

## VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. A presente ação direta de inconstitucionalidade tem como objeto o § 3º do art. 326-A do Código Eleitoral (Lei n. 4.737/1965), acrescentado pela Lei n. 13.834/2019, pelo qual se instituiu o crime de divulgação de ato objeto de denúncia caluniosa eleitoral.

### Proposta de conversão do exame de cautelar em julgamento de mérito

2. A ação está instruída com as informações do órgão do qual proveniente a norma impugnada e com manifestação da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República, pelo que **proponho a conversão do exame do requerimento de medida cautelar em julgamento de mérito**, como vem sendo adotado por este Plenário, em respeito ao princípio constitucional da duração razoável do processo. Assim, por exemplo:

*“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL 8.939/2009 DO ESTADO DA PARAÍBA. FERIADO ESTADUAL AOS BANCÁRIOS E ECONOMIÁRIOS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. DESVIO DE FINALIDADE. INSTITUIÇÃO DE DESCANSO REMUNERADO A CATEGORIA ESPECÍFICA, SOB O PRETEXTO DE INSTITUIÇÃO DE FERIADO. OFENSA AO ART. 22, I, DA CF. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO DO TRABALHO. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL E FORMAL RECONHECIDA. 1. Proposta de conversão de referendo de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, considerando a não complexidade da questão de direito em discussão e a instrução dos autos, nos termos do art. 12 da Lei 9.868/1999. 2. Instituição de “feriado” somente a bancários e economiários, sem discrimen razoável, configura ofensa ao princípio constitucional da isonomia. Inconstitucionalidade material reconhecida. 3. Lei estadual que, a pretexto de instituir feriado, concede benefício de descanso remunerado à categoria dos bancários e economiários incorre em desvio de finalidade e viola a competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho. Inconstitucionalidade formal*

reconhecida. 4. Ação direta conhecida e julgada procedente” (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.566/PB, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, DJe 9.11.2018).

### Legitimidade ativa do autor

3. O Partido Social Liberal – PSL é constitucionalmente legitimado para o ajuizamento da presente ação direta de inconstitucionalidade (inc. VIII do art. 103 da Constituição da República).

Este Supremo Tribunal firmou jurisprudência no sentido de que partido político com representação no Congresso Nacional é legitimado universal para a propositura de ações do controle abstrato de constitucionalidade, dispensando-se análise e conclusão sobre o nexo de pertinência temática entre as finalidades estatutárias e o pedido (ADI n. 1.096/MC, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ 22.9.1995, e ADI n. 1.963, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ 7.5.1999).

Do § 3º do art. 326-A do Código Eleitoral, incluído pela Lei n. 13.834/2019

4. Questiona-se, na presente ação direta, a validade constitucional do § 3º do art. 326-A do Código Eleitoral, acrescentado pela Lei n. 13.834/2019, no qual definido o crime de divulgação de ato objeto de denúncia caluniosa eleitoral. Tem-se no dispositivo impugnado:

*Art. 326-A. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, de inquérito civil ou ação de improbidade administrativa, atribuindo a alguém a prática de crime ou ato infracional de que o sabe inocente, com finalidade eleitoral:*

*Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.*

*§ 1º A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve do anonimato ou de nome suposto.*

*§ 2º A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.*

*§ 3º - Incorrerá nas mesmas penas deste artigo quem, comprovadamente ciente da inocência do denunciado e com finalidade eleitoral, divulga ou propala, por qualquer meio ou forma, o ato ou fato que lhe foi falsamente atribuído”.*

O autor sustenta que, pelo tipo penal, teriam sido contrariados os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da liberdade de expressão.

