



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº
5000794-54.2018.4.04.0000/RS

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL LEANDRO PAULSEN

SUSCITANTE: 8ª TURMA DO TRF DA 4ª REGIÃO

INTERESSADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

INTERESSADO: ARI BILHALVA

ADVOGADO: EDUARDO TERGOLINA TEIXEIRA

EMENTA

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 183 DA LEI Nº 9.472/97. MULTA EM VALOR FIXO. VIOLAÇÃO À GARANTIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS.

1. Os crimes estão sujeitos às penas cominadas pelo Poder Legislativo e aplicadas pelo Poder Judiciário de modo individualizado, com atenção às circunstâncias específicas relacionadas a cada crime e ao seu agente.

2. A pena de multa deve guardar proporção com a pena privativa de liberdade e ter seu montante definido em atenção, ainda, à capacidade econômica do autor do crime. São definidos, caso a caso, a quantidade de dias-multa e o valor do dia-multa, conforme determina o Código Penal em atenção à garantia da individualização das penas.

3. A norma contida no preceito secundário do art. 183 da Lei nº 9.472/97, que prevê a incidência de multa no valor fixo de R\$ 10.000,00, impede a individualização, podendo revelar-se, nos casos concretos, excessiva ou insuficiente, razão pela qual viola o conteúdo material da garantia estampada no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal. Precedentes do TRF1 e do TRF3.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu, por maioria, acolher a arguição para declarar a inconstitucionalidade da expressão "de R\$ 10.000,00", contida no preceito secundário do artigo 183 da Lei nº 9.472/97, por violação ao artigo 5º, XLVI, da CF-88 e, assim, determinar a observância da regra

geral contida no art. 49 do Código Penal. Vencido em parte os Des. Federais SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 19 de dezembro de 2018.

Documento eletrônico assinado por **LEANDRO PAULSEN, Desembargador Federal Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **40000792906v8** e do código CRC **81629dd3**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): LEANDRO PAULSEN
Data e Hora: 19/12/2018, às 19:27:30

5000794-54.2018.4.04.0000

40000792906.V8



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº
5000794-54.2018.4.04.0000/RS

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL LEANDRO PAULSEN

SUSCITANTE: 8ª TURMA DO TRF DA 4ª REGIÃO

INTERESSADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

INTERESSADO: ARI BILHALVA

ADVOGADO: EDUARDO TERGOLINA TEIXEIRA

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Leandro Paulsen: Trata-se de arguição de inconstitucionalidade suscitada em questão de ordem apresentada por mim, em sessão ordinária da 8ª Turma deste Tribunal, nos autos da Apelação Criminal nº 50002565420164047110, interposta por ARI BILHALVA, condenado, pela prática do delito do artigo 183 da Lei nº 9.472/97, à pena de 2 anos de detenção, em regime aberto, e ao pagamento de multa no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de um salário mínimo vigente à época da sentença. Entendi que deveria ser argüida a inconstitucionalidade da expressão 'R\$ 10.000,00', contida no preceito secundário do art. 183 da Lei nº 9.472/97, por entender violado o princípio da individualização da pena, a exemplo do que ocorreu nos Tribunais Regionais Federais da Primeira e Terceira Regiões (ArgInc 2005.40.00.006267-0/PI, em 2.9.2010 e ArgInc 2000.61.13.005455-1, em 29.6.2011, respectivamente), pois se trata de norma em vigor, a qual, sem a pretendida declaração de inconstitucionalidade, deve ser aplicada na íntegra.

O acórdão que suscitou a questão de ordem na 8ª Turma desta Corte restou assim ementado:

DIREITO PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 183 DA LEI 9.472/97. PRECEITO SECUNDÁRIO.

Argüida a inconstitucionalidade da expressão 'R\$ 10.000,00', contida no preceito secundário do art. 183 da Lei nº 9.472/97, por violar o princípio da individualização da pena.

Acolhido pela Turma, apresento este incidente de arguição de inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 183 da Lei nº 9.472/97, atendendo ao disposto no artigo 97 da Constituição Federal.

Destaco que, intimado, o Ministério Público Federal se manifestou pela declaração de inconstitucionalidade da norma, mediante a interpretação conforme a Constituição. Alternativamente, opina pela inconstitucionalidade da expressão "de R\$ 10.000,00" (evento 6).

É o relatório.

