria), em 1 ano de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato; ao passo que o tipo penal no qual incorreu o recorrido tem pena mínima de 4 anos de reclusão e de 200 dias-multa.

2 – DO CABIMENTO DO RECURSO (ADMISSIBILIDADE)

O recurso merece ser admitido, porque **(2.1)** é tempestivo, **(2.2)** a matéria nele ventilada encontra-se prequestionada, **(2.3)** não se pretende o reexame de provas.

(2.1) Tempestividade: o recurso é tempestivo, pois o Ministério Público Eleitoral foi intimado do acórdão em 30/01/2017 (fl. 384v), e a interposição do presente recurso ocorre respeitando o tríduo legal previsto no art. 276, §1º, do Código Eleitoral.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL**

(2.2) Prequestionamento: a questão acerca da não recepção, pela Constituição Federal de 1988, da pena mínima fixada ao tipo penal do art. 11, inc. III, c/c o art. 5º, ambos da Lei n. 6.091/74, foi expressamente debatida no acórdão recorrido.

Seguem trechos do voto do Exmo. Relator (fls.360v-361v):

Entendo que deve ser reconhecida a não recepção, pela Constituição Federal de 88, da pena mínima fixada ao tipo penal sob exame, em claro uso do controle difuso ou concreto da constitucionalidade da lei aplicada (art. 948 do CPC), visto que antecedente lógico e necessário à declaração judicial que se pretende.

(...)

Tais garantias constitucionais exigem, na ordem de 1988, que as penalidades previstas guardem proporção com o delito praticado, evitando a imposição de penas contraditórias e desproporcionais com os demais delitos, o que se percebe claramente no caso concreto, ao compararmos a pena mínima para o delito de transporte de eleitores com todos os demais crimes previstos na legislação eleitoral, que mantém um ano como pena mínima.

O excessivo rigor na imposição da pena mínima atende questões históricas conhecidas de todos e se explica em uma época não mais existente. Disso decorre a necessidade de revisão que, não tendo sido feita pelo procedimento legislativo ordinário, deve ser consertada pelo controle incidental da norma permitido na composição plena desta Corte.

(...)

E completam os autores: “A aplicação da pena para o crime de transporte irregular de eleitores nos moldes do art. 11 da Lei n. 6.091 de 1974, não se coaduna com o Estado Democrático de Direito por não cumprir os requisitos básicos da pena: a legalidade, a certeza, a igualdade, a mensurabilidade e a preocupação com os cálculos da pena (FERRAJOLI, 2006, p. 366). A norma constante no art. 11 não se amolda aos princípios penais preconizados na Constituição da República de 1988, especialmente os princípios da individualização das penas e da legalidade. Por não se conformar materialmente à Constituição da República de 1988, referido dispositivo não poderia ser recepcionado. Com a inauguração de uma nova ordem constitucional, surge a necessidade de analisar as normas infraconstitucionais que lhe são anteriores. O advento de nova Constituição é orientado pelo princípio da continuidade da ordem jurídica, segundo o qual se busca evitar um período de anomia (o que ocorreria se, por exemplo, com a nova Constituição se todas as leis anteriores fossem revogadas) e dar continuidade às relações jurídicas vigentes.”



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL**

Com o que se concorda plenamente, em especial no caso concreto, onde o transporte foi de apenas dois eleitores para um local de difícil acesso pelos meios comuns de transporte.

Com isso teríamos a declaração incidental de inconstitucionalidade (não recepção) não do tipo penal, mas apenas de sua pena mínima, exigindo a supressão da omissão através da aplicação do art. 284 do Código Eleitoral, fixando em um ano de reclusão a pena mínima para o tipo.

Assim, entendo por reconhecer a não recepção, pela Constituição Federal, da pena mínima fixada no art. 11, inc. III, da Lei n. 6.091/74, c/c os arts. 5 e 10 da mesma Lei, aplicando o art. 284 do Código Eleitoral para fixar a pena mínima em um ano de reclusão para o transporte ilegal de eleitores.

