

**TRANSPORTE IRREGULAR DE ELEITORES: O ART. 11, III, DA LEI Nº 6.091/1974 À
LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988**

ILLEGAL TRANSPORTATION OF VOTERS: A READING OF ART. 11, III, LAW Nº
6.091/1974 UNDER THE CONSTITUTION OF THE FEDERATIVE REPUBLIC OF BRAZIL

Alfredo Massi¹

Polianna Pereira dos Santos²

RESUMO

O presente estudo apresenta uma breve análise dogmática – doutrinária e jurisprudencial – sobre o crime de transporte irregular de eleitores contido no art. 11, III, da Lei nº. 6.091, de 1974, sob o prisma dos princípios constitucionais penais. Realizou-se um breve estudo sobre a interdisciplinaridade entre o Direito Penal e o Direito Constitucional, revisando conceitos elementares desta última disciplina, como a supremacia formal da Constituição e o instituto da recepção. Considerando-se que o art. 11, III, da Lei nº. 6.091, de 1974 antecede a Constituição da República de 1988, analisou-se sua adequação material à nova ordem constitucional. Ponderou-se o fato de a norma visar à proteção da lisura e da legitimidade do pleito e, via de consequência, da democracia representativa. Deste modo, considerando-se os princípios da legalidade (estricta) e individualização das penas – neste último caso, individualização em sua fase legislativa –, constatou-se, em tese, a não adequação material da indigitada norma à Constituição da República, sugerindo-se a possibilidade de sua revogação parcial ou, pela via jurisdicional, a declaração de sua não recepção, pela via difusa ou concentrada de controle de constitucionalidade – ADPF.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição da República; Recepção; Legalidade; Individualização; Democracia; Transporte de eleitores; Pena.

ABSTRACT

This study presents a brief dogmatic analysis - doctrinal and case-law – about the crime of illegal transportation of voters contained in art. 11, III, of Law nº. 6,091, 1974, under the prism of constitutional principles. It has been realized a brief study about the interdisciplinarity between the Criminal Law and the Constitutional Law, reviewing elementary concepts of the latter, as the formal supremacy of the Constitution e and reception institute. Considering that the art. 11, III,

¹ Especialista (Pós-Graduação *lato sensu*) em Direito do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Atuou como Defensor Público do Estado de Minas Gerais, de fevereiro a agosto de 2013. Atualmente, ocupa o cargo de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. E-mail: alfredomassi@hotmail.com. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/6479465185416462>.

² Mestranda em Direitos Políticos pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista (Pós-Graduação *lato sensu*) em Ciências Penais pelo Instituto de Educação Continuada na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC PUC MINAS). Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Assessora da Procuradoria Regional Eleitoral em Minas Gerais (PREMG). Professora de Direito Eleitoral na Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete – FDCL. E-mail: poliannasantos@gmail.com. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/4179420034009072>

of Law n°. 6,091, 1974 precedes the Republic Constitution of 1988, it has been analyzed its material adequacy to the new constitutional order. It has been pondered the fact that the norm aim to the protection of the fairness and the legitimacy of the election, and way of consequence, of representative democracy. Thus, considering the principles of legality (strict) and individualization of penalty – in the latter case, individualization in its legislative phase –, it has been found, in theory, the norm's non-adequacy to the Republic Constitution, suggesting the possibility of its partial withdrawal or, by the jurisdictional way, the declaration of its non-receipt by the diffuse or concentrated constitutional control – ADPF.

KEYWORDS: Republic Constitution. Reception. Legality. Individualization. Democracy. Voters Transport. Penalty.

1. INTRODUÇÃO

O poder de punir é monopólio estatal, mas não é, por certo, ilimitado. Os princípios constitucionais penais representam formas de restrição que não podem ser ignorados. Quando o Estado, no exercício do *ius puniendi*, prevê os tipos penais e as sanções a eles cominadas, deve observar os princípios da intervenção mínima, da exclusiva proteção de bens jurídicos, da legalidade estrita, da ofensividade, da culpabilidade, da responsabilidade subjetiva, da individualização das penas, da proporcionalidade, entre outros.

O Direito Penal garantista – que melhor se amolda ao paradigma do Estado Democrático de Direito preconizado pela Constituição da República de 1988 – não é compatível com o abuso do poder punitivo estatal. Ainda que a tipificação de determinada conduta tenha por fim a tutela, em última análise, da democracia, a violação aos princípios constitucionais penais não deve ser tolerada.

Diversas condutas no âmbito do direito eleitoral são penalmente protegidas com a finalidade de salvaguardar bens jurídicos relevantes, dentre os quais podem ser apontadas a lisura e a legitimidade do pleito. Nesses casos, devem ser igualmente respeitados os princípios limitadores do poder punitivo estatal. Do mesmo modo que o princípio da intervenção mínima (atuação do direito penal somente nos casos em que os outros ramos do direito se mostram ineficazes) é limitador do poder punitivo estatal, os demais princípios também o são. É dizer: não basta que a conduta narrada seja grave e demande a tutela penal. Há que se observar ainda, a título de exemplo, a proporcionalidade da pena prevista.

O art. 11, III, da Lei n°. 6.091, de 1974 dispõe sobre o crime de transporte irregular de eleitores. Aqueles que promoverem o transporte de eleitores na data do pleito sem a devida autorização e com a finalidade de obter vantagem eleitoral com esse transporte podem ser

sancionados com pena de quatro a seis anos de reclusão e pagamento de 200 (duzentos) a 300 (trezentos) dias-multa.

Essa conduta não é incomum no Brasil, consideradas as dimensões continentais. Pequenos benefícios, como o transporte para o cumprimento de um dever imposto por lei podem ser o bastante para desvirtuar o voto do eleitor beneficiado, afetando a lisura e a legitimidade do pleito e, por via de consequência, a democracia representativa.

No presente estudo, será analisado o crime de transporte de eleitores sob o prisma do princípio da legalidade e da individualização da pena. Não se pretende refutar a relevância da proteção da lisura e da legitimidade do pleito. A utilização de subterfúgios para viciar a vontade do eleitor expressa nas urnas – por meio da oferta de transporte para eleitores, por exemplo – deve ser, por certo, combatida. Há que se observar, todavia, se a forma de criminalização da conduta ou de cominação das sanções previstas está em conformidade aos princípios penais estatuídos pela Constituição da República de 1988. Importa, por certo, proceder à análise da recepção do crime de transporte irregular de eleitores, disciplinado pela Lei nº. 6.091, de 1974.

Para tanto, a pesquisa realizada neste trabalho lançou mão do método dedutivo, por meio do qual se efetuou uma breve revisão da literatura pertinente ao tema, com o objetivo de assentar sistematicamente as premissas teóricas que alicerçaram a conclusão do presente estudo.

Nessa linha de raciocínio, o levantamento bibliográfico foi essencial para que o objeto de investigação deste trabalho partisse dos princípios sustentadores da Ordem Jurídica, para, a partir daí, levar-se a efeito a análise dogmático-constitucional do art. 11, III, da Lei nº. 6.091, de 1974.

É o que será executado doravante.

