



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO

REVISTA
DEMOCRÁTICA

VOLUME 2 • 2016

ISSN 2447-9403

Rev. Democrát.	Cuiabá	v. 2	p. 1-215	2016
----------------	--------	------	----------	------

O TRANSPORTE IRREGULAR DE ELEITORES E O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS

Polianna Pereira dos Santos¹

RESUMO

O presente estudo apresenta uma breve análise 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. Ponderou-se o fato de a norma visar a proteção da lisura e da legitimidade do pleito e, via de consequência, da democracia representativa. Considerando-se que a norma que trata do crime em tela antecede à Constituição da República de 1988, analisa-se sua adequação material à nova ordem constitucional. Deste modo, considerando-se o princípio da individualização das penas, especificamente em relação à individualização em sua fase legislativa, constata-se, em tese, a não recepção da norma, ponderando-se a possibilidade de sua revogação parcial.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Democracia 2. Transporte de eleitores
3. Pena 4. Individualização
5. Recepção 6. Revogação

1 Introdução

O poder de punir é monopólio estatal, mas não é, por certo,

¹ Mestre em Direito Político (UFMG). Especialista em Ciências Penais (IEC-PUC Minas). Professora de graduação em Direito (UNIPAC) e de pós-graduação lato sensu (PUC Minas). Assessora jurídica da Procuradoria Regional Eleitoral. E-mail: poliannasantos@gmail.com.

ilimitado. Os princípios constitucionais penais representam formas de restrição que não podem ser ignoradas. Ao prever os tipos penais e as sanções a eles cominadas não se devem considerar os princípios de intervenção mínima, exclusiva proteção de bens jurídicos, legalidade, ofensividade, culpabilidade, responsabilidade subjetiva, individualização das penas, proporcionalidade, entre outros.

O direito penal garantista – que melhor se adequa ao paradigma do Estado Democrático de Direito preconizado pela Constituição da República de 1988 (BRASIL, 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, não é tolerada a violação aos princípios constitucionais penais.

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 observados 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 proporcionalidade da pena prevista, por exemplo.

O art. 11, III, da Lei nº. 6.091 (BRASIL, 1974) dispõe sobre o crime de transporte irregular de eleitores. Aqueles que, sem a devida autorização, promoverem o transporte de eleitores na data do pleito 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, especialmente nos rincões deste país de dimensões continentais. Pequenos benefícios, como o mero transporte para o cumprimento de um dever imposto por lei – votar – 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 individualização da pena. Não se pretende afastar ou refutar a relevância da proteção da lisura e da legitimidade do pleito. A oferta de transporte para eleitores, bem como a utilização de subterfúgios para viciar a vontade do eleitor expressa nas urnas deve ser, por certo, combatida. Não obstante, há que se observar se a forma de criminalização da conduta ou de combinação das sanções previstas se adequam aos princípios penais trazidos pela Constituição da República de 1988. É cabível, portanto, a análise do instituto da recepção do crime de transporte irregular de eleitores, disciplinado pela Lei nº. 6.091 (BRASIL, 1974).

2 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 (BRASIL, 1997) – Lei das Eleições–, a Lei 6.091 (BRASIL, 1974), e a Lei Complementar nº 64, de 1990 (BRASIL, 1990). O delito de transporte irregular de eleitores, tratado neste estudo, foi originalmente previsto no Código Eleitoral (Lei nº 4737) (BRASIL, 1965), e teve sua redação alterada em virtude do Decreto Lei nº. 1064 (BRASIL, 1969). Atualmente, os crimes eleitorais encontram-se disciplinados pela Lei nº 6.091 (BRASIL, 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-multa². Frise-se que quando não há previsão expressa do mínimo da pena aplica-se a previsão contida no art. 284 do Código Eleitoral³, 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 (BRASIL, 1969) alterou as penas previstas no art. 302. O crime de transporte irregular de eleitores passou a ser sancionado com pena de reclusão de quatro a seis anos, além do pagamento de multa de 200 a 300 dias-multa⁴.

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 quatro a seis anos de reclusão, além do pagamento de 200 a 300 dias-multa.