Portanto, resta preenchido o requisito do prequestionamento.

(2.3.) Discussão sobre matéria de direito: por meio do presente recurso não se pretende o reexame do contexto fático-probatório, mas tão somente o reconhecimento que a pena aplicada ao crime descrito no art. 11, inc. III, c/c o art. 5º, ambos da Lei n. 6.091/74, deve ser calculada a partir do quantum mínimo previsto no preceito secundário da norma penal, não podendo o julgador ignorá-lo e aplicar o disposto no art. 284 do Código Eleitoral, que só tem incidência, por expressa disposição legal, quando o Código Eleitoral não indica o grau mínimo do apenamento.

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

3 – DA FUNDAMENTAÇÃO

Os artigos 11, inc. III, e 5º, ambos da Lei n. 6.091/74 dispõem o seguinte:

Art. 11. Constitui crime eleitoral:

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

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



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL**

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

- I - a serviço da Justiça Eleitoral;
- II - coletivos de linhas regulares e não fretados;
- III - de uso individual do proprietário, para o exercício do próprio voto e dos membros da sua família;
- IV - o serviço normal, sem finalidade eleitoral, de veículos de aluguel não atingidos pela requisição de que trata o art. 2º.

Tencionando a não aplicação da penalidade imposta no preceito secundário da norma penal, por reputá-la exacerbada se comparada às penas cominadas aos demais crimes eleitorais, os juízes do TRE-RS reconheceram incidentalmente sua não recepção pela Constituição Federal de 1988, porque não se coadunaria com o princípio da proporcionalidade, decorrente do devido processo legal (art. 5º, LIV da Constituição Federal), em sua variação da vedação de excesso da resposta penal. E, a fim de suprir a omissão resultante de tal reconhecimento, decidiram aplicar o disposto no art. 284 do Código Eleitoral, que prevê pena mínima de 1 ano de reclusão para os tipos penais em que omissa a penalidade mínima.

Sobre a possibilidade de o judiciário atuar de tal maneira, integrando o preceito secundário da norma penal com o disposto em outra norma, quando reconhecido o excesso da punição em vista do fato concretamente praticado, o Desembargador Paulo Afonso Brum Vaz lembrou o decidido pelo TRF4 no EACR 2006.70.02.001187-1 a respeito da pena cominada ao art. 273 do Código Penal (reclusão, de 10 (dez) e 15 (quinze) anos, e multa). Naquela oportunidade, entendeu-se que o fato em exame – importação de 200 comprimidos de Cytotec, medicamento desprovido de registro e de licença do órgão de Vigilância Sanitária competente – encontrava adequação típica no art. 273, § 1º-B, incisos I, V, e VI, do CP, mas que a pena ali prevista deveria ser reservada aos casos capazes de expor a sociedade e a economia popular a enormes danos. Assim, entendeu-se por utilizar, como parâmetro para aplicação da pena, o preceito secundário da norma que criminaliza o tráfico ilícito de entorpecentes, haja vista que o bem jurídico protegido em ambos os casos – a saúde pública – é o mesmo.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL**

Tal entendimento, como destacou o Desembargador Paulo Afonso Brum Vaz, foi albergado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme noticiado no Informativo nº 559:

É inconstitucional o preceito secundário do art. 273, § 1º-B, V, do CP - "reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa" -, devendo-se considerar, no cálculo da reprimenda, a pena prevista no caput do art. 33 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), com possibilidade de incidência da causa de diminuição de pena do respectivo § 4º. De fato, é viável a fiscalização judicial da constitucionalidade de preceito legislativo que implique intervenção estatal por meio do Direito Penal, examinando se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais.