2. RELAÇÃO DO DIREITO PENAL COM O DIREITO CONSTITUCIONAL

2.1 – SUPREMACIA FORMAL DA CONSTITUIÇÃO

O ordenamento jurídico, conquanto sua complexidade, há de ser visto como um todo unitário. A construção do ordenamento jurídico é realizada de modo escalonado, visto que, conforme afirma BOBBIO (1999, p. 49), as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano:

Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental. Cada ordenamento tem uma norma fundamental. É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado “ordenamento”.

A Constituição estabelece as diretrizes políticas e jurídicas de uma nação. Dessa forma, ZAFFARONI (2003, p. 319) salientam ter o Direito Penal com o Direito Constitucional uma vinculação formal através da supremacia constitucional, o que significa que aquele há de se submeter ao quadro deste. Desde modo, a análise do disposto no art. 11, III, da Lei nº. 6.091/1974, que contém matéria atinente ao Direito Eleitoral e ao Direito Penal, deve ser realizada em estrita observância ao saber que o Direito Constitucional informar.

A vinculação do Direito Eleitoral e do Direito Penal com o Direito Constitucional alcança ainda maior relevância no contexto do Neoconstitucionalismo³, em que a Constituição alcança o status de centro do ordenamento jurídico, tratando-se de norma com intensa carga valorativa, cujos preceitos devem alcançar a máxima efetividade.

Nas lições de BARCELLOS (2014, p. 02).

Do ponto de vista metodológico-formal, o constitucionalismo atual opera sobre três premissas fundamentais, das quais depende em boa parte a compreensão dos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos. São elas: (i) a normatividade da Constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade; (ii) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica (cuida-se aqui de Constituições rígidas, portanto); (iii) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição. Essas três características são herdeiros do processo histórico que levou a Constituição de documento essencialmente político, e dotado de baixíssima imperatividade, à norma jurídica suprema, com todos os corolários técnicos que essa expressão carrega

³Sobre o tema Neoconstitucionalismo sugerimos a leitura de Cademartori, Luiz Henrique Urquhart, and Francisco Carlos Duarte. "O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO NA VERSÃO NEOCONSTITUCIONALISTA E OS ASPECTOS CRÍTICOS DA RELAÇÃO DIREITO E MORAL SEGUNDO A TEORIA DOS SISTEMAS." *Novos Estudos Jurídicos* 17.2 (2012): 206-220.

Como se pode depreender, qualquer trabalho científico de matéria jurídica há de passar pela filtragem constitucional, de sorte a submeter a compreensão e a interpretação da legislação infraconstitucional penal ao estatuto jurídico fundamental pátrio.

Faz-se, portanto, inegável que a análise de todos os ramos do direito sob a óptica da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais apresenta inefável relevância, e em especial quando trata-se de questões de Direito Penal por tratar dos limites da atuação punitiva estatal sobre a esfera privada do indivíduo, notadamente a liberdade deste.

2.2 – ADEQUAÇÃO MATERIAL DAS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS À NORMA FUNDAMENTAL – O INSTITUTO DA RECEPÇÃO

A interpretação constitucional parte do pressuposto de que a Constituição é juridicamente superior às demais normas componentes do ordenamento jurídico, no que se convencionou denominar de princípio da supremacia da Norma Fundamental.

Vale dizer, por força do referido postulado, nenhuma manifestação jurídica pode existir, do ponto de vista da validade, se não estiver em conformidade à Lei Maior.

Segundo BARROSO (2010, p. 168).

Saindo do plano da teoria geral e das considerações metajurídicas, a supremacia constitucional, em nível dogmático e positivo, traduz-se em uma superlegalidade formal e material. A superlegalidade formal identifica a Constituição como a fonte primária da produção normativa, ditando competências e procedimentos para a elaboração dos atos normativos inferiores. E a superlegalidade material subordina o conteúdo de toda a atividade normativa estatal à conformidade com os princípios e regras da Constituição.

De sorte que, caso uma norma venha a ser editada posteriormente à Constituição, e com ela não se compatibilizar do ponto de vista formal e/ou material, a consequência será a declaração de sua nulidade por meio do chamado "controle de constitucionalidade", instituto inspirado no *judicial review* estadunidense.

Por outro lado, se houver norma infraconstitucional elaborada anteriormente à edição de uma nova Constituição, e com ela for materialmente incompatível, a consequência será a sua não-recepção (ou revogação, como preferem alguns autores), lançando-se mão da técnica de controle

difuso ou concentrado, no último caso por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nos termos do art. 1º, I, da Lei nº 9.882/99.

Quando uma nova ordem constitucional é instaurada, inicia-se um novo ordenamento jurídico. Supera-se o conjunto de normas pretéritas existentes no Estado para dar lugar à nova ordem. A princípio isso poderia significar uma situação de anomia, uma vez que a ampla regulamentação jurídica necessária, neste caso, seria inviável.

Neste caso cumpre observar o princípio geral da continuidade das leis, que apesar de não expresso na Constituição da República de 1988, dispõe do relevo de princípio geral do direito constitucional brasileiro. Este princípio está diretamente relacionado ao princípio da segurança jurídica e à manutenção de direitos e de situações constituídas na vigência da legislação anterior.

Deste modo, tem-se que as normas que se amoldam materialmente à nova ordem constitucional são por ela recepcionadas. Essa recepção, frise-se, tem sentido amplo. Significa dizer que as normas anteriores à nova constituição passam a ter novo fundamento de validade, e devem ser interpretadas em conformidade com a nova ordem constitucional. Não se trata, portanto, de mero recebimento das normas, mas de verdadeira recriação de seu sentido.

Cumpre salientar que a inadequação formal das normas infraconstitucionais preexistentes não impede sua recepção pela nova ordem. Isto porque estas normas podem ser recepcionadas com “status” diverso daquele sob o qual foram promulgadas. Para fins de análise da recepção das normas preexistentes, importa, portanto, considerar sua adequação material à nova ordem constitucional.

Os doutrinadores divergem quanto a essa filtragem das normas preexistentes pela nova constituição. São levantadas algumas teses principais, segundo as quais é possível citar: (a) a nova Constituição revoga as leis anteriores que não sejam com ela compatíveis; (b) não há que se falar em revogação, mas em declaração de inconstitucionalidade.

Considerando-se o objeto deste breve estudo, não se tecerá minúcias sobre o tema em questão. A análise partirá, portanto, do que é o entendimento de grande parte da doutrina nacional e questão já pacificada no Supremo Tribunal Federal: trata-se de hipótese de revogação das normas não recepcionadas pela nova ordem constitucional.

Este entendimento tem como efeito prático a impossibilidade de realização de controle abstrato de constitucionalidade de normas antecedentes à Constituição da República de 1988.

Não são cabíveis, portanto, ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade tendo como objeto lei que antecede à Constituição da República de 1988.

Não se afasta, todavia, a possibilidade da análise da recepção da norma pré-constitucional pelo Supremo Tribunal Federal em Ação de descumprimento de preceito fundamental. Deste modo, além da análise da recepção das normas antecedentes pela nova ordem constitucional de modo difuso, pelos juízes e tribunais, é possível análise da questão de forma concentrada, pelo Supremo Tribunal Federal.