VOTO

O Senhor Desembargador Leandro Paulsen: 1. *Controle de constitucionalidade difuso. Cabimento.* O controle difuso de constitucionalidade permite que quaisquer juízes ou tribunais fiscalizem a inconstitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público nos casos concretos que lhe são submetidos. Os contornos gerais do respectivo procedimento a ser observado pelas Cortes estão regulados no art. 97 da Constituição Federal e nos artigos 948 e 949 do CPC. No caso de o órgão fracionário acolher a arguição, submete a matéria ao plenário e, ao ser instaurado o procedimento, suspende-se o feito. O Órgão Especial pode decidir a questão, sob fundamento diverso daquele invocado pela Turma, por voto da maioria absoluta de seus membros. Respeitado o limite quanto ao objeto, isto é, o que foi reputado inconstitucional pelo ente fracionário, atribui-se ampla competência ao pleno para verifica a inconstitucionalidade ou não do dispositivo impugnado, cuja deliberação vincula a Turma em que se originou e serve de base para decisões de outros órgãos da Corte.

A propósito:

CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE DA EC 35/2001, DOS §§ 4º e 5º DO ARTIGO 34 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E DE DECRETO LEGISLATIVO ESTADUAL REALIZADO POR ÓRGÃO FRACIONÁRIO DE TRIBUNAL. DESRESPEITO À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. VIOLAÇÃO À SÚMULA VINCULANTE 10. EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES. 1. No exercício da atividade jurisdicional, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, poderá analisar a constitucionalidade ou não de lei ou de ato normativo, inclusive aqueles de efeitos concretos (controle difuso de constitucionalidade). 2. A inconstitucionalidade de ato normativo estatal só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal ou, onde houver, dos integrantes do respectivo órgão especial, sob pena de absoluta nulidade da decisão emanada do órgão fracionário (Turma, Câmara ou Seção), em respeito à previsão do art. 97 da Constituição Federal. 2. Embargos de declaração ACOLHIDOS, com efeitos infringentes, para reformar o acórdão embargado e, via de consequência, julgar procedente a reclamação.

(Rcl 18165 AgR-ED, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Segunda Turma, julgado em 21/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 04-09-2017 PUBLIC 05-09-2017)

2. *O princípio da individualização da pena.* CESARE BECCARIA, em sua clássica obra "Dos delitos e das penas" (1764), apresentou contundente crítica à crueldade da resposta dada à criminalidade pelo sistema penal vigente no âmbito do Estado absolutista. Segundo o autor, as penas não podiam ter como finalidade torturar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime praticado, mas obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar os seus patrícios do caminho do crime (...) uma pena para ser justa, precisa ter apenas o grau de rigor suficiente para afastar o homem da senda do crime. (BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das Penas. São Paulo: Hemus, 1974).

A constante e lenta superação daquele modelo arcaico de direito penal denunciado por BECCARIA fez com que diferentes teorias acerca da função da pena e do próprio direito penal fossem desenvolvidas (teoria da retribuição, teoria da prevenção, teoria da ressocialização) até que um amálgama dessas ideias passasse a ser encampado pelos contemporâneos Estados Democráticos de Direito. As penas infamantes restaram substituídas por sanções proporcionais e funcionalizadas aplicáveis mediante o devido processo legal garantidor de amplo direito de defesa ao acusado. A proteção aos bens jurídicos tutelados não se dá mais com sacrifício de direitos fundamentais; ao contrário, os afirma e respeita, tanto os dos acusados, como os das vítimas e os de todos os integrantes da sociedade.

É nesse contexto democrático e protetor dos direitos individuais que nossa Constituição Federal determina, em seu art. 5º, XLVI, a estrita observância ao princípio da individualização da pena. Trata-se de norma finalística a ser seguida pela legislação infraconstitucional e representa, em suma, a exigência de que a resposta às condutas ilícitas seja sempre proporcional e adequada ao caso concreto, mas, simultaneamente, que seja certa e inevitável de modo a não permitir o império da impunidade. A pena deve ser individualizada, nos limites da lei, e sua execução em estabelecimento prisional deve ser individualizada, quando menos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado. (PELUSO, Cezar. STF, HC 82.959)

No âmbito infraconstitucional o princípio ganha densidade e o caráter eclético da pena em nosso sistema fica evidenciado. O art. 59 do Código Penal brasileiro impõe que a pena seja dosada de forma necessária para reprovação e prevenção do crime. De outra banda, o art. 1º da Lei de Execuções Penais preocupa-se com a ressocialização do condenado. Há, por um lado, proteção aos direitos individuais daquele que se veja na condição de acusado e, por outro, resguardo do direito da coletividade de ver punidas violações ao ordenamento.