Nesse sentido, a Segunda Turma do STF (HC 104.410-RS, DJe 27/3/2012) expôs o entendimento de que os "mandatos constitucionais de criminalização [...] impõem ao legislador [...] o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. A ideia é a de que a intervenção estatal por meio do Direito Penal, como *ultima ratio*, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade [...] Abre-se, com isso, a possibilidade do controle da constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal". Sendo assim, em atenção ao princípio constitucional da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos (CF, art. 5º, LIV), é imprescindível a atuação do Judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena de "reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa" abstratamente cominada à conduta inscrita no art. 273, § 1º-B, V, do CP, referente ao crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada. Isso porque, se esse delito for comparado, por exemplo, com o crime de tráfico ilícito de drogas (notoriamente mais grave e cujo bem jurídico também é a saúde pública), percebe-se a total falta de razoabilidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do CP, sobretudo após a edição da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), que, apesar de ter aumentado a pena mínima de 3 para 5 anos, introduziu a possibilidade de redução da reprimenda, quando aplicável o § 4º do art. 33, de 1/6 a 2/3. Com isso, em inúmeros casos, o esporádico e pequeno traficante pode receber a exígua pena privativa de liberdade de 1 ano e 8 meses. E mais: é possível, ainda, sua substituição por restritiva de direitos. De mais a mais, constata-se que a pena mínima cominada ao crime ora em debate excede em mais de três vezes a pena máxima do homicídio culposo, corresponde a quase o dobro da pena mínima do homicídio doloso simples, é cinco vezes maior que a pena mínima da lesão corporal de natureza grave, enfim, é mais grave do que a do estupro(...).



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL**

Além disso, como se trata de crime de perigo abstrato, que independe da prova da ocorrência de efetivo risco para quem quer que seja, a dispensabilidade do dano concreto à saúde do pretendo usuário do produto evidencia ainda mais a falta de harmonia entre esse delito e a pena abstratamente cominada pela redação dada pela Lei 9.677/1998 (de 10 a 15 anos de reclusão). Ademais, apenas para seguir apontando a desproporcionalidade, deve-se ressaltar que a conduta de importar medicamento não registrado na ANVISA, considerada criminosa e hedionda pelo art. 273, § 1º-B, do CP, a que se comina pena altíssima, pode acarretar mera sanção administrativa de advertência, nos termos dos arts. 2º, 4º, 8º (IV) e 10 (IV), todos da Lei n. 6.437/1977, que define as infrações à legislação sanitária. A ausência de relevância penal da conduta, a desproporção da pena em ponderação com o dano ou perigo de dano à saúde pública decorrente da ação e a inexistência de consequência calamitosa do agir convergem para que se conclua pela falta de razoabilidade da pena prevista na lei, tendo em vista que a restrição da liberdade individual não pode ser excessiva, mas compatível e proporcional à ofensa causada pelo comportamento humano criminoso. Quanto à possibilidade de aplicação, para o crime em questão, da pena abstratamente prevista para o tráfico de drogas - "reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa" (art. 33 da Lei de drogas) -, a Sexta Turma do STJ (REsp 915.442-SC, DJe 1º/2/2011) dispôs que "A Lei 9.677/98, ao alterar a pena prevista para os delitos descritos no artigo 273 do Código Penal, mostrou-se excessivamente desproporcional, cabendo, portanto, ao Judiciário promover o ajuste principiológico da norma [...] Tratando-se de crime hediondo, de perigo abstrato, que tem como bem jurídico tutelado a saúde pública, mostra-se razoável a aplicação do preceito secundário do delito de tráfico de drogas ao crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais". [AI no HC 239.363-PR](#), Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 26/2/2015, DJe 10/4/2015.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, debruçando-se posteriormente sobre o mesmo tema, decidiu que **"o Poder Judiciário não detém competência para interferir nas opções feitas pelo Poder Legislativo a respeito da apenação mais severa daqueles que praticam determinados crimes, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes"**. Confira-se:



