

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE CRIMINAL 62633820054014000/PI
Processo na Origem: 62633820054014000

RELATÓRIO

O EXMO. SR. JUIZ TOURINHO NETO (RELATOR):

1. A Terceira Turma deste Tribunal, em sessão de 26 de outubro de 2009, – julgando a Ap 2005.40.00.006267-0/PI, que tem como apelante o Ministério Público Federal e como apelado Giovani Montini Araújo de Castro, condenado à pena de um ano, pela prática do delito previsto no art. 70 da Lei 4.117, de 1962 –, acolheu o argumento da acusação de que o dispositivo violado foi o art. 183 da Lei 9.472, de 1997, entendendo, assim, que houve revogação expressa do art. 70 pelo art. 215 da Lei 9.472, de 1997.

Questão já decidida.

2. Todavia, encontrou a Turma uma inconstitucionalidade na pena cominada pelo art. 183 da Lei 9.472, de 16 de julho de 1997. Diz esse artigo que constitui crime: “Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação”. A esse ilícito o legislador aplicou pena privativa de liberdade (detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro), e multa. Fixou a multa em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), sem estabelecer máximo ou mínimo.

O valor da multa é um só.

Entendendo que o dispositivo violou o art. 5º, XLVI, da CF/1988 (“a lei regulará a individualização pena”), que consagra como direito fundamental o princípio da individualização da pena, a Turma, por unanimidade, **suspendeu o julgamento para suscitar a inconstitucionalidade** do preceito sancionador, no tocante à multa do art. 183 da Lei 9.472, de 1997, perante a Corte Especial Judicial deste Tribunal.

3. Foi publicado edital, com prazo de 10 (dez) dias, “para conhecimento dos titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição Federal”. Não houve manifestação alguma (cf. edital, fls. 232; certidão de publicação no DJ, de 26.02.2010, fls. 233; certidão de decurso do prazo legal, sem qualquer manifestação, fls. 234).

4. A União Federal, ouvida a pedido do Ministério Público Federal, pela Advogada da União – PRU 1ª Região, Cristiane Flores Soares Rollin, foi pela rejeição do incidente de inconstitucionalidade, argumentando (fls. 236/237):

Manifestou o relator que o referido dispositivo legal afrontaria o princípio constitucional da individualização da pena, consagrado no art. 5º da Constituição Federal, pois impediria o magistrado de fixar a pena de multa de acordo com as balizas do art. 59 do Código Penal.

Por esta razão, foi suspenso o julgamento do recurso e suscitado o presente incidente de inconstitucionalidade.

Sucedede que, ao contrário do exposto, não há que se falar em inconstitucionalidade da multa em valor fixo prevista no art. 183 da Lei nº 9.472/97.

Cumprе ressaltar que a Constituição não veda ao legislador prever penas de multa em valor fixo. E não há que se confundir o sistema de dias-multa com normas especiais que fixem a penalidade em montante fixo, não variável.

No sistema dias-multa, que é a regra geral, o valor da multa não é determinado previamente em quantia fixa, mas de acordo com a renda média auferida pelo condenado por um dia de trabalho, levando-se em consideração para esse cálculo a situação econômica e patrimonial do condenado.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE CRIMINAL 62633820054014000/PI

Processo na Origem: 62633820054014000

No sistema de multa fixa, como é o caso do art. 183 da Lei nº 9.472/97, não se aplica a regra geral do sistema de dias-multa, pois é regra especial, devendo, por isso, prevalecer.

Ademais, o princípio da individualização da pena foi devidamente observado pelo legislador ao prever os parâmetros em abstrato da pena privativa de liberdade. Não havendo que se falar, pois, em inconstitucionalidade da pena de multa prevista em valor fixo, pois se trata, como visto, de uma exceção ao sistema de dias-multa.

5. O Ministério Público Federal, pelo Procurador, pelo Procurador Regional da República Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho, opinou pela “inconstitucionalidade da multa cominada ao crime do art. 183 da Lei 9.472/1997, ser prefixada em dez mil reais, devendo o tipo penal ser compreendido como trazendo apenas pena privativa de liberdade” (fls. 243/259). Argumentou S. Exa. (fls. 246/247 – 250):

Assim, data venia das razões apresentadas pela União, a questão da constitucionalidade da multa fixa do delito previsto no art. 183 da Lei 9.472/1997 não passa pelo cotejo entre as disposições gerais do Código Penal sobre o tema e o determinado pela legislação penal especial. Dentro da sistemática de nosso ordenamento jurídico, tanto o Código Penal como as leis penais extravagantes devem se conformar à matéria constitucional. A Constituição Federal é o vértice de interpretação das demais normas, não podendo ser extraídos destas condicionantes ao texto constitucional.

Desenvolvendo as premissas acima, no caso específico da pena de multa, há que se ver que a Constituição não manda seja fixada em dias-multa. Determina apenas que o seja de forma individualizada, pelo que a lei infraconstitucional pode trazer multa em dias-multa, em pecunia determinada e, diretamente, em salário mínimo, desde que haja limites para que o julgador chegue a quantum final, levando em conta a necessidade e suficiência da multa - nos termos do art. 59 do Codex penal, que se constitui em idônea diretriz geral, tendo-se em mente, ainda, a situação econômica do sentenciado. Assim, além do princípio da individualização da pena há se atentar ainda à proporcionalidade, pois a mesma multa não pode ser aplicada ao réu com vida econômica confortável e ao que possui rendimentos modestos, mesmo que as circunstâncias judiciais sejam idênticas.

.....