5. A Lei n. 13.384/2016, pela qual acrescentado o art. 326-A ao Código Eleitoral, originou-se de projeto de iniciativa parlamentar com a seguinte justificativa:

*“É reiterada a proliferação de atos irresponsáveis aplicados com finalidade eleitoral, com o fim de violar ou manipular a vontade popular e de impedir a ocorrência de diplomação de pessoas legitimamente eleitas, pela vontade do povo.*

*O Código Eleitoral não prevê a figura autônoma de denúncia caluniosa. Assim, urge que se crie uma figura qualificada, de sorte a fazer valer a função motivadora das normas penais.*

*Pela atual redação, esta prática odiosa e reprovável fica sujeita a penas alternativas e, eventualmente, a sursis. Qualificando-se o crime e aumentando-se a pena mínima, tais práticas serão desestimuladas. Ademais, a qualificadora revela-se proporcional, justificada e fundamentada pelo desvalor de sua conduta”.*

Pelas informações do Senado, a proposta legislativa voltava-se ao art. 339 do Código Penal. Buscava-se instituir qualificadora de denúncia caluniosa com finalidade eleitoral.

Em maio de 2014, a Câmara dos Deputados aprovou substitutivo ao projeto de lei, prevendo-se o crime de denúncia caluniosa com finalidade eleitoral no Código Eleitoral (Lei n. 4.737/1965).

A Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados anotou que *“o projeto enriquece o processo eleitoral, por combater atitudes rasteiras e abomináveis, destinadas, nas palavras do autor, a ‘violar ou manipular a vontade popular e impedir a diplomação de pessoas legitimamente eleitas”*.

Aprovado no Senado sem alterações, o projeto foi encaminhado à Presidência da República e convertido na Lei n. 13.834/2019, com veto presidencial ao § 3º do art. 326-A do Código Eleitoral. Foram expostas como razões do veto:

*“A propositura legislativa ao acrescentar o art. 326-A, caput , ao Código Eleitoral, tipifica como crime a conduta de denúncia caluniosa com finalidade eleitoral. Ocorre que o crime previsto no § 3º do referido art. 326-A da propositura, de propalação ou divulgação do crime ou ato infracional objeto de denúncia caluniosa eleitoral, estabelece pena de reclusão, de dois a oito anos, e multa, em patamar muito superior à pena de conduta semelhante já tipificada no § 1º do art. 324 do Código Eleitoral, que é de propalar ou divulgar calúnia eleitoral, cuja pena prevista é de detenção, de seis meses a dois anos, e multa. Logo, o supracitado § 3º viola o princípio da proporcionalidade entre o tipo penal descrito e a pena cominada”.*

Tem-se nas informações do Senado que *“o aludido veto foi apreciado durante a Sessão Conjunta nº 014 – 28 de agosto de 2019, onde foi rejeitado por 381 de um total de 465 parlamentares, ou seja, cerca de 82% do total de Deputados e Senadores foram contrários ao veto, motivo suficiente para a manutenção da redação original”* .

**6** . Pelo princípio da reserva legal, as definições dos crimes e das respectivas sanções penais devem estar previstas em lei (inc. XXXIX do art. 5º da Constituição da República).

O dever de respeito aos direitos fundamentais, aí incluídos os políticos, e a proteção estatal a bens jurídicos dá-se por leis definidoras de tipos penais, tendo as sanções funções retributiva, dissuasória e ressocializadora.

Rogério Greco realça que *“a finalidade do Direito Penal é proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade (...). A pena, portanto, é simplesmente o instrumento de coerção de que se vale o Direito Penal para a proteção dos bens, valores e interesses mais significativos da sociedade”* ( *Curso de Direito Penal: parte geral*. vol. I. 20. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2018, p. 2).

O Direito busca conciliar os princípios constitucionais garantidores da liberdade e da dignidade humana com as normas assecuratórias da segurança individual e coletiva e a proteção eficiente a ser cumprida, quando for o caso, pelos instrumentos do direito penal.