O mesmo art. 5º, XLVI, da CF, além de proclamar expressamente o princípio da individualização da pena, estabelece de forma taxativa as modalidades punitivas admitidas em nosso sistema, notadamente: privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa ou suspensão ou interdição de direitos. Há

um rol exauriente de métodos sancionatórios não infamantes a serem utilizados de forma adequada, proporcional e individualizada, à vista do caso concreto, considerando-se o crime praticado e o infrator.

Percebe-se que muito já nos distanciamos do sistema penal do tirano, onde o réu era visto como inimigo a ser destruído. Embora ainda haja um longo caminho a ser trilhado para aprimoramento do sistema, o fato é que a discussão que ora travaremos acerca do indulto está inserida em tal contexto democrático e, por conseguinte, as premissas para sua compreensão são muito diversas daquelas existentes em tempos remotos. Partindo-se desse ponto, faz-se necessário avançar a análise identificando a conformação institucional estabelecida pela Constituição Federal para fins de dar concretude ao princípio da individualização da pena.

3. *O arranjo constitucional das instituições para concretização do princípio da individualização da pena.* A organização da vida em sociedade, a garantia de liberdades e a proclamação de direitos envolvem a afirmação de bens merecedores de proteção jurídica. É legítimo que se utilize a resposta penal em face de condutas capazes de violar significativamente bens jurídicos de elevada importância. Consoante lição de Oscar Emílio Sarrule:

As proibições penais somente se justificam quando se referem a condutas que afetem gravemente a direitos de terceiros; como consequência, não podem ser concebidas como respostas puramente éticas aos problemas que se apresentam senão como mecanismos de uso inevitável para que sejam assegurados os pactos que sustentam o ordenamento normativo, quando não existe outro modo de resolver o conflito.(SARRULE, Oscar Emílio. La crisis de legitimidad Del sistema jurídico penal(abolicionismo o justificación). Bueno Aires: Editorial Universidad, 1998.)

É sobre o Poder Legislativo, representante da sociedade, que recai o ônus constitucional de apreciar condutas em abstrato, defini-las como de relevância penal e indicar os limites proporcionais da resposta estatal. Como preconiza o art. 5º, inciso XXXIX da Constituição, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Lei esta, diga-se, editada pelo Congresso Nacional de acordo com o procedimento dialógico estabelecido para a gênese de qualquer norma jurídica oriunda do parlamento. Essa é a primeira etapa do ciclo de atuação estatal no seio do direito penal, assim como é a primeira etapa na individualização das penas adequadas para cada caso concreto. Estamos diante da perspectiva abstrata do princípio da individualização da pena, ou seja, sua faceta relacionada à legalidade, impessoalidade e generalidade no tratamento das condutas similares para que nossa sociedade supere definitivamente a barbárie do vetusto direito penal, mas, simultaneamente, assegure o direito da coletividade de ver resguardadas as leis do país.

O segundo vértice do princípio da individualização da pena foi atribuído pela Constituição Federal ao Poder Judiciário. A ele incumbe a tarefa de, mediante processo conduzido em contraditório e

que assegure o amplo direito de defesa, identificar no caso concreto a eventual violação, por um indivíduo, da norma penal criada pelo Poder Legislativo e, ato contínuo, dosar a pena aplicável dentro das balizas abstratas fornecidas pela própria lei. O judiciário não analisa o acerto ou desacerto da criminalização desta ou daquela conduta, assim como, de regra, não avalia a qualidade ou quantidade da resposta penal estabelecida pelo Poder Legislativo, salvo quando violadores da garantias ou de direitos fundamentais. Trata-se de uma nova etapa na concretização do princípio da individualização da pena que não se sobrepõe àquela desempenhada pelo Congresso Nacional.

Ao condenar um indivíduo como incurso em preceito penal, o julgador partirá sempre da pena mínima estabelecida em abstrato pelo Poder Legislativo. Ao longo da dosimetria da pena, todo e qualquer acréscimo a ser realizado reclama fundamentação jurídica e descrição fática que o legitimem. Não há espaço para idiosincrasias, arbitrariedades ou imposição de penas decorrentes da vontade pessoal do julgador. Toda reprimenda reclama fundamentação clara, congruente com o caso, e, especialmente, ancorada na legislação penal editada pelo Congresso Nacional. Definida a condenação e passível de execução, reclama-se a atuação do terceiro poder do Estado, notadamente o Executivo.