Como visto, considerando que o art. 11, III, da Lei nº. 6.091, de 1974 é anterior à Constituição da República de 1988, a análise de seu conteúdo será realizada com o fito de investigar sua (não) recepção pela Lei Fundamental, isto é, sua adequação material a esta.

2.3. PRINCÍPIOS PENAIIS CONTIDOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

Conforme salientado acima, o Direito Constitucional e o Direito Penal, presentemente, possuem íntima vinculação, havendo umnexo hierárquico e de interdependência entre as duas disciplinas, eis que uma não pode ignorar a existência da outra.

A propósito, a Constituição da República de 1988, ao instituir um Estado Democrático de Direito, prescreveu a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos. Na mesma linha, estatuiu um extenso rol de direitos fundamentais, estes que consistem na expressão jurídica – portanto, positivada no estatuto jurídico fundamental – de valores consensualmente considerados essenciais para a construção de uma sociedade efetivamente livre, justa e solidária.

Inseridos no rol de direitos fundamentais contemplados na Lei Maior, estão vários princípios jurídico-penais, os quais oferecem sustentáculo ao Direito Penal, conferindo-lhe organicidade e condicionando sua compreensão e aplicação.

De todo modo, antes mesmo de se apontarem os princípios penais previstos na Constituição da República (e pertinentes ao presente estudo), é importante traçar uma breve digressão a respeito do que, presentemente, representam os princípios na ciência do Direito.

Os princípios desempenham, essencialmente, três importantes papéis no Direito.

O primeiro é o de informar a atuação legislativa quando da elaboração, discussão e aprovação das normas que integrarão o ordenamento jurídico vigente (discurso de justificação).

O segundo papel, denominado de procedimento de auto-integração, é a possibilidade de os princípios serem aplicados quando o intérprete deparar com a situação de lacuna no ordenamento, oportunidade em que se poderá valer da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, conforme artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Por fim, os princípios assumem papel de autênticas normas, a serem aplicadas diretamente sobre a situação a que visam tutelar (discurso de aplicação).

Mas o que seriam princípios?

Tradicionalmente, os princípios eram concebidos, na visão juspositivista do direito, como normas generalíssimas do sistema, conforme, entre outros autores, ensinamentos de BOBBIO (1999, p. 158):

Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras.

Contudo, em artigo específico sobre o tema, GALUPPO (2000, p. 191-209) analisa as teorias de princípios elaboradas pela Filosofia do Direito. Primeiramente, critica a ideia de Bobbio de princípios como normas generalíssimas do sistema, visto que o fato de o ordenamento jurídico ser dinâmico impossibilita deduzir de conteúdos mais gerais outros conteúdos normativos. Outra crítica é que a generalidade não poderia ser um critério adequado para a distinção entre regra e princípios, pois estes não se formam a partir de um processo de generalização. Por fim, o conceito de Bobbio seria incompatível quando contrapostos dois princípios que apresentariam, em um mesmo caso concreto, soluções diversas. No mesmo artigo, o autor menciona a teoria defendida por Alexy de princípios como normas jurídicas a serem realizadas na maior medida possível, isto é, princípios como mandados de otimização. Também na resolução de conflitos entre dois princípios, a teoria da Alexy não prevaleceria, porquanto seu método estabeleceria uma hierarquia de princípios, confundindo o que deveria ser deontológico com a axiologia. É analisado no artigo, outrossim, a teoria de Dworkin, que propugna ser o princípio um modelo (standard) que deve ser observado por ser uma exigência de justiça, imparcialidade e moralidade. Por fim, o autor desenvolve a Teoria da Adequabilidade Normativa de Klaus Günther.

Independentemente da posição adotada, nota-se que, no paradigma pós-positivista da Constituição, os princípios assumem posição de destaque no sistema, na medida em que exprimem juridicamente os valores considerados mais elevados no contexto de determinado povo, em determinada época, merecendo, conseqüentemente, uma leitura adequada por parte do intérprete, de sorte a lhe conferir o máximo de efetividade.

Retomando a análise dos princípios jurídico-penais previstos na Constituição da República, pode-se denominar penalização da Constituição o fenômeno de haver, no corpo constitucional, inúmeras cláusulas penais que interferem diretamente na contenção do âmbito de mobilidade do legislador ordinário, além de vincular a atuação do intérprete do Direito Penal.

Sobre o tema, GOMES (2004, p. 82) esclarece:

De tudo quanto foi dito, pode-se compreender quão estreita é a relação entre Constituição e Direito penal. Este, resumindo, nada mais é (ou ao menos deveria ser) que o natural campo normativo de configuração dos princípios, valores e regras constitucionais. Tudo isso resulta ratificado particularmente pela origem comum de ambos os ordenamentos: a ciência do Direito Penal e o constitucionalismo moderno são praticamente contemporâneos: ambos nasceram ao abrigo das idéias políticas iluministas, no empenho de assinalar os limites do poder (inclusive e sobretudo o punitivo) do Estado.

Feitas essas breves considerações acerca dos princípios jurídicos, mormente os constitucionais afetos à matéria penal, passa-se ao específico estudo desses mesmos postulados, ao menos os pertinentes ao presente trabalho.

O primeiro postulado penal previsto na Constituição digno de nota é o da Legalidade.

Poucos são os doutrinadores do Direito Penal que se preocupam em diferenciar o Princípio da Legalidade do Princípio da Reserva Legal, tomando muitas vezes um princípio pelo outro. O primeiro significa a submissão à lei, isto é, atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador, enquanto o segundo implica estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de se fazer tão somente por meio de lei formal.

Nessa linha, entra a discussão acerca de legalidade formal e legalidade material. Segundo GRECO (2012, p. 2), entende-se por legalidade formal a obediência aos trâmites processuais previstos constitucionalmente para que determinada norma possa vigorar em nosso ordenamento. Todavia, se levar em conta apenas a legalidade formal, haverá apenas mera legalidade. A legalidade material, por sua vez, diz respeito ao próprio conteúdo da norma, o que exige respeito dos direitos e das garantias fundamentais tutelados na Constituição. Dessa vez,

trata-se de estrita legalidade. Assim, não basta que determinada norma tenha sido editada conforme a tramitação exigida para que possa vigorar no ordenamento, fazendo-se mister que seu conteúdo observe os postulados da dignidade, da igualdade e da liberdade.

O Princípio da Legalidade encontra-se positivado no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República: “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.*” e no artigo 1º do Código Penal brasileiro. Há autores que atribuem a elaboração de referido princípio à Magna Carta Inglesa, de 1215. Contudo, pode-se depreender facilmente o princípio da legalidade a partir da leitura dos artigos 7º e 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. A formulação latina *nullum crimen, nulla poena sine lege* é comumente confundida como uma máxima romana; todavia, tal fórmula é atribuída ao filósofo alemão Anselm von Feuerbach.

Assevera BATISTA (2011, p. 65) que o Princípio da Legalidade, considerado base do Estado de Direito, assegura a segurança jurídica do cidadão no Direito Penal, na medida em que viabiliza a previsibilidade da intervenção punitiva do Estado, isto é, possibilita o prévio conhecimento dos crimes e das penas. Outra garantia é a de que o cidadão jamais será punido por uma pena diversa daquela cominada em lei ao respectivo delito.