Cumprе 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 (BRASIL, 1969), que especialmente agravou a pena prevista, foi promulgado pela Junta Militar que governava o país, no uso das atribuições que lhes

² Art. 302. Promover, no dia da eleição, com o fim de impedir, embaraçar ou fraudar o exercício do voto a concentração de eleitores, sob qualquer forma, inclusive o fornecimento gratuito de alimento e transporte coletivo: Pena - Detenção até dois anos e pagamento de 200 a 300 dias-multa.

³ rt. 284. Sempre que este Código não indicar o grau mínimo, entende-se que será ele de quinze dias para a pena de detenção e de um ano para a de reclusão

⁴ Art. 302. Promover, no dia da eleição, com o fim de impedir, embaraçar ou fraudar o exercício do voto a concentração de eleitores, sob qualquer forma, inclusive o fornecimento gratuito de alimento e transporte coletivo: (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.064, de 24.10.1969) Pena - reclusão de quatro (4) a seis (6) anos e pagamento de 200 a 300 dias-multa. ((Redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.064, de 24.10.1969)

conferiam os artigos 3º e 6º do Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969 (BRASIL, 1969)⁵.

Ademais, insta frisar que o art. 302 do Código Eleitoral mantém sua vigência e, segundo Gomes (2010, p. 213), tipifica condutas distintas das previstas na Lei 6.091, (BRASIL, 1974). Isso 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, (BRASIL, 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 (BRASIL, 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

⁵ Art. - 3º - Enquanto não se realizarem a eleição e posse do Presidente da República, a Chefia do Poder Executivo continuará a ser exercida pelos ministros militares.

Art. 6º - Embora convocado o Congresso Nacional, os ministros militares, no exercício da Presidência da República, poderão, até 30 do corrente mês de outubro, em caso de urgência ou de interesse público relevante, legislar, mediante decreto-lei, sobre todas as matérias de competência da União.

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.

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

Seria razoável, inclusive, questionar se não há violação ao princípio da legalidade. Essa questão, todavia, não será tratada no presente estudo. Isto porque é possível considerar que os elementos do tipo penal estão devidamente narrados, ainda que de forma a demonstrar falha de técnica legislativa. Ou seja, a partir da conjugação dos arts. 11, 5º, 8º e 10 da Lei 6.091, de 1974, com o art. 302 do Código Eleitoral (BRASIL, 1965), é possível compreender o crime em tela.

Visto isso, importa analisar as premissas e os 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’, uma vez 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”.

Desse modo, basta a realização de uma das condutas narradas no art. 11, inciso 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 ficará 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, bem como salvaguardar a legitimidade das eleições.

Em razão da expressa referência ao art. 302 do Código Eleitoral; é pacífico o entendimento a respeito da necessidade de comprovação da finalidade eleitoral, ou seja, a vontade do agente deve estar direcionada no sentido de obter vantagem de ordem eleitoral com o transporte (GOMES, 2010, p. 214). Doutrina (CORDEIRO, 2006, p. 220; SANSEVERINO, 2010, p. 281) e jurisprudência⁶ alinham-se

⁶ Neste sentido: HABEAS CORPUS n° 227, Acórdão n° 227 de 07/06/1994, Relator(a) Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Publicação: DJ - Diário de Justiça, Data 07/10/1994, Página 26854 RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 7, Tomo 1, Página 11; RECURSO CRIMINAL n° 1962003, Acórdão n° 803 de 15/09/2003, Relator(a) CLÁUDIO RENATO DOS SANTOS COSTA, Publicação: DJMG - Diário do Judiciário-Minas Gerais, Data 03/10/2003, Página 123; RECURSO CRIMINAL n° 2079, Acórdão de 16/03/2010, Relator(a) ALCEU PENTEADO NAVARRO, Publicação: DJESP - Diário da Justiça Eletrônico do TRE-SP, Data 30/03/2010, Página 18; PROCESSO CRIMINAL n° 432, Acórdão n° 1287 de 17/04/2002, Relator(a) AMARO CARLOS DA ROCHA SENNA, Publicação: DJ - Diário de Justiça, Volume 3, Data 29/04/2002, Página 66.

neste ponto.

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 tida por inepta e rejeitada pelo órgão julgador.