O papel central do Poder Executivo na concretização do princípio da individualização da pena é assegurar a existência dos meios e métodos necessários para cumprimento das sanções, dosadas pelo Poder Judiciário a partir da legislação engendrada pelo Poder Legislativo, em atenção à pessoa do apenado. Em outras palavras, cabe aos Poderes Executivos federal e estadual a classificação e a orientação dos detentos segundo seus antecedentes, sexo, idade e personalidade para cumprimento das sanções nas casas prisionais, bem como lhes incumbe a construção de presídios, de casas de albergado, de colônias prisionais, a contratação de agentes penitenciários, a aquisição e manutenção de aparelhos como tornozeleiras eletrônicas etc. As varas judiciais de execuções penais presidem a execução das penas, sob a perspectiva jurídica, decidindo questões relacionadas, e.g., à progressão ou regressão de regimes e à preservação dos direitos dos presos. Mas são os órgãos do Executivo que dão concretude às decisões fazendo incidir adequadamente sobre o condenado as penas privativas de liberdade.

Para desempenho de tal mister, a Lei 7.210/84 instituiu os Departamentos Penitenciários nacional e locais, bem como o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Perceba-se que estamos diante de função administrativa congruente com a ontologia da própria nomenclatura de tal Poder, ou seja, "Executivo". Nessa última etapa da individualização da pena em um Estado Democrático de Direito não há qualquer realização de juízo de valor acerca das sanções, seja no que tange a sua perspectiva abstrata definida pelo Poder Legislativo, seja em relação a sua face concreta decorrente da atuação do Poder Judiciário.

Podemos sintetizar o quadro constitucional envolvendo o princípio da individualização da pena da seguinte maneira: (a) ao Poder Legislativo incumbe a tarefa de editar leis criminalizando condutas que atentem contra os bens jurídicos mais caros à sociedade, penalizando-as de modo proporcional; (b) ao Poder Judiciário, mediante processo travado em contraditório e garantidor do direito à ampla defesa, cabe analisar fatos concreto, identificar se sua autoria efetivamente pertence ao acusado e, com base nos limites previamente estabelecidos pela legislação, dosar a pena adequada às circunstâncias do caso concreto; (c) ao Poder Executivo incumbe à tarefa de viabilizar e coordenar a execução das sanções penais que recaírem sobre indivíduos após a observância estrita da legalidade e do procedimento judicial em contraditório.

Vale invocar, nessa linha, a lição Rui Rosado de Aguiar Júnior, que assim define o princípio da individualização da pena: norte que inicia sua atuação na elaboração da lei (individualização legislativa), quando são escolhidos os fatos puníveis, as penas aplicáveis, seus limites e critérios de fixação. Tem continuidade na individualização feita na sentença, para o réu no caso concreto, corresponde à segunda fase (individualização judicial), e é perfectibilizado quando da individualização executória, durante o cumprimento da pena. Trata-se de um princípio que emana efeitos sobre as três esferas de poder, como é possível identificar de forma nítida. Somente quando houver verdadeira individualização da pena para o réu nas três etapas ora apontadas é que o princípio constitucional explícito em tela terá sido devidamente respeitado. (AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado. *Aplicação da Pena*. 5ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 11).

4. *O sistema de freios e contrapesos na individualização da pena.* A Constituição Federal descreve a atuação institucional de cada um dos Poderes na tarefa de concretizar o princípio da individualização da pena. O desempenho de seus respectivos papéis pelos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, nos termos do art. 2º da legislação de vértice, deve ocorrer de forma independente e harmônica. O dispositivo cristaliza o antigo princípio da separação dos poderes tratado por MONTESQUIEU em sua obra "Do espírito das Leis":

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.(MONTESQUIEU, Barão de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962, v.1., p. 181)

A separação dos poderes, por certo, não é absoluta. Há mecanismos constitucionais pontuais de participação e de atuação de um Poder sobre o outro para assegurar o equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e o controle de arbítrios e desmandos.

Normalmente, o princípio da individualização da pena concretiza-se mediante atuação harmônica e independente de cada poder no desempenho de seu papel específico sem interferências externas. Intervenções, ressaltado, são excepcionais e devem contar com sólida base constitucional para que não configurem usurpação ilegítima de competência.