O excesso ou a omissão dos poderes estatais são inconstitucionais. Douglas Fischer leciona sobre o dever de proteção estatal:

*“Se compreendidos sistemicamente e contextualizados à realidade vigente, há se ver que os pilares do garantismo não demandam a aplicação de suas premissas unicamente como forma de afastar os excessos injustificados do Estado à luz da Constituição (proteção do mais fraco). Quer-se dizer que não se deve invocar a aplicação exclusiva do que se tem chamado de ‘garantismo negativo’. Hodiernamente (e já assim admitia Ferrajoli embrionariamente, embora não nessas palavras), o garantismo penal não se esgota numa visão de coibir (apenas) excessos do Leviatã (numa visão hobesiana). Em percuciente análise do tema ora invocado, Gilmar Mendes já se manifestou de forma abstrata acerca dos direitos fundamentais e dos deveres de proteção, assentando que ‘os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção [...], expressando também um postulado de proteção [...]. Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de omissão (Untermassverbot) . Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: [...] (b) Dever de segurança [...], que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas; [...] Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não-observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental. [...]’. É o que se tem denominado – esse dever de proteção – de garantismo positivo” (FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais . Revista de Doutrina da Quarta Região. Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas\\_fischer.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html)> Acesso em 19.2.2019).*

Marcellus Polastri anota que *“devemos nos precaver, entretanto, de incursões demasiadamente minimalistas em relação à doutrina do garantismo, pois este deve ter duas faces, não só prestigiando as garantias individuais, mas, também, as garantias fundamentais da coletividade, mormente levando-se em consideração que, como já visto, as garantias fundamentais modernamente devem ser vistas não só como garantias*

*individuais, mas também sociais” ( A Tutela Cautelar no Processo Penal. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 19).*

O dever de legislar sobre infrações penais e as respectivas penas é constitucionalmente exercido quando submetido ao princípio da proporcionalidade, sob pena de se vulnerar o devido processo legal substancial: *“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”* (inc. LIV do art. 5º) .

O princípio da proporcionalidade delimita, portanto, a legitimidade constitucional da produção legislativa, proibindo restrições excessivas a direitos fundamentais e conferindo ao Estado instrumentos para o resguardo de bens jurídicos.

7. No inc. LVI do art. 5º da Constituição republicana se estabelece que *“a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a ) privação ou restrição da liberdade; b ) perda de bens; c ) multa; d ) prestação social alternativa; e ) suspensão ou interdição de direitos”*.

Pelo princípio da individualização da pena, decorrente do fundamento democrático da dignidade da pessoa humana, impõe-se que as penas previstas abstratamente em lei correspondam ao nível de gravidade de cada infração.

No voto condutor do julgamento do Recurso Extraordinário com repercussão geral n. 979.962/RS, o Ministro Roberto Barroso assentou que, *“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 no momento da elaboração da lei, quando são escolhidos os fatos puníveis, as penas aplicáveis, seus limites e critérios de fixação; na elaboração da sentença, com a fixação da pena individual para cada réu, de acordo com sua culpabilidade (individualização judicial); e a fixação de regimes e benefícios legais, durante o cumprimento da pena (individualização executória)”* (DJe 14.6.2021) .

Este Supremo Tribunal tem afirmado que *“a Constituição Federal estabelece uma escala de sanções aplicáveis aos crimes (CF, art. 5º, inciso XLVI) de acordo com a gravidade deles, bem como prevê a*

*individualização da pena como fato determinante para a retribuição estatal correta e suficiente pela violação perpetrada pelo infrator da norma, inclusive no que se refere ao regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade (CP, art. 59, inciso III)” (Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 192.509/SC, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 7.1.2021).*

8. Este Supremo Tribunal julga ilegítima a possibilidade de se reexaminarem os parâmetros de fixação de pena estabelecidos em lei pelo Poder Legislativo, ressalva feita a situações nas quais estampada a falta de proporção entre o ato tipificado como crime, o bem jurídico tutelado e a pena legislativamente imposta à conduta. Há inegável necessidade de autocontenção judicial em respeito ao princípio da separação de poderes e da reserva legal.

No Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.305.785-AgR, o Ministro Edson Fachin ressaltou *“não cabe(r) ao Poder Judiciário, com base nos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, interferir na atividade legiferante, constitucionalmente atribuída ao Poder Legislativo, notadamente no que se refere ao quantum da sanção penal prevista no preceito secundário dos delitos, tendo em vista tratar-se de matéria de política criminal. Tal proceder, por parte do Estado-Juiz, incorreria em nítida violação ao princípio da separação dos poderes”* (DJe 10.6.2021) .

Em voto proferido no Recurso Extraordinário n. 1.133.451 ED-AgR, o Ministro Luiz Fux enfatizou que *“o Poder Judiciário não detém competência para interferir nas opções feitas pelo Poder Legislativo a respeito da apenação mais severa daqueles que praticam condutas elencadas em norma penal incriminadora”* (DJe 6.9.2018).

Confiram-se também, como exemplos, os seguintes julgados:

*“DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. ART. 5º, XLV, XLVI, XLVII E LIV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PENA DE MULTA. ALEGAÇÃO DE FALTA DE PROPORCIONALIDADE. CONTROVÉRSIA DE ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO VIABILIZA O RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/1973. 1. O exame da alegada ofensa ao art. 5º, caput, XLV, XLVI,*

XLVII e LIV, da Constituição Federal, observada a estreita moldura com que devolvida a matéria à apreciação desta Suprema Corte, dependeria de prévia análise da legislação infraconstitucional aplicada à espécie, o que refoge à competência jurisdicional extraordinária prevista no art. 102 da Magna Carta. 2. Não compete ao Poder Judiciário, com base nos princípios da isonomia e proporcionalidade, substituir-se ao Poder Legislativo na escolha das penas adequadas a diferentes condutas ilícitas. Precedentes. 3. As razões do agravo não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere à ausência de ofensa a preceito da Constituição da República. 4. Agravo interno conhecido e não provido” (RE n. 1.106.450-AgR, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe 11.12.2018).

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E CONCURSO DE AGENTES. FIGURA PENAL PUNIDA COM SANÇÃO AUTÔNOMA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA MAJORANTE DO CRIME DE ROUBO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. I - A destruição ou avaria de automóvel para a subtração de objeto que se encontra em seu interior faz incidir a qualificadora prevista no inciso I do § 4º do art. 155 do Código Penal. II - O rompimento de obstáculo para alcançar a res furtiva leva a uma maior reprovabilidade da conduta. III - Concurso de agentes igualmente caracterizado na espécie. IV - A regra do art. 155, § 4º, IV, do CP não pode ser substituída pela disposição constante do art. 157, § 2º, do mesmo Codex, sob a alegação de ofensa ao princípio da proporcionalidade. V - Não é possível aplicar-se a majorante do crime de roubo ao furto qualificado, pois as qualificadoras relativas ao furto - que possuem natureza jurídica de elementar do tipo - não se confundem com as causas de aumento de pena na hipótese de roubo. VI - É defeso ao julgador aplicar, por analogia, sanção sem previsão legal, ainda que para beneficiar o réu, ao argumento de que o legislador deveria ter disciplinado a situação de outra forma. VII - Ordem denegada” (HC n. 95.531, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 7.11.2008).

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO CRIMINAL. ANÁLISE SOBRE O FURTO E O ROUBO. CONCURSO DE PESSOAS. PROPORCIONALIDADE ENTRE AS RESPECTIVAS PENAS. Sob o pretexto de ofensa ao artigo 5º, caput, da Constituição Federal (princípios da igualdade e da proporcionalidade), não pode o Judiciário exercer juízo de valor sobre o quantum da sanção penal estipulada no preceito secundário, sob pena de usurpação da atividade legiferante e, por via de consequência, incorrer em violação

*ao princípio da separação dos poderes. Ao Poder Legislativo cabe a adoção de política criminal, em que se estabelece a quantidade de pena em abstrato que recairá sobre o transgressor de norma penal. Recurso Extraordinário conhecido e desprovido” (RE n. 358.315, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ 19.9.2003)*

9. Há precedentes deste Supremo Tribunal nos quais se examinou a constitucionalidade de preceitos secundários de tipos penais, tendo-se por parâmetro o princípio da proporcionalidade.