O Princípio da Legalidade se desdobra em quatro funções-garantias. A primeira função é a de proibir a retroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o réu (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*), prevista no artigo 5º, inciso XL, da Constituição da República:

a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.” (BRASIL, 1988): A regra constitucional, portanto, é a da irretroatividade da lei penal; a exceção é a retroatividade, desde que seja para beneficiar o agente. Com essa vertente do princípio da legalidade tem-se a certeza de que ninguém será punido por um fato que, ao tempo da ação ou da omissão, era tido como um indiferente penal, haja vista a inexistência de qualquer lei penal incriminando-o. (GRECO, 2007, p. 96).

A segunda função é a de proibir a criação de crimes pelos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*). Dessa forma, somente a lei escrita pode criar crimes e penas, jamais o costume.

A terceira função é a de proibir o emprego de analogia para criar crimes (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*). BATISTA (2011, p. 72) conceitua analogia como o procedimento lógico pelo qual o espírito passa de uma enunciação singular para outra, haja vista a semelhança da segunda com a primeira. Assim, seria de manifesta contradição ao princípio da legalidade

possibilitar ao intérprete criar crimes por essa via lógica, visto que carente de qualquer legitimidade para tanto, sendo tal vedação de imenso rigor.

Por fim, a quarta função proíbe incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*). O Princípio da Taxatividade é um instrumento de garantia do cidadão em face do arbítrio estatal, na medida em que busca vedar, na maior medida possível, a elaboração de tipos excessivamente abertos, que deixem a cargo quase exclusivo do julgador a tarefa de fechá-lo. Escreve-se na maior medida possível, visto haver reconhecer a impossibilidade de o legislador exaurir, no texto normativo, todas as hipóteses que podem acarretar em conduta criminosa. Assim, resta impossível suprimir, mesmo nos ordenamentos jurídicos mais democráticos, o tipo judicial, mormente nas hipóteses de crimes culposos, em que o descumprimento de dever objetivo de cuidado deve ser avaliado caso a caso.

Outro princípio relevante é da Individualização da Pena, inscrito no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal.

A pena é um instituto de grande relevância no direito penal, tanto que dá nome à disciplina jurídica. Sua importância decorre, sobremaneira, de sua gravidade, eis que consiste em uma violência autorizada que o Estado impõe sobre sujeitos de direito com observância a diversas normas e princípios.

Essa regulamentação sobre a pena e sua aplicação é imprescindível, pois implica numa invasão na esfera de direitos do sujeito infrator. A pena deve ser certa, amparada pela legalidade, e determinada (FERRAJOLI, 2006, p. 386). Considerando-se que a sanção penal invade a esfera de direitos fundamentais do cidadão, é indispensável que sua delimitação seja clara, objetiva, compreensível, proporcional.

O sujeito infrator não pode ser surpreendido, quando da fixação de sua pena, por novas modalidades não expressas, ou por quantidades de pena diferentes das previstas. Bem assim, não pode ser sancionado de maneira desproporcional à conduta perpetrada, eis que no direito penal, mais ainda que nas outras disciplinas, a culpabilidade é medida da responsabilidade, e por via de consequência, da sanção aplicada. A individualização da pena é, portanto, fundamental no Estado Democrático de Direito que tenha um mínimo de garantista.

Individualizar a pena consiste em analisar as especificidades que envolvem o caso concreto, visando quantificá-la, mensurá-la de acordo com as características de cada réu. Significa, enfim, particularizá-la.

A Constituição da República de 1988 proclamou o Estado Democrático de Direito, adotando como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). O homem passou a ser a referência maior da sociedade brasileira, e por esta razão não pode ter seus direitos desrespeitados pelo próprio Estado garantidor. A aplicação da pena deve estar, portanto, sempre limitada pelos direitos da pessoa humana.

Esta afirmação deve ser bem compreendida, uma vez que a sanção penal invade a esfera dos direitos fundamentais do ser humano, quando, por exemplo, aplica-se a pena privativa de liberdade. Todavia, a aplicação dessa pena deve ser devidamente analisada, sopesando-se os limites legais e considerando-se as especificidades do fato. Há que se considerar, em todos esses momentos, os direitos da pessoa humana, que com a Constituição da República de 1988 passou a ser a referência maior da sociedade brasileira.

A aplicação da pena representa, necessariamente, violação de direitos fundamentais, pelo que se ressalta a relevância de sua adequada regulamentação. A imposição de sanção privativa de liberdade, por exemplo, implica no cerceamento do direito de ir e vir, mas está amparada na legitimidade conferida pela mesma sociedade com finalidade de garantir a paz e a segurança.

Críticas à eficácia da pena privativa de liberdade à parte, sua aplicação só se reveste de legitimidade quando for útil a sociedade e estiver amparada pela legalidade (CERNICCHIARO; COSTA JR, 1991, p. 104). A Constituição da República de 1988, ápice do nosso ordenamento, que regulamenta e limita a atuação do Estado, adotou expressamente o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI), que, como tal, torna-se irrenunciável.

A individualização da pena ocorre em três fases: legislativa (com a eleição da qualidade e quantificação da pena em abstrato pelo legislador), judicial (na aplicação definitiva da pena no caso concreto) e executória (por meio do necessário acompanhamento da execução da pena pelo Estado caso a caso). BARROS (2001, p. 112) esclarece:

Assim, o processo de individualização da pena começa na lei e termina com a conclusão da execução penal – para que o juiz do processo de conhecimento possa impor pena ao agente responsável pelo fato, a conduta deve estar previamente incriminada pelo legislador, bem como para que se execute a pena imposta, ela deve estar individualizada conforme a culpabilidade exteriorizada no fato. Ao longo desse processo, a pena está condicionada aos princípios constitucionais norteadores do Estado de direito, e só haverá legitimidade onde a pena for necessária e proporcional ao fato – a mínima entre as possíveis – e se destinar à proteção subsidiária de bens jurídicos. Daí que a pena que será aplicada e executada vem condicionada pelos objetivos traçados nos níveis

normativos superiores, ou seja, na Constituição. Esses objetivos vinculam o legislador e os juízes da ação e da execução.

Com base no texto constitucional, o primeiro momento da individualização da pena é realizado no âmbito legislativo (órgão de criminalização primário), que seleciona quais condutas haverão de sofrer o crivo da sanção criminal, caso sejam praticadas. Essa seleção importará, por parte do legislador, uma valoração de condutas, de modo a escalonar a gravidade das respectivas sanções na razão direta da importância dos bens jurídicos protegidos.

A sociedade ao eleger seus representantes dá-lhes poder e legitimidade para legislar. Esse poder é limitado pela Constituição da República de 1988, pelos princípios nela insculpidos e pelo interesse público, como foi assinalado supra. Cabe, portanto, ao legislador, estabelecer as normas que guiarão o agir da sociedade segundo os preceitos da Constituição.

A Constituição da República de 1988 traz como princípio exposto a individualização das penas. Dessa forma, o legislador, ao incriminar condutas, deve atentar ao dever de promover a individualização da pena. Se assim não for, a lei padecerá de vício insanável de inconstitucionalidade material. A individualização legislativa da pena decorre da adequada definição das sanções cabíveis ao tipo penal, observada a gravidade da ofensa e o bem tutelado.