Como se viu, o primeiro vértice do princípio da individualização da pena cabe com exclusividade ao Poder Legislativo, a quem incumbe a tarefa de eleger os bens jurídicos a ser tutelados pela norma penal, estabelecer a modalidade da reprimenda para eventual conduta ilícita, assim como determinar seu quantitativo mínimo e máximo. A Constituição Federal veda expressamente que o Poder Executivo legisle sobre matéria penal (62, §1º, I, b), o que assegura a independência do Congresso. Paralelamente, o Poder Judiciário somente poderá emitir juízo de valor acerca das escolhas legislativas quando essas desbordem dos limites constitucionais mediante criação de punições irrazoáveis ou discrepantes dos valores contidos no próprio texto maior.

Para que determinada norma editada pelo Legislativo respeite o princípio da proporcionalidade (derivação do princípio do devido processo legal insculpido no art. 5º LIV da CF), é preciso que ela ostente adequação teleológica (finalidade política ditada não por motivações arbitrárias do próprio administrador, legislador ou juiz, mas sim por valores éticos deduzidos na Constituição Federal); seja necessária (o meio não exceda os limites indispensáveis e menos lesivos possíveis à conservação do fim legítimo pretendido), e; apresente proporcionalidade em sentido estrito (o "mal" causado pela norma deve ser inferior ao "bem" por ela atingido). Sobre o tema valho-me do escólio de Miguel Reale Júnior:

(...) O princípio da proporcionalidade deflui do conjunto dos princípios e direitos fundamentais explicitados na Constituição, a começar pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, a pessoa humana não pode alcançar sua realização concreta se sujeita estiver ao arbítrio do legislador, o qual, a seu livre talante, escolhe como objeto de punição comportamentos inócuos ou meras desobediências a normas de caráter administrativo, pois "somente as infrações mais graves da ordem social devem ser eleitas pelo direito penal" e a "retribuição penal deve ser proporcional à escala ético-penal de proteção de bens jurídicos". (REALE JÚNIOR, Miguel. A inconstitucionalidade da lei dos remédios. RT, v.763/99. P. 415-431)

O campo da discricionariedade política outorgada pela Constituição Federal ao legislador é amplo e, dentro deste espectro, é absolutamente vedada qualquer interferência externa, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes e da própria individualização da pena. A Constituição traz como mecanismos de intervenção excepcional o controle de constitucionalidade realizado pelo judiciário (difuso e abstrato) e pelo executivo através do veto jurídico. Eventuais intervenções por essas vias somente serão legítimas quando o legislador vá além daquele amplo espaço de conformidade que lhe é dado pela Constituição Federal. Sendo possível a identificação de que a

decisão tomada é desarrazoada e desproporcional, ultrapassando margem racional de definição de meios legítimos para obtenção dos resultados necessários, resta autorizada a atuação dos órgãos judiciais de modo a corrigir a distorção criada.

Saliente-se que essa "intervenção" observará métodos muito específicos delineados na Constituição Federal, ou seja, dar-se-á: (a) por intermédio das ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade que tramitam exclusivamente perante o Supremo Tribunal Federal, ou; (b) tratando-se de controle difuso, mediante observância da reserva de plenário pelos Tribunais (art. 97 da CF). Somente quando observados tais requisitos bastante estreitos é que eventual abuso praticado pelo Poder Legislativo e sancionado pelo Poder Executivo poderá ser ceifado mediante intervenção do Poder Judiciário.

Paralelamente, ao Poder Legislativo é conferido o poder de editar normas descriminalizando ou anistiando determinadas condutas. Nesse caso, é o Poder Legislativo que, por motivos de política criminal, adota medida apta a afastar por completo a atuação do Poder Judiciário e do Poder Executivo na individualização da pena. Todos aqueles indivíduos que já haviam sido condenados, ou que estavam sofrendo perseguição criminal com base em norma anteriormente editada pelo Poder Legislativo, deixam a condição de alvos legítimos da atuação estatal. Trata-se de mais um exemplo, constitucionalmente avalizado, em que a atuação de um Poder implica ingerência direta sobre a atuação dos demais. E, novamente, verifica-se o caráter excepcional na medida, porquanto há necessidade de edição de lei geral e abstrata votada pela maioria do Congresso Nacional mediante processo legislativo público e que enseja a participação da sociedade no acompanhamento da sua tramitação.