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 443.388, Relatora a Ministra Ellen Gracie (DJe 11.9.2009), a Segunda Turma reconheceu a validade constitucional da pena abstratamente cominada para a receptação qualificada (§ 1º do art. 180 do Código Penal), rejeitando a alegação de afronta aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena. Tem-se no voto da Relatora:

*“A alegação de inconstitucionalidade do preceito secundário da norma contida no § 1º, do art. 180, do Código Penal, não merece acolhida, tratando-se de aparente contradição que é resolvida pelos critérios e métodos de interpretação jurídica.*

*Há acirrada controvérsia doutrinária a respeito de tal questão, sendo que, além dos autores referidos no corpo do voto do relator da apelação, no direito brasileiro podem ser apontados os seguidores de cada uma das duas teses a respeito do preceito secundário do § 1º, do art. 180, do Código Penal: a) sua inconstitucionalidade: Alberto Silva Franco (Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. 7ª ed. São Paulo: RT, p. 2.966/2.970) e Celso Delmanto (Código Penal comentado. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 431/432); b) sua constitucionalidade: Luiz Regis Prado (Curso de direito penal brasileiro. v. 2. São Paulo: RT, 2000, p. 65) e David Teixeira de Azevedo (O crime de receptação e formas de execução dolosa: direta e eventual. Revista dos Tribunais, v. 762, p. 479 e s.).*

*A Lei nº 9.426, de 24.12.96, alterou a redação do art. 180, do Código Penal e, na parte que interessa ao presente julgamento, criou a figura típica de receptação qualificada no § 1º, do referido art. 180, nestes termos: (...)*

*Não há dúvida acerca do objetivo da criação da figura típica da receptação qualificada que, inclusive, é crime próprio relacionado à pessoa do comerciante ou do industrial. A ideia é exatamente a de apenar mais severamente aquele que, em razão do exercício de sua atividade comercial ou industrial, pratica alguma das condutas descritas no referido § 1º, valendo-se de sua maior facilidade para*

*tanto devido à infraestrutura comercial de que dispõe. O exemplo mais claro é o das oficinas de reparo de veículos, em que alguns poucos comerciantes já foram flagrados na prática espúria dos denominados 'desmanches'. (...)*

*O ponto nodal da questão trazida a esta Corte consiste na questão do elemento subjetivo do tipo penal previsto no § 1º, do art. 180, do Código Penal, pois o recorrente sustenta que somente pode ali ser considerado o dolo eventual devido ao emprego da expressão 'deva saber', o que exclui a possibilidade de aplicação do referido dispositivo às hipóteses em que o agente 'sabe' (dolo direto).*

*Na realidade, com o emprego dos critérios teleológico e sistemático na interpretação do dispositivo ora analisado, observo que a lei expressamente pretendeu também punir o agente que, ao praticar qualquer uma das ações típicas contempladas no § 1º, do art. 180, agiu com dolo eventual, mas tal medida não exclui, por óbvio, as hipóteses em que o agente agiu com dolo direto (e não apenas eventual). Trata-se de crime de receptação qualificada pela condição do agente que, por sua atividade profissional, deve ser mais severamente punido com base na maior reprovabilidade de sua conduta.*

*Não entendo haver proibição de, com base nos critérios e métodos interpretativos, ser alcançada a conclusão acerca da presença do elemento subjetivo representado pelo dolo direto no tipo do § 1º, do art. 180, do Código Penal, não havendo violação ao princípio da reserva absoluta de lei com a conclusão acima referida.*

*Desse modo, com a adoção deste raciocínio, não há que se cogitar de eventual violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena, tal como sustentou o recorrente, eis que o dolo direto também está contemplado na regra do § 1º, do art. 180, do Código Penal”.*