O legislador, portanto, cria regras gerais de fixação de pena, bem como delimita e elege a qualidade e quantidade da pena conforme a política criminal adotada. Devem ser observadas ainda as características de abstração e igualdade (FERRAJOLI, 2006, p. 358) para permitir a atuação do juiz no caso concreto.

O deficiente desenvolvimento dos critérios de individualização pelo legislador aumenta a margem de discricionariedade do juízo e gera insegurança jurídica, não condizente com o Estado que se pretende garantista. A delimitação de parâmetros de aplicação da pena (mínimo e máximo) limita a atuação do juiz na aplicação da pena em concreto, evitando excessos e arbitrariedades. O juiz estaria adstrito aos limites pré-estabelecidos.

A delimitação da qualidade e da quantidade da pena aplicável deve ser feita pelo legislador. A previsão de mínimos de penas muito elevados, ou de pequena margem de variação, fere o princípio da individualização da pena, por não respeitar sua fase legislativa. Assim, para a mesma qualidade de crime, deverá seguir a mesma qualidade de sanção, apenas variável em razão da quantidade, analisadas as especificidades do caso concreto na mensuração da pena pelo juiz.

Passada a fase de seleção primária, o órgão julgador, ao vislumbrar a prática de determinada conduta que se amolda ao modelo típico previsto pelo legislador, condenará o autor do ato delituoso e passará a individualizar sua pena, com base no critério trifásico previsto na legislação penal. “*A individualização sai do plano abstrato (cominação/legislador) e passa para o plano concreto (aplicação/julgador).*” (GRECO, 2007, p. 72).

A aplicação da pena é forma pela qual a sanção penal é individualizada judicialmente. A pena será medida pela culpa, à luz da garantia constitucional da dignidade do homem. Assim, em cada caso, o juiz deverá avaliar as suas especificidades e, atento a culpabilidade do fato, aplicar a pena de acordo com o procedimento estabelecido pelo ordenamento vigente. Conforme esclarece BARROS (2001, p.98):

O princípio da culpabilidade tem a função de limitar o poder punitivo do Estado – é o que se extrai do axioma de que a pena não pode ultrapassar a medida da culpa. A culpabilidade pela responsabilidade autoriza a imposição da pena e determina seu limite – a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade e deve, portanto, ser uma resposta adequada à culpa exteriorizada no fato. A responsabilidade será aferida e determinada na análise da culpabilidade.

O Código Penal Brasileiro traz em seu bojo a técnica para dosimetria da pena no caso concreto. Segundo o chamado critério trifásico, o juiz ao aplicar a pena deverá seguir os passos constantes no art. 68 do referido Diploma, ou seja, partir da fixação da pena base segundo as circunstâncias judiciais do art. 59. Após, calcula-se a pena provisória considerando as circunstâncias atenuantes e agravantes para por último, fixar a pena definitiva com a análise das causas de diminuição e aumento.

ZAFFARONI (2007, p. 707) considera que nas duas primeiras etapas, o aplicador lança mão de uma “*escala normal do delito*”, enquanto a última fase contém uma “*escala penal modificada*”. Isso porque o órgão julgador, quando do cálculo da pena base e da consideração das circunstâncias atenuantes e agravantes, estará adstrito aos limites da sanção abstrata cominada para o tipo; o que não ocorre quando da verificação de majorantes e minorantes, como também são chamadas as causas de diminuição e aumento. Assim, nas duas primeiras fases, a pena nunca poderá exceder ou ficar aquém do limite da prevista em abstrato.

Por fim, a individualização ocorre na fase da execução da pena, de modo que os condenados possam cumprir a pena tendo, pelo menos teoricamente, respeitadas suas condições pessoais, tais como antecedentes e personalidade. Nessa fase, é imprescindível a avaliação do

comportamento do condenado, a fim de que possa gozar de alguns direitos que reduzem o rigor da pena privativa de liberdade (remição, progressão de regime e livramento condicional, por exemplo).

A individualização executória é a realizada após a fixação da pena pelo julgador. O condenado tem seus direitos assegurados e o cumprimento de sua pena acompanhado de forma individualizada, conforme determina o art. 5º da Lei nº. 7.210, de 1984 (Lei de Execução Penal).

A Constituição da República de 1988 apresenta vários preceitos explícitos sobre essa fase, a respeito da separação dos apenados em estabelecimento em razão da natureza do delito, do sexo e idade, sobre a garantia à integridade física e moral, e alguns específicos para as presidiárias.

A pena criminal é limitada, no caso concreto, ao cerceamento de direitos que restaram especificados e fundamentados na sentença condenatória. Os direitos fundamentais do apenado que não estiverem limitados pela decisão judicial são assegurados.

Observa-se, portanto, que o acompanhamento pelo juízo da execução do cumprimento da pena também deverá ser realizado de maneira individualizada, a considerar as características pessoais do apenado e os seus direitos não atingidos pela condenação. Ademais, a observância dos requisitos para concessão dos benefícios a que o réu tem direito (progressão de regime, liberdade provisória, saída temporária) deve ser realizada pelo juízo da execução caso a caso.

3- DO DELITO DE TRANSPORTE IRREGULAR DE ELEITORES – BREVE ANÁLISE DOGMÁTICA

Fixadas as premissas principiológicas penais e constitucionais, faz-se mister realizar uma sucinta análise dogmática do delito de transporte irregular de eleitores.

Os crimes eleitorais estão previstos em capítulo próprio do Código Eleitoral e em leis esparsas, tais como a Lei nº 9.504, de 1997 – Lei das Eleições –, a Lei nº 6.091, de 1974, e a Lei Complementar nº 64, de 1990. O delito de transporte irregular de eleitores, tratado neste estudo, foi originalmente previsto no Código Eleitoral (Lei nº 4737, de 1965), e teve sua redação alterada em virtude do Decreto Lei nº. 1064, de 1969. Atualmente encontra-se disciplinado pela Lei nº 6.091, de 1974, em seu artigo 11, inciso III.

Em sua redação original, o crime de transporte irregular de eleitores era apenado com detenção, de até dois anos, e pagamento de 200 a 300 dias-multa. Frise-se que quando não há previsão expressa do mínimo da pena aplica-se a previsão contida no art. 284 do Código Eleitoral, de modo que a pena mínima, neste caso, seria de quinze dias de detenção. Quatro anos após a publicação do Código Eleitoral, o Decreto Lei nº. 1.064 alterou as penas previstas no art. 302. O crime de transporte irregular de eleitores passou a ser sancionado com pena de reclusão, de 4 a 6 anos, além do pagamento de multa de 200 a 300 dias-multa.

A partir de 1974, a Lei 6.091 passou a tratar do fornecimento gratuito de transporte, em dias de eleição, a eleitores residentes nas zonas rurais, e dispôs, entre outros, sobre o crime de transporte irregular de eleitores em seu art. 11, III. Manteve, todavia, a pena prevista no art. 302 do Código Eleitoral, de 4 a 6 anos de reclusão, além do pagamento de 200 a 300 dias-multa.

Cumprir observar que todas as leis e alterações no tipo penal de transporte irregular de eleitores foram realizadas durante o período da ditadura militar. O Decreto-lei 1.064, que especialmente agravou a pena prevista, foi promulgado pela Junta Militar que governava o país, no uso das atribuições que lhes conferiam os artigos 3º e 6º do Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969.