Por fim, a Constituição Federal complementa o sistema de freios e contrapesos, no âmbito da individualização da pena, outorgando ao Poder Executivo o instrumento do indulto (art. 84, XII). Trata-se de medida que vem sendo adotada pelo Poder Executivo por intermédio de decreto desde 1988 e tem como resultado final a extinção da punibilidade de pessoas que: (a) praticaram conduta típica descrita na norma penal editada pelo Poder Legislativo, e; (b) foram condenadas mediante processo em contraditório conduzido pelo Poder Judiciário, o qual já estabeleceu a sanção para o caso concreto.

5. A inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 183 da Lei nº 9.472/97. Dispõe o art. 183 da Lei nº 9.472/97, verbis:

Art. 183. Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação:

Pena - detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, direta ou indiretamente, concorrer para o crime.

Na lição de Cleber Masson, *in* Código Penal Comentado, Editora Método, 5ª edição, a atividade de aplicar a pena, exclusivamente judicial, consiste em fixá-la, na sentença, depois de superadas todas as etapas do devido processo legal, em quantidade determinada e respeitando os requisitos legais, em desfavor do réu a quem foi imputada a autoria ou a participação em uma infração penal. Cuida-se de ato discricionário juridicamente vinculado. O juiz está preso aos parâmetros que a lei estabelece. Dentro deles poderá fazer as suas opções, para chegar a uma aplicação justa da pena, atento às exigências da espécie concreta, isto é, às suas singularidades, às suas nuances objetivas e principalmente à pessoa a quem a sanção se destina.

É justamente a falta destes parâmetros - capazes de permitir ao Juiz a observância das nuances objetivas e subjetivas na aplicação da sanção ao caso concreto -, que implica a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 183 da Lei nº 9.472/97.

A efetiva individualização da pena demanda que o montante da reprimenda não seja fixo, devendo variar entre o nível mínimo e o máximo, o que facultará ao magistrado, analisando as condições e circunstâncias do crime, assim como a culpabilidade do agente, determinar a quantidade e a qualidade da pena a ser aplicada.

Verifica-se que o legislador, ao estabelecer o valor rígido de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para a multa, sem prever a variação do *quantum* entre um patamar mínimo e máximo, deixou de observar o princípio da individualização da pena, ao não permitir que o julgador proceda à citada análise para a fixação da reprimenda. A pena pecuniária deve, pois, seguir o mesmo critério previsto para a pena privativa de liberdade.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE DESENVOLVER CLANDESTINAMENTE ATIVIDADE DE TELECOMUNICAÇÃO. LEI 9.472, DE 1997, ART. 183. CONDENAÇÃO MANTIDA. 1. Apelações interpostas pelo Ministério Público Federal (MPF) e pelos acusados Alex Gomes da Rocha e Tibério Augusto Neto da sentença pela qual o Juízo condenou os réus pela prática do crime de "[d]esenvolver clandestinamente atividade de telecomunicação" (emissora de rádio) a 2 anos de detenção para ambos, 10 dias-multa para o primeiro e 40 dias-multa para o segundo. Lei 9.472, de 16/07/1997 (Lei 9.472), Art. 183. 2. MPF sustenta, em sinopse, que a pena-base aplicada aos acusados deve ser majorada em virtude de ser desfavorável a circunstância judicial relativa à culpabilidade; que a pena de multa deve ser fixada em R\$ 10.000,00, nos termos do preceito secundário do Art. 183 da Lei 9.472. Alex sustenta, em suma, a nulidade do processo, a partir das alegações finais orais do MPF, por ofensa ao princípio da dialeticidade, uma vez que o órgão presente à audiência se limitou a pedir a condenação dos réus, sem a análise crítica da prova contida nos autos, prejudicando a defesa; a ausência de potencialidade lesiva da conduta, porquanto o transmissor era de baixíssima potência; a atipicidade da conduta em virtude da aplicação à espécie do princípio da insignificância; que a