Por todo o acima argumentado, há que se convir que a multa fixa de dez mil reais presente no preceito secundário do art. 183 da Lei 9.472/1997, não permite a individualização da pena, pois tanto o agente com nenhuma circunstância judicial desfavorável como o que não estivesse nessa situação, seriam apenados com os mesmos dez mil reais e sem levar em conta a capacidade econômica de cada um. E essa inconstitucionalidade ocorreria se a multa fosse prefixada pela Lei em dez dias-multa, em um salário mínimo ou em mil reais. O que há se ter em mente não é o meio de expressão final da multa, mas sim a lei possibilitar, ou não, a adequada dosimetria, a cargo do julgador. Caso essa multa em pecunia fosse fixada pela lei, v.g., entre cinquenta e dez mil reais, não se observaria ofensa constitucional. E o fato do art. 183 trazer parâmetros em abstrato para a fixação da pena privativa de liberdade, não convalida a inconstitucionalidade detectada quanto à pena de multa.

6. É o relatório.

7. Encaminhem-se os autos ao Presidente do Tribunal para designar a sessão de julgamento.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE CRIMINAL 62633820054014000/PI

Processo na Origem: 62633820054014000

VOTO**O EXMO. SR. JUIZ TOURINHO NETO (RELATOR):**

O princípio da individualização da pena. Limitação do jus puniendi do Estado

A Constituição Federal, no inciso XLVI do art. 5º, estabelece que “a lei regulará a individualização pena”. Esse princípio limita, juntamente com os princípios da irretroatividade da lei, da oponibilidade da coisa julgada e da personalização da pena, o poder do Estado.

Os princípios constitucionais penais e processuais penais têm por finalidade preservar a dignidade da pessoa humana, garanti-la.

Os princípios revelam conjunto de regras, paradigmas de toda espécie de ação. Estão acima das regras. São preceitos fundamentais e nem sempre estão escritos nas leis.

A pena não pode estandarizada, padronizada, deve, sim, ser individual, particularizada para o indivíduo e não genérica. Os homens não são iguais, cada um tem sua personalidade, seu modo de pensar e agir. Cada homem tem algo de particular.

A pena deve ser justa, livre de qualquer padronização. Disse ANÍBAL BRUNO: “A pena é o mais complexo e tormentoso problema que o Direito Penal nos pode oferecer”¹.

Eloqüentemente, diz ÁLVARO MAYRINK DA COSTA², fundado na lição de MARC ANCEL:

(...) o delinqüente não poderá mais ser submetido à justiça penal unicamente para fins expiatórios, de vingança, ou de retribuição na luta contra o delito.

São modos de individualização da pena:

- a) pena determinada na lei, sem escolha para o juiz.
- b) pena totalmente indeterminada.
- c) pena relativamente indeterminada (só o máximo é fixado).
- d) pena estabelecida em lei dentre de um máximo e um mínimo.

Não mais se admite, nos dias de hoje, a pena fixa, sem deixar uma relativa discricionariedade para o juiz fixá-la. Também, não se admite que fique puramente ao arbítrio do juiz a sua aplicação. O que se aceita num Estado Democrático de Direito é que o legislador estabeleça um máximo e um mínimo e que, dentro destes limites, o juiz fixe a pena.

Portanto, o legislador estabelece, quando da elaboração do preceito sancionatório, as penas máxima e mínima, que entende como necessárias para prevenir (caráter preventivo) e reprimir o crime (caráter retributivo) – individualização legislativa; e o juiz, dentro dessa faixa, irá fixar a pena que, no caso concreto, alcançará o objetivo da sociedade de reprimir o delito – individualização judiciária. Há ainda a executória, impedindo a execução em massa.

“A individualização legislativa é que o legislador estabelece quando discrimina as sanções cabíveis, delimita as espécies delituosas e formula o preceito sancionador das normas incriminadoras ligando a cada um dos fatos típicos a uma pena que varia entre o um mínimo e um máximo claramente determinados”, como explica FREDERICO MARQUES³.

¹ BRUNO, Aníbal. *Das Penas*. Rio: Editora Rio, 1976, p. 9

² COSTA, Álvaro Mayrink da. Reflexões críticas e propostas para a execução penal. *Revista da Emerj – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, 1998, v. 1, n. 3, p. 117

³ MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal*. São Paulo. Saraiva, 1954 vol. III, p. 235 e segs.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE CRIMINAL 62633820054014000/PI

Processo na Origem: 62633820054014000

O juiz se vale do seu livre convencimento (discricionariiedade), expondo seu raciocínio (raciocínio vinculado). Discricionariiedade juridicamente vinculada. O juiz está jungido aos parâmetros que a lei estabelece.

Deve o juiz buscar a pena justa. Não se pode ter pena-padrão. A individualização é para que se concretize a justiça. O castigo deve ser o que o réu merece. Não adianta pena alta, aplicada tão-somente para atender a *mídia*, ou porque o juiz persegue a *tolerância zero*. A desproporcionalidade entre o fato praticado e a pena é idéia do seguidores do Direito Penal do Inimigo.

A individualização da pena é uma garantia criminal repressiva constitucional, estando jungida à personalização da pena e à sua humanização.

A individualização da pena como garantia constitucional é *inafastável*.

Direito fundamental do homem é ter sua pena, no caso de vir a ser condenado, individualizada. Direito fundamental do homem, vigente na nossa ordem jurídica.

O art. 183 da Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, estabelece que constitui crime: “Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação”. A esse ilícito o legislador aplicou pena privativa de liberdade (detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro), e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), sem estabelecer mínimo. Pena relativamente indeterminada, só o máximo é fixado, violando, assim, o inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal.

2. Ante o exposto, dou pela inconstitucionalidade da expressão “de R\$ 10.000,00 (dez mil reais)” do preceito sancionatório do art. 183 da Lei 9.472, de 16 de julho de 1997.

3. É o voto.