Ademais, insta frisar que o art. 302 do Código Eleitoral mantém sua vigência e tipifica condutas distintas das previstas na Lei 6.091, de 1974. Isto porque o art. 302 dispõe sobre a promoção de concentração de eleitores sob qualquer forma, inclusive para o fornecimento gratuito de alimento e transporte coletivo com o fim de impedir, fraudar ou embaraçar o exercício do voto. O art. 11, inciso III, da Lei 6.091, de 1974, por sua vez, veda o oferecimento de transporte de eleitores em desacordo com a legislação eleitoral.

O texto vigente atualmente, previsto no art. 11, inciso III, da Lei 6.091, de 1974, assim dispõe:

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);

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.

(...)

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.

Visto isso, importa analisar as premissas e elementos do crime de transporte irregular de eleitores, objeto específico deste breve estudo.

Por narrar mais de uma conduta punível, o tipo em questão é classificado como ‘misto alternativo’, eis que a prática de qualquer uma, ou de várias das condutas descritas, implica a caracterização de apenas um delito. Segundo esclarece FRAGOSO (1987, p. 161), “*Apresenta o tipo misto alternativo, realmente, um conteúdo variável, porque descreve não uma, mas, várias hipóteses de realização do mesmo fato delituoso*”.

Deste modo, basta a realização de uma das condutas narradas no art. 11, III, da Lei n. 6.091, de 1974 para a configuração do crime, do mesmo modo que a prática de diversas dessas condutas não afetará a unidade do delito. No presente estudo a análise restará limitada ao inciso III, combinado com o art. 5º, que trata especificamente do transporte irregular de eleitores.

Entende-se, conforme pondera CORDEIRO (2006, p. 220), ser exclusivo monopólio legal do Estado o fornecimento de assistência ao eleitor no dia do pleito. Significa dizer que somente em observância às normas eleitorais o Estado pode assistir ao eleitor, isto para afastar a indesejável influência do poder político e econômico sobre o voto, bem como salvaguardar a legitimidade das eleições.

O tipo penal em comento tem como objeto jurídico a proteção aos serviços eleitorais, à lisura e à legitimidade do pleito, de sorte a assegurar a concretização plena da democracia representativa estatuída na Lei Fundamental, bem como o fundamento pertinente à cidadania (art. 1º, II, e parágrafo único da Constituição da República).

Merece destaque o fato de que o disposto no art. 11, III, abrange não somente eleitores residentes nas zonas rurais, como também, por princípio lógico, aqueles situados em zonas

urbanas⁴. Na verdade, é possível compreender que o legislador visou reforçar a vedação de referida prática aos residentes na zona rural, estes últimos presumivelmente mais suscetíveis de sofrer indevidas influências no pleito eleitoral, considerando as notórias carências culturais, financeiras e econômicas daqueles que habitam tais regiões.

Prova do raciocínio exposto acima é o fato de o artigo 10 do diploma legal em comento estabelecer ser “*vedado aos candidatos ou órgãos partidários, ou a qualquer pessoa, o fornecimento de transporte ou refeições aos eleitores da zona urbana*”.

Qualquer pessoa pode praticar o crime de transporte irregular de eleitores, e por essa razão, pode ser definido como crime comum (BITENCOURT, p. 225, 2009). O sujeito passivo do referido delito é o Estado, conforme tradicionalmente propugnado pela doutrina, e os próprios eleitores, eis que a lisura e a legitimidade do pleito afetam diretamente o direito à cidadania ativa⁵. O direito de participação na tomada de decisões políticas é um direito fundamental (SARLET, 2011, p. 157).

O verbo-núcleo do tipo objetivo do delito em foco é “descumprir”, remetendo às proibições contidas nos arts. 5º e 10º do indigitado diploma legal. Sua essência é a vedação ao transporte de eleitores desde o dia anterior até o posterior ao da eleição, salvo as exceções expressamente previstas em lei. É dizer, entre 0h do sábado anterior à eleição e 23h59min da segunda-feira posterior, impõe-se a vedação ao transporte de eleitores, nos moldes previstos na legislação em comento. A utilização do plural pela norma – eleitores – justifica o entendimento segundo o qual o transporte irregular de somente um eleitor não caracteriza o delito em tela.

A consumação ocorre com o mero transporte irregular, sendo irrelevante a chegada dos eleitores ao seu destino⁶. Trata-se, pois, de crime de mera conduta, em que “*o legislador descreve*

⁴ A despeito de a ementa da Lei 6.091, de 1974, declarar que referida norma “Dispõe sobre o fornecimento gratuito de transporte, em dias de eleição, a eleitores residentes nas zonas rurais (...)”. Mesmo a interpretação literal da lei, por princípio geral de direito, não pode induzir a conclusões absurdas, como seria aquela que considerasse que apenas o transporte irregular de eleitores residentes na zona rural constitui crime.

⁵ Compreendida como a aptidão do sujeito de participar ativamente da tomada de decisões em sua comunidade.

⁶ Neste sentido já se posicionou o Tribunal Superior Eleitoral: Recurso especial. Crime eleitoral. Art. 11, inciso III, da Lei nº 6.091/74, c.c. o art. 302 do Código Eleitoral - Dia do pleito - Eleitores - Transporte ilegal - Fornecimento gratuito de alimentos - Finalidade de fraudar o exercício do voto. Denúncia procedente. Recurso não conhecido. 1. Para a caracterização do tipo penal previsto no art. 302 do Código Eleitoral, não é necessário que os eleitores cheguem ao local de votação em meio de transporte fornecido pelo réu. (RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 21237, Acórdão nº 21237 de 07/08/2003, Relator(a) Min. FERNANDO NEVES DA SILVA, Publicação: DJ - Diário de Justiça, Volume 1, Data 03/10/2003, Página 106 RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 14, Tomo 4, Página 217)

somente o comportamento do agente, sem se preocupar com o resultado” (BITENCOURT, 2009, p. 225).

Diante da referência ao art. 302 do Código Eleitoral que traz como elemento o fim especial de agir⁷, é pacífico⁸ o entendimento a respeito da necessidade de comprovação da finalidade eleitoral: a vontade do agente deve estar direcionada no sentido de obter vantagem de ordem eleitoral com o transporte (GOMES, 2010, p. 214). Por essa razão deve estar devidamente comprovado o dolo específico do agente. Se assim não for, a absolvição é medida que se impõe. A denúncia, inclusive, deve narrar a finalidade específica do agente, sob pena de ser rejeitada pelo órgão julgador em virtude de sua inépcia.

A finalidade específica de agir, consubstanciada no intento de obter vantagem eleitoral no transporte irregular, comumente resta caracterizada quando os organizadores do transporte ou os motoristas distribuem propaganda eleitoral conhecida popularmente como “santinhos”, ou pedem apoio para determinado candidato. Eventualmente é o próprio candidato que efetua o transporte irregular e pede “uma força” nas eleições. Se houver autorização da Justiça Eleitoral para a realização do transporte de eleitores, ou, ainda, no caso de mera “carona”, não haverá caracterização do crime em questão.