*conduta por ele perpetrada caracteriza o tipo descrito no Art. 70 da Lei 4.117, de 1962. Tibério sustenta, em síntese, a atipicidade da conduta em virtude da aplicação à espécie do princípio da insignificância; a ausência de prova da materialidade do delito em razão da inexistência de laudo pericial, mas, sim, de laudo técnico unilateral, produzido pelo agente fiscalizador. Requerem o provimento do recurso nos termos acima resumidos. Parecer da PRRI pelo não provimento do recurso do MPF e pelo provimento dos recursos dos réus. 3. Apelação do acusado Alex. Nulidade do processo. Alegações finais orais do MPF. Inexistência de demonstração concreta de prejuízo. CPP, Art. 563 e Art. 566. Improcedência. Apelação do acusado Tibério. Alegação de que os laudos técnicos elaborados pela fiscalização não constituem prova pericial. Inexistência de prova idônea, inequívoca e convincente de que o Juízo teria considerado os aludidos laudos técnicos como prova pericial, e, não, como prova documental da materialidade do crime imputado aos réus. Em consequência, a argumentação do recorrente Tibério não tem influência "na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa." CPP, Art. 566. 4. Apelações dos réus. Crime de "[d]esenvolver clandestinamente atividade de telecomunicação". Lei 9.472, Art. 183. (A) Crime formal e de perigo abstrato. (TRF 1ª Região, ACR 0000724-13.2013.4.01.3806/MG; ACR 0002116-49.2008.4.01.4101/RO; ACR 0005734-63.2012.4.01.4100/RO.) Consequente irrelevância da ausência de prova da ocorrência de lesão efetiva ao bem jurídico tutelado. (B) Hipótese em que as provas indicadas pelo Juízo, vistas em conjunto e analisadas de forma criteriosa e crítica, são suficientes para convencer qualquer julgador racional e razoável da presença de todos os elementos da definição legal do crime de "[d]esenvolver clandestinamente atividade de telecomunicação", acima de dúvida razoável. (C) Condenação mantida. 5. Apelações dos réus. Desclassificação para o tipo descrito no Art. 70 da Lei 4.117. Improcedência, no caso. A) Segundo o STF, "[a] diferença entre a conduta tipificada no art. 70 do antigo Código Brasileiro de Telecomunicações e a do art. 183 da nova lei de Telecomunicações está na habitualidade da conduta. Quando a atividade clandestina de telecomunicações é desenvolvida de modo habitual, a conduta tipifica o disposto no art. 183 da Lei nº 9.472/97, e não o art. 70 da Lei nº 4.117/62, que se restringe àquele que instala ou utiliza sem habitualidade a atividade ilícita em questão." (STF, HC 93870; HC 128567; STJ, AgRg no AREsp 780.308/PR; TRF 1ª Região, ACR 0019138-64.2010.4.01.4000/PI; RSE 0001503-83.2013.4.01.3800/MG.) (B) Hipótese em que ficou comprovado que os réus exploravam a radiodifusão clandestina com habitualidade. 6. Apelação do MPF. Pretensão à majoração da pena-base sob o fundamento de que "é possível perceber que os sentenciados tinham plena consciência da ilicitude de seus atos, explorando a estação de radiodifusão clandestinamente não obstante soubesse da necessidade da autorização do órgão competente." Improcedência. "A imputabilidade, a exigibilidade de conduta diversa e o potencial conhecimento da ilicitude constituem pressupostos da culpabilidade como elemento integrante do conceito analítico do crime, ao passo que a 'culpabilidade' prevista no art. 59 do Código Penal diz respeito ao grau de reprovabilidade da conduta do agente, esta, sim, a ser valorada no momento da fixação da pena-base." (STJ, HC 90.161/SC.) 7. Apelação do MPF. Pretensão à fixação da pena de multa em R\$ 10.000,00, nos termos do preceito secundário do Art. 183 da Lei 9.472. Improcedência. **A Corte Especial deste Tribunal declarou, por unanimidade, a "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."** (TRF 1ª Região, HCE 0006263-38.2005.4.01.4000/PI.) Em consequência, a fixação da pena*

de multa deve observar os limites definidos no Art. 49 do CP. 8. Apelação do acusado Tibério. Pena privativa de liberdade fixada no mínimo legal e pena de multa fixada em 30 dias-multa acima do mínimo legal. Inadmissibilidade. "A pena-base de multa de que trata o caput do artigo deve ser proporcional à pena-base privativa de liberdade aplicada ao réu. Se aquela é aplicada no mínimo legal, em razão da análise das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, esta também deve seguir o mesmo entendimento." (TRF 1ª Região, ACR 0008568-74.2004.4.01.3500/GO; EDACR 2005.30.00.001295-1/AC; ACR 0018730-65.2003.4.01.3500/GO; STJ, HC 56150/RS.) Consequente redução da pena de multa para o mínimo legal. 9. Apelações do acusado Alex e do MPF não providas. Apelação do acusado Tibério provida em parte. A Turma, por unanimidade, negou provimento às apelações do acusado Alex e do MPF, e deu provimento, em parte, à apelação do acusado Tibério. (ACR 0013807-51.2012.4.01.3800, DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRIO CÉSAR RIBEIRO, TRF1 - TERCEIRA TURMA, e-DJF1 DATA:24/08/2018 PAGINA:.)