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ARTIGO 273, § 1º-B, DO CÓDIGO PENAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 5º, XLVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MATÉRIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. OPÇÃO POLÍTICO-LEGISLATIVA PARA APENAR DETERMINADOS DELITOS COM MAIOR SEVERIDADE. INCOMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO PARA INTERFERIR NAS ESCOLHAS FEITAS PELO PODER LEGISLATIVO. 1. A violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional torna inadmissível o recurso extraordinário. 2. O Poder Judiciário não detém competência para interferir nas opções feitas pelo Poder Legislativo a respeito da apenação mais severa daqueles que praticam determinados crimes, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes. 3. In casu, o acórdão extraordinariamente recorrido assentou: "PENAL. PROCESSO PENAL. ARTIGO 273, § 1º e § 1º-B, INCISOS V e VI DO CÓDIGO PENAL. TRANSNACIONALIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE AFASTADA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOLO DEMONSTRADO. RECONHECIDO CONCURSO FORMAL." 4. Agravo regimental DESPROVIDO.

(RE 829226 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 10/02/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 05-03-2015 PUBLIC 06-03-2015)

Voltando-se ao exame do crime de transporte de eleitores, convém destacar que o Tribunal Superior Eleitoral já se manifestou pela impossibilidade de aplicação da pena abaixo do mínimo legal previsto no tipo:

1. Recurso Especial. Crime eleitoral. **Art. 11, inciso III, c.c. art. 5º, da Lei nº 6.091/74. Transporte ilegal de eleitores.** Atenuante. Art. 65, I, do Código Penal. **Pena. Fixação. Aquém do mínimo legal. Impossibilidade.** Súmula 231 do STJ. Precedentes do STF. Agravo regimental a que se nega provimento. 2. Reexame. Matéria fático-probatória. Impossibilidade. Súmula 279 do STF. Agravos regimentais a que se nega provimento.

(AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 28474, Acórdão de 05/06/2008, Relator(a) Min. JOAQUIM BENEDITO BARBOSA GOMES, Publicação: DJ - Diário da Justiça, Data 03/09/2008, Página 11)

Do corpo do julgado extrai-se a seguinte passagem:



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL**

"[...] a imposição de pena aquém do mínimo equivale à aplicação de reprimenda não prevista [...]. Ademais, alerta "[...] que a tanto não pode chegar a discricionariedade do julgador [...]".

Muito embora naquele caso a afirmação tenha se dado em relação à dosimetria da pena (dentro dos parâmetros legalmente previstos) quando presente causa atenuante, as razões que justificaram o raciocínio podem ser transportadas – com mais razão ainda – para o caso presente.

É que ao judiciário não é dado atuar como legislador, afastando a incidência de uma pena legalmente cominada e aplicando outra prevista para hipótese diversa. Ou, como bem anotou a Dra. Gisele Anne Vieira de Azambuja no julgamento do Recurso Criminal nº 33-95.2014.6.21.0166¹, oportunidade em que a tese ora combatida restou vencida no âmbito do TRE-RS:

Os juízes são constantemente acusados de legisladores, penso que não podemos ir a tanto. Havendo uma norma a definir um crime e cominar uma pena, não há princípio constitucional que ampare uma mudança pelo juiz. E mais, já tivemos alterações nessa legislação em duas oportunidades e essa pena foi mantida.

Com efeito, o modo de proceder ora combatido viola, além do princípio da separação dos poderes, os princípios da reserva legal (estabelecido no art. 5º, XXXIX da CF/88, que determina que a pena será previamente fixada em lei) e o da pena determinada (previsto no art. 5º, XLVI, da CF/88, segundo o qual a lei regulará a individualização da pena).