O transporte vedado é o que pretende afetar, atingir a vontade do eleitor, direcionando-a em benefício do organizador do transporte, a fim de evitar lesão à legitimidade e normalidade do pleito eleitoral. O transporte de amigos ou familiares, quando não há pedido de votos ou apoio político, não ensejará a aplicação das sanções previstas no art. 11 da Lei nº. 6.091, de 1974.

O art. 5º consiste em extensão típica do que criminalizado no art. 11 da lei em apreço, de modo que o enquadramento da conduta do agente em um dos permissivos contidos nos incisos do referido dispositivo⁹ torna a conduta atípica.

São essas, em linhas gerais, as considerações dogmáticas a respeito do delito em destaque.

⁷Art. 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:

⁸ Doutrina (CORDEIRO, 2006, p. 220; SANSEVERINO, 2010, p. 281) e jurisprudência são convergentes neste ponto.

⁹ Transporte a serviço da Justiça Eleitoral; em coletivos de linhas regulares e não fretados; de uso individual do proprietário, para o exercício do próprio voto e dos membros da sua família; do serviço normal, sem finalidade eleitoral, de veículos de aluguel não atingidos pela requisição de que trata o art. 2º.

4. DO DELITO DE TRANSPORTE IRREGULAR DE ELEITORES – ANÁLISE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

A análise do crime de transporte irregular de eleitores prevista no art. 11, III da Lei 6.091, de 1974 à luz da Constituição da República de 1988 passa, necessariamente e conforme já explorado no capítulo 2.2 deste trabalho, por uma análise referente à relação entre a nova Constituição e as normas que lhe antecedem.

Parece evidente que o tipo em questão padece de falha de técnica legislativa. A conceituação do crime é confusa. Não há, no art. 11, a narração expressa das condutas que caracterizam o delito, de modo que é necessário recorrer aos artigos da lei citados no crime – 5º e 10º –, e conjugá-los ao art. 302 do Código Eleitoral.

Isto é, o preceito primário do delito em referência, que estatui as condutas penalmente vedadas, está desvinculado do preceito secundário, que comina as respectivas penas. Ademais, o mesmo preceito primário é fracionado, na medida em que não estatui de forma direta e objetiva as condutas criminalmente reprovadas, realizando remissões a outros dispositivos do mesmo diploma legislativo. Fica evidente, portanto, a violação ao princípio constitucional da legalidade.

Ora, o princípio da legalidade, com seus respectivos consectários, impõe a clareza e a objetividade do diploma legislativo penal, na medida em que enuncia a toda a sociedade as condutas criminalmente lesivas a ensejarem a intervenção estatal máxima, de sorte a atingir a esfera de liberdade dos cidadãos.

A partir do momento em que o postulado da legalidade exige, como um de seus desdobramentos, a forma escrita de estatuir o tipo penal, a sua compreensão deve ser de fácil apreensão, eis que ninguém se escusa de descumprir a lei, mesmo alegando sua ignorância (art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Se o que se busca é a segurança jurídica, esta deve se alicerçar na clareza legislativa em eleger, dentro de um universo de condutas, aquelas que serão objeto de sanção penal, sem se descuidar de técnicas básicas de redação de lei, mormente de natureza criminal. A técnica, aqui, antes de um fim em si mesmo, é também expressão do objetivo de possibilitar a todo e qualquer cidadão conhecer, sem necessidade de ilógicas e estafantes remissões, o conteúdo da legislação que lhes é destinada.

Não existe fundamento técnico-jurídico para que haja tantas remissões no tipo penal em comento. Não haveria óbice para que o delito em apreço contivesse, *e.g.*, a seguinte redação:

Realizar ou fornecer transporte a eleitores, da zona urbana ou rural com a finalidade de obter vantagem eleitoral, desde o dia anterior até o posterior à eleição.

Pena - reclusão de quatro a seis anos e pagamento de 200 a 300 dias-multa.

Parágrafo Único – Não constitui crime:

I – o transporte fornecido ou realizado a serviço da Justiça Eleitoral;

II – transportes coletivos de linhas regulares e não fretados;

III – transporte 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.

Demais, a sanção prevista para o crime de transporte irregular de eleitores varia de quatro a seis anos de reclusão, além de pagamento de 200 a 300 dias-multa. Desse modo, aquele que promove o transporte, candidato ou não, bem como o motorista que efetivamente transporta os eleitores e pede voto para o candidato beneficiado, ou qualquer outro sujeito que concorra para a realização das condutas previstas no tipo em questão, é apenado com, no mínimo, quatro anos de reclusão e 200 dias-multa.

Não se discute a gravidade da conduta prevista no tipo em questão, nem a necessidade de exercer a repressão no âmbito criminal para tutelar a lisura e a legitimidade do pleito. No entanto, a estreita margem de pena prevista (quatro a seis anos) e a existência de pena mínima prevista em um patamar extremamente elevado impedem a adequada individualização da pena.

Em alguns casos, ainda que fixada em seu mínimo legal, a pena imposta poderá ser desproporcional à conduta perpetrada. A título de exemplo, é possível considerar a conduta do motorista, que, contratado por algum candidato, efetivamente transporta eleitores e pede para que votem naquele que financiou o transporte, sem, todavia, ter muita consciência do ato que pratica.

A consequência de um patamar mínimo tão elevado é a inviabilidade de utilização do instituto da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95), bem como o da suspensão condicional da pena (art. 77 e seguintes do Código Penal).

Mais adequado seria a cominação legislativa de uma pena mínima inferior a dois anos, de sorte a possibilitar ao magistrado, dentro das circunstâncias do caso concreto e à luz do art. 59 do Código Penal, a dosagem suficiente e necessária para reprimir a conduta apreciada.

Constata-se ainda a dificuldade de se comprovar a caracterização do delito em tela. Quando há prova, que deve ser consistente, em regra, os maiores alvos da sanção penal são os motoristas que transportam os eleitores. Eles praticam diretamente o verbo do tipo, não os políticos eventualmente beneficiados¹⁰ pela infração penal sancionada.

Em suma, além de os idealizadores e financiadores do delito em questão dificilmente serem apenados, somente os executores materiais da infração penal sofrem punição, em um *quantum* que já principia elevado. A função do juiz de individualizar a pena resta prejudicada, na medida em que o legislador falhou em sua função ao delimitar a quantidade da pena aplicável. Isto porque, repita-se, há pequena variação entre os limites de mínimo e máximo, além de um limite mínimo deveras elevado.

A aplicação da pena para o crime de transporte irregular de eleitores nos moldes do art. 11 da Lei nº. 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 e 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 todas as leis anteriores fossem revogadas) e dar continuidade às relações jurídicas vigentes.

Neste caso, as normas infraconstitucionais que não conflitem com a nova ordem constitucional são por ela recepcionadas. Passam a ter, todavia, um novo fundamento de validade, que condiciona sua interpretação. As normas recepcionadas são incorporadas ao novo parâmetro constitucional, com as adequações necessárias. Ao passar pelo ‘filtro’ da nova Constituição, a norma infraconstitucional anterior pode ser recepcionada ou revogada, total ou parcialmente.