A finalidade específica de agir, consubstanciada no intento de obter vantagem eleitoral no transporte irregular, comumente fica 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.

Importante anotar que se houver autorização da Justiça Eleitoral para a realização do transporte de eleitores, ou se tiver havido 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.

É possível a tentativa para o crime em tela, quando a consumação não ocorre por razões alheias à vontade do agente. 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 (BRASIL, 2003).

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.

3 Princípio da individualização das penas

A pena é um instituto de grande relevância no Direito penal, tanto que dá nome à disciplina jurídica. Sua importância decorre, sobretudo, de sua gravidade, uma 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 uma 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, visto 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.

Na Idade Média, a pena era imposta de maneira arbitrária, em função do exercício tirânico do ideal retribucionista da pena. Com o

Iluminismo surge a pretensão de racionalizar e positivar o direito em todas as esferas. Optou-se, portanto, pela adoção da pena fixa ('mal justo' na exata medida do 'mal injusto' praticado pelo delinquente). Neste sistema, a função do juiz se limita a aplicação mecânica da lei.

Com o tempo, fez-se notória a inviabilidade de ambos os sistemas: nem a indeterminação, nem a determinação completa atendem aos anseios de segurança jurídica e observância aos direitos fundamentais. Isso porque, como bem esclarece Bitencourt (2006, p. 698):

Se a pena absolutamente indeterminada deixava demasiado arbítrio ao julgador, com sérios prejuízos aos direitos fundamentais do indivíduo, igualmente a pena absolutamente determinada impediria seu ajustamento, pelo juiz, ao fato e ao agente, diante da realidade concreta.

O Código Penal francês de 1810 passou a ser a referência para a legislação moderna, com a criação de limites de mínimo e máximo de pena, no qual o juiz poderia variar a sua dosagem. A partir de então, surge a preocupação com a individualização da pena, que, segundo Cernicchiaro e Costa Júnior (1991), deve estar limitada pelos princípios da humanidade e do interesse público.

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 (CERNICCHIARO e COSTA JÚNIOR, 1991), e, por essa 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.

Essa 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 os limites legais e considerando 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 o 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 será legítima com base no interesse público. Ou seja,, a pena só se reveste de legitimidade quando for útil a sociedade e estiver amparada pela legalidade (CERNICCHIARO e COSTA JÚNIOR, 1991, p. 104). A Constituição da República de 1988 (BRASIL, 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.

3.1 Individualização legislativa

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 já foi assinalado. 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 expresso 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.

Para Zaffaroni (2007) e Cernicchiaro e Costa Júnior (1991), a fixação de limites de mínimo e máximo da pena pelo legislador é fundamental. A delimitação desses parâmetros de aplicação da pena limitaria a atuação do juiz na aplicação da pena em concreto, evitando excesso de arbitrariedade. O juiz estaria adstrito aos limites pré-estabelecidos.

Luigi Ferrajoli (2006) defende, para os casos de pena privativa de liberdade, a não definição de um mínimo de pena. Para o eminente jurista, a fixação prévia de um mínimo de pena pode resultar na não observância de todos os elementos de abrandamento da pena, gerando uma pena injusta por não considerar todos os fatores possíveis de atenuação da pena⁷. Seria o caso, por exemplo, de havendo mais de uma atenuante, considerar apenas uma por não haver possibilidade de diminuir a pena que já se encontra fixada no mínimo legal.

De todo modo, a delimitação da qualidade e da quantidade da pena aplicável deve ser feita pelo legislador. A previsão de mínimos

⁷ (...) pelo menos para as penas privativas de liberdade, não se justifica a estipulação de um mínimo legal: em outras palavras, seria oportuno confiar ao poder equitativo do juiz a eleição da pena abaixo do máximo estabelecido pela lei, sem vinculá-lo a um limite mínimo, ou vinculando-o a um limite mínimo bastante baixo. (FERRAJOLI, 2006, p. 368)

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.

3.2 Individualização judicial

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 (CERNICCHIARO e COSTA JÚNIOR, 1991). 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 (BRASIL, 1940) 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 Diploma⁸, ou seja, partir da fixação da pena-base e segundo as circunstâncias judiciais do art. 59⁹. 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.