Acrescente-se que, no caso dos autos, com a finalidade de aplicar pena diversa daquela legalmente cominada, o TRE-RS socorreu-se do disposto em outra norma, terminando por criar uma terceira norma, não prevista pelo legislador. O Supremo Tribunal Federal já rechaçou essa prática, consoante se observa nos julgados abaixo:

¹Recurso Criminal nº 3395, Acórdão de 15/06/2016, Relator(a) DRA. GISELE ANNE VIEIRA DE AZAMBUJA, Publicação: DEJERS - Diário de Justiça Eletrônico do TRE-RS, Tomo 108, Data 20/6/2016, Página 7



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL**

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTE. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 6.368/76. RETROATIVIDADE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. COMBINAÇÃO DE LEIS. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STF. PACIENTE QUE OSTENTA MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. ORDEM DENEGADA. 1. A paciente foi condenada à pena de 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, pela prática da conduta tipificada no art. 12, caput, c/c o art. 18, I, ambos da Lei 6.368/76. 2. Requer o impetrante a concessão da ordem de habeas corpus para a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06. 3. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento fixado no sentido de que não é possível a combinação de leis no tempo. Entende a Suprema Corte que agindo assim, estaria criando uma terceira lei (lex tertia). 4. **Com efeito, extrair alguns dispositivos, de forma isolada, de um diploma legal, e outro dispositivo de outro diploma legal, implica alterar por completo o seu espírito normativo, criando um conteúdo diverso do previamente estabelecido pelo legislador.** 5. No caso concreto, ainda que se entendesse pela aplicação da Lei nº 11.343/06, não se encontram presentes os requisitos do § 4º do art. 33 do referido diploma legal, visto que, de acordo com as informações de fls. 34/36, a paciente ostenta maus antecedentes, por ter cumprido pena de 1 (um) ano por fraude bancária na África do Sul. 6. Diante do exposto, denego a ordem. (HC 96430, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 09/12/2008, DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009 EMENT VOL-02347-05 PP-00891)

Ementa: **RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.** PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/1976. APLICAÇÃO RETROATIVA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. COMBINAÇÃO DE LEIS. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – É inadmissível a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 à pena relativa à condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/1976. Precedentes. II – **Não é possível a conjugação de partes mais benéficas das referidas normas, para criar-se uma terceira lei, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da separação de Poderes.** III – O juiz, contudo, deverá, no caso concreto, avaliar qual das mencionadas leis é mais favorável ao réu e aplicá-la em sua integralidade. IV - Recurso parcialmente provido. (RE 600817, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL**

Assim, *mutatis mutandis*, as razões que conduziram à sedimentação dos entendimentos firmados na Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça e no RE 600817 (com repercussão geral reconhecida), acima colacionado, devem também ser aplicadas ao presente caso, para o fim de impedir que seja aplicada ao transporte ilegal de eleitores a pena prevista no art. 284 do Código Eleitoral.

4 - DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR

Tendo em vista a decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/SP, confirmada recentemente em 11-11-2016 no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964246, que teve repercussão geral reconhecida², cujos argumentos demonstram o *fumus boni iuris* do pedido, o Ministério Público Eleitoral requer seja deferida medida cautelar, a fim de atribuir-se efeito suspensivo ativo ao presente recurso, a fim de que o acórdão recorrido não produza o efeito de impedir o imediato cumprimento da pena pelo réu ANDERSON VAZ PORCIÚNCULA.

O *periculum in mora* decorre, no caso, da premente necessidade de pacificação social dos conflitos, bem delineada pelo Ministro Luís Roberto Barroso no HC 126.292/SP:

A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados.

²A manifestação do relator pelo reconhecimento da repercussão geral foi seguida por unanimidade no Plenário Virtual. O mérito foi decidido diretamente no mesmo sistema, por tratar-se de reafirmação da jurisprudência consolidada no STF. O entendimento, nesse ponto, foi firmado por maioria, vencidos os ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello. A ministra Rosa Weber não se manifestou.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL**

5 – DO PEDIDO

Por todo o exposto, requer o Ministério Público Eleitoral o conhecimento deste recurso especial eleitoral e, no mérito, o seu provimento, a fim de que seja modificado o acórdão recorrido, para o fim de que a pena mínima aplicada ao recorrido seja aquela legalmente prevista no tipo penal pelo qual foi condenado, bem como **a imediata execução provisória da condenação.**

Porto Alegre, 1º de fevereiro de 2017.

**Marcelo Beckhausen
PROCURADOR REGIONAL ELEITORAL**