Ao negar provimento ao Recurso Extraordinário n. 979.962, este Supremo Tribunal declarou inconstitucional a pena do crime previsto no § 1º-B do art. 273 do Código Penal, proclamando a seguinte tese de repercussão geral: *“É inconstitucional a aplicação do preceito secundário do art. 273 do Código Penal à hipótese prevista no seu § 1º-B, I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária. Para esta situação específica, fica ripristinado o preceito secundário do art. 273, na sua redação originária”* (DJe 14.6.2021) . Tem-se na ementa do julgado:

*“Direito constitucional e penal. Recurso extraordinário. Importação de medicamentos sem registro sanitário (CP, art. 273, 273, § 1º-B, I, do Código Penal). Inconstitucionalidade da pena*

abstratamente prevista. 1. O art. 273, § 1º-B, do CP, incluído após o ‘escândalo das pílulas de farinha’ prevê pena de dez a quinze anos de reclusão para quem importar medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária competente. 2. Como decorrência da vedação de penas cruéis e dos princípios da dignidade humana, da igualdade, da individualização da pena e da proporcionalidade, a severidade da sanção deve ser proporcional à gravidade do delito. 3. O estabelecimento dos marcos penais adequados a cada delito é tarefa que envolve complexas análises técnicas e político-criminais que, como regra, competem ao Poder Legislativo. Porém, em casos de gritante desproporcionalidade, e somente nestes casos, justifica-se a intervenção do Poder Judiciário, para garantir uma sistematicidade mínima do direito penal, de modo que não existam (i) penas exageradamente graves para infrações menos relevantes, quando comparadas com outras claramente mais reprováveis, ou (ii) a previsão da aplicação da mesma pena para infrações com graus de lesividade evidentemente diversos. 4. A desproporcionalidade da pena prevista para o delito do art. 273, § 1º-B, do CP, salta aos olhos. A norma pune o comércio de medicamentos sem registro administrativo do mesmo modo que a falsificação desses remédios (CP, art. 273, caput), e mais severamente do que o tráfico de drogas (Lei nº 11.343/2006, art. 33), o estupro de vulnerável (CP, art. 217-A), a extorsão mediante sequestro (CP, art. 159) e a tortura seguida de morte (Lei nº 9.455/1997, art. 1º, § 3º). 5. Mesmo a punição do delito previsto no art. 273, § 1º-B, do CP com as penas cominadas para o tráfico de drogas, conforme propugnado por alguns Tribunais e juízes, mostra-se inadequada, porque a equiparação mantém, embora em menor intensidade, a desproporcionalidade. 6. Para a punição da conduta do art. 273, § 1º-B, do CP, sequer seria necessária, a meu ver, a aplicação analógica de qualquer norma, já que, com o reconhecimento da sua inconstitucionalidade, haveria incidência imediata do tipo penal do contrabando às situações por ele abrangidas. 7. A maioria do Plenário, contudo, entendeu que, como decorrência automática da declaração de inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, I, deve incidir o efeito repristinatório sobre o preceito secundário do art. 273, caput, na redação original do Código Penal, que previa pena de 1 a 3 anos de reclusão. 8. Recurso do Ministério Público Federal desprovido. Recurso de Paulo Roberto Pereira parcialmente provido”.

10. Na espécie, não se comprova contrariedade aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena previstas no § 3º do art. 326-A do Código Eleitoral, acrescentado pela Lei n. 13.834/2019.

No *caput* do art. 326-A é definido o crime de denúncia caluniosa eleitoral:

*“Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, de inquérito civil ou ação de improbidade administrativa, atribuindo a alguém a prática de crime ou ato infracional de que o sabe inocente, com finalidade eleitoral”* .

A pena prevista, de dois a oito anos de reclusão e multa, é aumentada de um sexto se o agente se servir do anonimato ou de nome suposto (§ 1º) ou é reduzida em metade se a falsa imputação for de contravenção penal (§ 2º).

No § 3º do art. 326-A, objeto da presente ação, é tipificada penalmente a divulgação de ato objeto de denúncia caluniosa eleitoral:

*“incorrerá nas mesmas penas deste artigo quem, comprovadamente ciente da inocência do denunciado e com finalidade eleitoral, divulga ou propala, por qualquer meio ou forma, o ato ou fato que lhe foi falsamente atribuído”*.