3.3. Individualização executória

A individualização executória é a realizada após a fixação da pena pelo julgador. O condenado tem seus direitos assegurados e o

⁸ Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do artigo 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes e, por último, as causas de diminuição e aumento.

⁹ Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime:

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

cumprimento de sua pena acompanhado de forma individualizada, conforme determina o art. 5º da Lei nº. 7.210, de 1984 (Lei de Execução Penal) (BRASIL, 1984).

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 presidiárias¹⁰.

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

4 Filtragem constitucional

A análise do crime de transporte irregular de eleitores prevista no art. 11, III, da Lei 6.091, (BRASIL, 1974) à luz da Constituição

¹⁰ Art.5º. (...)

XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L – As presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

da República de 1988 (BRASIL, 1988), passa, necessariamente, por uma análise referente à relação entre a nova Constituição e as normas que lhe antecedem. A questão não é nova, mas, a despeito disso, há dissonância sobre o tema em sede doutrinária.

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, nesse caso, seria inviável. Kelsen, ao enfrentar essa problemática, defende que a partir da vigência da nova Constituição “um processo de reconhecimento da legislação pretérita, e, automaticamente, uma verificação de sua conformidade com a nova ordem se estabelece” (TAVARES, 2007).

Nesse 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 situações constituídas na vigência da legislação anterior.

Deste modo, tem-se que as normas que se adéquam 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, conforme pondera Luís Roberto Barroso, 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 constitucional¹¹.

¹¹ Ação direta de inconstitucionalidade - impugnação de lei pré-constitucional e de ato regulamentar editado sob a égide da nova constituição - inidoneidade do regulamento de execução para efeito de controle normativo abstrato - inconstitucionalidade superveniente da lei - inocorrência - **hipótese de revogação do ato hierarquicamente inferior por ausência de recepção** - impossibilidade de instauração do controle concentrado de constitucionalidade - ação direta não conhecida. (...) - A ação direta de inconstitucionalidade não se revela instrumento juridicamente idôneo ao exame da legitimidade constitucional de atos normativos do Poder Público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da Constituição sob cuja égide foi instaurado o controle normativo abstrato. A fiscalização concentrada de constitucionalidade supõe a necessária existência de uma relação de contemporaneidade entre o ato estatal impugnado e a Carta Política sob cujo domínio normativo veio ele a ser editado. **O entendimento de que leis pré-constitucionais não se dispõem, vigente uma nova Constituição, a tutela jurisdicional de constitucionalidade “in abstracto” - orientação jurisprudencial já consagrada no regime anterior** (RTJ 95/980 - 95/993 - 99/544) - foi reafirmado por esta Corte, em recentes pronunciamentos, na perspectiva da Carta Federal de 1988. - A incompatibilidade vertical superveniente de atos do PODER Público, em face de um novo ordenamento constitucional, traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores. O exame da revogação de leis ou atos normativos do Poder Público constitui matéria absolutamente estranha à função

Esse 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 (BRASIL, 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. Desse 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 Federal¹².

jurídico-processual da ação direta de inconstitucionalidade.

(ADI 129, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 07/02/1992, DJ 28-08-1992 PP-13450 EMENT VOL-01672-01 PP-00001)).

¹² EMENTA: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Lei nº 9882, de 3.12.1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da referida medida constitucional. 2. Compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental. 3. Cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Necessidade de o requerente apontar a lesão ou ameaça de ofensa a preceito fundamental, e este, efetivamente, ser reconhecido como tal, pelo Supremo Tribunal Federal. 4. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento de defesa da Constituição, em controle concentrado.** 5. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: distinção da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. 6. O objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental há de ser “ato do Poder Público” federal, estadual, distrital ou municipal, normativo ou não, sendo, também, cabível a medida judicial “quando for relevante o fundamento da controvérsia sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, **incluídos os anteriores à Constituição**”. 7. (...)(ADPF 1 QO, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2000, DJ 07-11-2003 PP-00082 EMENT VOL-02131-01 PP-00001).