A não conformação do crime de transporte irregular de eleitores com a nova ordem constitucional refere-se, especificamente, à sua redação confusa e à sanção prevista. Há violação

¹⁰ A prova do envolvimento dos candidatos é de dificuldade ainda maior, mesmo porque normalmente contratam outras pessoas para realizar o transporte dos eleitores.

à individualização em sua fase legislativa e ao princípio da legalidade. Resta violado, ainda, o princípio da proporcionalidade consagrado pelo constitucionalismo moderno.

Neste caso, tem-se que a norma não se coaduna materialmente à nova ordem constitucional. Seria possível, portanto, falar em não recepção da norma.

Caso admita-se a recepção do preceito primário da norma¹¹, a revogação parcial da sanção prevista para o crime em tela em nada prejudicaria sua aplicação. Isso em razão da previsão contida no art. 284 do Código Eleitoral, segundo a qual o grau mínimo para a pena de reclusão, quando não houver indicação expressa, será de um ano.

Deve-se, portanto, abandonar a concepção de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para assim compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto. Neste caso, observando o princípio da continuidade da ordem jurídica, seria possível ao órgão julgador declarar que a norma contida no art. 11, III, da Lei 6.091, de 1974 foi parcialmente recepcionada pela nova ordem constitucional. Restaria, portanto, parcialmente revogada, no tocante à pena mínima prevista. Afastando a pena mínima de quatro anos, cumpriria ao órgão julgante considerar a pena mínima de um ano, prevista no art. 284 do Código Eleitoral.

A questão poderia, inclusive, ser analisada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, em virtude da inadequação material da norma infraconstitucional em face da Constituição da República de 1988 que lhe é posterior. Esta, diga-se, a melhor solução, a fim de evitar a insegurança jurídica decorrente da aplicação divergente da referida norma perante os diversos órgãos no país.

5- CONCLUSÃO

Aquele que, com a finalidade de obter vantagem eleitoral, oferece transporte gratuito no dia das eleições sem autorização devida pratica o crime de transporte irregular de eleitores. Não se questiona a gravidade da conduta prevista, que caracteriza odiosa interferência na normalidade e legitimidade do pleito. Afetando, em última análise, a democracia representativa que tem como um dos pilares a alternância periódica de representantes do povo a partir da manifestação da

¹¹ O que não se mostra adequado, ante a flagrante violação ao princípio da legalidade, conforme apontado nos tópicos 2.3 e 3. A consideração da recepção do preceito primário da norma, a despeito da sua redação, atende a finalidade de regulamentação da conduta referente ao transporte de eleitores com finalidade de interferir no voto dos beneficiados. A conduta é grave, e deve ser sancionada. Por essa razão seria possível, por uma razão mais pragmática, a manutenção do preceito primário na forma prevista no art. 11 da Lei 6091, de 1974.

soberania popular. Neste caso, a soberania popular manifesta pelo voto livre de influências do poder econômico.

A sanção prevista no crime contido no art. 11, III da Lei nº. 6.091, de 1974 é pena privativa de liberdade que varia entre quatro e seis anos de reclusão, além de 200 a 300 dias multa. Deste modo o tipo penal em questão incorre em evidente violação ao princípio da individualização da pena, ao prever a quantidade mínima da pena privativa de liberdade em quatro anos de reclusão – muito elevada –, além da pequena margem de variação – quatro a seis anos.

Isso sem contar a redação confusa do tipo em comento, que realiza, injustificadamente, remissões a outros dispositivos do mesmo diploma legal, fracionando o respectivo preceito primário e separando-o do preceito secundário.

Conclui-se, portanto, pela não recepção do dispositivo em comento à nova ordem constitucional, possibilitando a sua não aplicação. Se admitida a recepção do preceito primário, é imperativo concluir pela revogação parcial do preceito secundário, de sorte a alterar seu patamar mínimo, autorizando a aplicação da pena mínima de um ano prevista no art. 284 do Código Eleitoral.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Garzón Valdés. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas**. Disponível em <www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/.../texto853.pdf>. Acesso em 18 de fevereiro de 2014.

BARROS, Carmen Silva de Moraes. **A individualização da pena na execução penal** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. rev. - São Paulo : Saraiva, 2009.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: volume 1 : parte geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: volume 1: parte geral**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª ed. Brasília: UnB, 1999.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000. P. 56.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 2013.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 3. Ed. rev. Atual. Porto Alegre: livraria do Advogado Editora, 2004

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **O Estado Constitucional de Direito na versão Neoconstitucionalista e os aspectos críticos da relação Direito e Moral segundo a Teoria dos Sistemas**. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 17, n. 2, p. 206-220, 2012.

CÂNDIDO, Joel J. **Direito Eleitoral brasileiro**. Bauru, SP: Edipro, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição**. (2001) [Fórum Administrativo].

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. **Constitucionalismo e História do Direito**. Belo Horizonte. Pergamum. 2011.

CASTRO, Edson de Resende. **Teoria e prática do direito eleitoral**. 5. ed., rev., atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal na constituição**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CORDEIRO, Vinícios. **Crimes Eleitorais e seu processo**. Vinícios Cordeiro, Anderson Claudino da Silva; prefácio de José Antonio Fichtner. – Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DOTTI, René Ariel. **Reforma Penal Brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1988.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Trad. Perfecto Andrés et ali. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3.ed.rev. – São Paulo:

Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal - A Nova Parte Geral**. 11^a. ed., rev. por Fernando Fragoso, 1.987: Rio de Janeiro, ed. Forense. p. 160-162

GALUPPO, Marcelo Campos. **Princípios jurídicos no Estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação**. Boletín Jurídico de La Universidad Europea de Madrid, n.3, sep. 2000.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**. 2. ed. São Paulo: RT Revista dos Tribunais, 2004.

GOMES, Suzana de Camargo. **Crimes Eleitorais**. 4. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. Pág. 213.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal : volume 1 - parte geral (arts. 1º a 120 do CP)**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Niteroi: Impetus, 2007.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado. Revista e ampliada e atualizada até 1 de janeiro de 2012**. Niterói: Impetus, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

JARDIM, Torquato Lorena. **Direito Eleitoral Positivo: conforme a nova lei eleitoral**. Brasília Jurídica, 1998.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. 2. ed. Niteroi: Luam, 1993. 207p

LUIZI, Luiz. **Os Princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991. 123p.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.41.

PRADO, Luiz Regis; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal anotado e legislação complementar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RAMAYANA, Marcos. **Direito eleitoral** – 11^a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. **Direito Eleitoral**. – Porto Alegre: Verbo Juridico, 2010. Pág. 281.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 3. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SHECAIRA, Sergio Salomão. **Cálculo da Pena e o Dever de Motivar**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, IBCCrim, v.6, p.167.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SANTOS, Polianna Pereira dos. **O delito de transporte irregular de eleitores sob o prisma do princípio da individualização das penas**. ATHENAS - Revista de Direito, Política e Filosofia, v. II, p. 140-163, 2014.

STOCO, Rui; FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 2007.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5. Ed. ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

TOLEDO, Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**, 4^a Ed., São Paulo, Saraiva, 1991.

VARGAS, José Cirilo de. **Do tipo penal**. 3.ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VERDÚ, Pablo Lucas. **Curso de derecho político**. Madrid, Tecnos, 1986.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral**. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito penal brasileiro: volume 1 : teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.