Pelas duas normas penais incriminadoras apontadas são protegidos bens jurídicos de domínio constitucional: a moralidade no processo eleitoral e a hígidez do sistema representativo democrático.

Pelo parágrafo único do art. 1º da Constituição da República, *“todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”* .

A possibilidade de escolha de representantes por eleições deve-se operar de maneira livre e desembaraçada de artifícios que maculem a compreensão do cidadão e afetem a sua liberdade e sua responsabilidade no desempenho do direito/dever do voto a partir da análise do perfil dos candidatos.

Falsas acusações, principalmente quando se valem da máquina estatal com o objetivo de deteriorar candidaturas, devem ser punidas pela lei penal, segundo entendimento do legislador brasileiro. Causam elas no

eleitor equivocada análise da condição pessoal e política do candidato, afetando a sua impressão sobre a sua conduta, sua probidade e seu preparo.

Aquele que dá causa a investigação ou a processo, atribuindo, com finalidade eleitoral, a alguém a prática de crime ou ato infracional de que o sabe inocente, como também aquele que divulga falsa acusação, sabendo da inocência do acusado, prejudicam, a um só tempo, o eleitor, o candidato, a Administração Pública e o regime democrático.

Diferente do alegado pelo autor desta ação, a pena cominada ao delito do § 3º do art. 326-A do Código Eleitoral não se comprova desproporcional aos bens jurídicos tutelados em face das consequências da conduta. Em seu patamar mínimo, a reclusão é de dois anos. Não há como equiparar a reprovabilidade do delito em questão com as infrações contra a honra previstas no Código Penal ou no Código Eleitoral. O objeto jurídico tutelado pelo § 3º do art. 326-A não se refere apenas à honra subjetiva ou objetiva do acusado, abrangendo principalmente a legitimidade do processo eleitoral.

De se relevar a acentuada culpabilidade daquele que, com intuito de influenciar as eleições e ciente da inocência do acusado, dissemina a falsa imputação, valendo-se da aparência de credibilidade decorrente da instauração de investigação ou processo.

No parecer, a Procuradoria-Geral da República acentuou que, *“ainda que o agente do crime tipificado no § 3º do art. 326-A do Código Eleitoral não tenha dado causa à fraudulenta instauração do processo judicial ou da investigação policial, vale-se da maior aparência de veracidade do fato calunioso, o potencial para enganar eleitores e causar distorção nas eleições é bem maior. Afinal de contas, as redes sociais dos eleitores seriam inundadas não apenas com notícias falsas contra um candidato, mas com links por meio dos quais se possam ‘constatar’ a existência de um inquérito policial, de uma ação penal, de uma ação de improbidade administrativa”*.

Considerados, portanto, a gravidade e o desvalor da conduta prevista no § 3º do art. 326-A do Código Eleitoral, a sanção abstratamente estabelecida não se mostra em conflito com os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

**11.** Anote-se, ainda, que o direito fundamental à liberdade de manifestação de pensamento e às demais liberdades públicas não é absoluto e não constitui permissão para a prática de ilícitos, como o que se considera na norma questionada na presente ação.

Este Supremo Tribunal assentou que, *“de acordo com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal, a liberdade de expressão não é um direito absoluto e, em casos de grave abuso, faz-se legítima a utilização do direito penal para a proteção de outros interesses e direitos relevantes”* (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 496, Relator o Ministro Roberto Barroso, DJe 24.9.2020).

Não se deve confundir o livre trânsito de ideias, críticas e opiniões com atitude que falseia a verdade, compromete os princípios democráticos, acolhe discurso de ódio e de impostura, vicia a liberdade de informação e de escolha a ser feita pelo eleitor.

**12.** Pelo exposto, **voto no sentido de julgar improcedente o pedido.**

Plenário Virtual - minuta de voto - BR/2021-00:00