5 Conclusão

O crime de transporte irregular de eleitores tipifica a conduta daquele que, com a finalidade de obter vantagem eleitoral, oferece transporte gratuito no dia das eleições sem autorização devida. Não se questiona a gravidade da conduta prevista, uma vez 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 sanção prevista no crime contido no art. 11, III, da Lei nº. 6.091, (BRASIL, 1974) é pena privativa de liberdade que varia entre quatro e seis anos de reclusão, além de 200 a 300 dias-multa. Desse modo, 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 – o tipo penal em questão incorre em evidente violação ao princípio da individualização da pena. Há violação à individualização em sua fase legislativa. Resta violado, ainda, o princípio da proporcionalidade consagrado pelo constitucionalismo moderno.

A função do juiz de individualizar a pena resta prejudicada, à medida 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, tal como previsto no art. 11 da Lei nº. 6.091 (BRASIL, 1974), não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, uma vez que não cumpre 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 adequa aos princípios penais preconizados na Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), especialmente o princípio da individualização das penas (art. 5º, XLVI, CF). 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.

Nesse 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 sanção prevista. Nesse caso, tem-se que parte da norma se adequa materialmente à nova ordem constitucional, e outra parte não. Desse modo, seria possível falar em recepção da norma, com revogação parcial de seu texto. A revogação parcial da sanção prevista para o crime em tela em nada prejudicaria sua aplicação, em virtude da

previsão contida no art. 284 do Código Eleitoral (BRASIL, 1965)¹³, 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, (BRASIL, 1974), foi parcialmente recepcionada pela nova ordem constitucional. Dessa forma, estaria parcialmente revogada, no tocante à pena mínima prevista. Afastando a pena mínima de quatro anos, cumpriria ao órgão judicante considerar a pena mínima de um ano, prevista no art. 284 do Código Eleitoral (BRASIL, 1965).

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 (BRASIL, 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.

REFERÊNCIAS

BARROS, C. S. M. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: volume 1: parte

¹³ Art. 284. Sempre que este Código não indicar o grau mínimo, entende-se que será ele de quinze dias para a pena de detenção e de um ano para a de reclusão.

geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 913 p.

BRASIL. **Ato Institucional nº 16**, de 14 de outubro de 1969. 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br//CCIVIL_03/AIT/ait-16-69.htm. Acesso em: 15 jun. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 jun. 2016.

_____. **Decreto Lei nº 1.064**, de 24 de outubro de 1969. Altera a relação do art. 302 do Código Eleitoral e dá outras providências. Diário Oficial da União, 27 nov. 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del1064.htm> Acesso em: 13 dez. 2016.

_____. **Decreto Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2016.

_____. **Lei nº 4.737**, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. Diário Oficial da União, 19 jul. 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm>. Acesso em: 8 jun. 2016.

_____. **Lei nº 6.091**, de 15 de agosto de 1974. 1974. Dispõe sobre o fornecimento gratuito de transporte. Diário Oficial da União, 15 ago. 1974. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6091.htm> Acesso em: 13 dez. 2016.

_____. **Lei nº 7.210**, de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 8 jun. 2016.

_____. **Lei nº 9.504**, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Diário Oficial da União, 1º out. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm>. Acesso em: 19 abr. 2016.

_____. **Lei Complementar nº 64**, de 18 de maio de 1990. 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm>. Acesso em: 13 dez. 2016.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral nº 21237**, Acórdão nº 21237 de 07/08/2003, Relator: Min. FERNANDO NEVES DA SILVA, Publicação: DJ - Diário de Justiça, Volume 1, Data 03/10/2003, Página 106 RJTSE – Rev. Jurispr. TSE, v. 14, t. 4, p. 217.

CERNICCHIARO, L. V.; COSTA JÚNIOR, P. J. **Direito penal na constituição**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CORDEIRO, V. **Crimes eleitorais e seu processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 220 p.

FERRAJOLI, L. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FRAGOSO, H. C. **Lições de direito penal: a nova parte geral**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1987.

GOMES, S. de C. **Crimes eleitorais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 213 p.

RAMAYANA, M. **Direito eleitoral**. 11. ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2010.

SANSEVERINO, F. de A. V. **Direito eleitoral**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 1239 p.

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

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro: volume: 1: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 766 p.