PENAL. PROCESSO PENAL. ATIVIDADE CLANDESTINA DE TELECOMUNICAÇÃO. EMISSORA DE RADIODIFUSÃO. DELITO DO ARTIGO 183 DA LEI 9.472/1997. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA DE MULTA. INCONSTITUCIONALIDADE.

- Princípio da Insignificância. Especificamente no que tange ao crime de desenvolvimento clandestino de atividade de telecomunicação (art. 183 da Lei nº 9.472/1997), mostra-se impertinente o pleito de incidência do postulado da bagatela tendo em vista que o delito mencionado visa tutelar a segurança e a higidez do sistema de telecomunicação presente no país, a permitir, inclusive, o controle e a fiscalização estatal sobre tal atividade econômica, caracterizando-se por ser infração penal formal e de perigo abstrato, ou seja, consumando-se independentemente da ocorrência de dano - portanto, diante de mácula a bem jurídico de suma importância, impossível cogitar-se de mínima periculosidade social da ação e de reduzido grau de reprovabilidade do comportamento.

- A mera instalação ou a mera utilização de aparelhagem em desacordo com as exigências legais, bem como a existência de atividade clandestina de telecomunicações, já tem o condão de causar sérias interferências prejudiciais em serviços de telecomunicações regularmente instalados (como, por exemplo, polícia, ambulância, bombeiro, navegação aérea, embarcação, bem como receptores domésticos adjacentes à emissora) em razão do aparecimento de frequências espúrias, razão pela qual, além de presumida a ofensividade da conduta pela edição da lei, inquestionável a alta periculosidade social da ação, também sob tal viés, daquele que age ao arrepio das normas de regência.

- Materialidade Delitiva. Restou comprovada pela notitia criminis oferecida pela ANATEL, pelo cumprimento de mandado de busca e apreensão por agentes da polícia federal e por laudo técnico, atestando a existência de estação de radiodifusão sonora não outorgada, autodenominada "Rádio Alternativa FM", instalada e em funcionamento em dependências de ambiente residencial na Rua Tenente Nelson Ricardo de Proença n.º148 - Fundos, no município de Capão Bonito/SP, utilizando-se do espectro de radiofrequência em 103,5 MHz, na faixa de frequência modulada (FM), através de um transmissor FM, sem modelo e sem número de série, bem como uma CPU, sem identificação e sem número de série, sistema irradiante composto de cabos e antenas para irradiação com estrutura vertical, altura aproximada de 8 metros em relação ao solo e antena do tipo

monopolo vertical com plano terra, sem outorga da ANATEL.

- Autoria e elemento subjetivo. Analisando o depoimento das testemunhas e do réu, bem como todo o conjunto probatório, há nos autos elementos suficientes que comprovem a autoria delitiva imputada ao acusado. A manutenção de um estúdio de gravação em uma localidade e dos equipamentos de transmissão da rádio comunitária em outro, foi, comprovadamente, um estratagema do réu para burlar a fiscalização. Da análise de trechos da entrevista concedida por políticos locais ao réu e veiculada na citada Rádio Alternativa FM, que motivou o requerimento da Câmara dos Vereadores de Capão Bonito/SP para instauração de inquérito policial, constata-se que o acusado efetuou entrevista direcionada a rádio comunitária que, com sua experiência anterior, sabia tratar-se de rádio clandestina, sendo desnecessário, ainda, comprovar a propriedade dos equipamentos apreendidos, bem como a finalidade da rádio comunitária. Caracterizado o dolo na vontade livre e consciente da prática delitiva.

- Dosimetria da pena. Não tendo sido conhecido o apelo do Ministério Público Federal e sem insurgência do réu, a dosimetria da pena deve ser mantida nos termos fixados em sentença. Condenação do acusado fixada em 02 (dois) anos de detenção. Pena privativa de liberdade substituída por duas penas restritivas de direitos, sendo a primeira delas a de prestação de serviços à comunidade, e a segunda de prestação pecuniária, consistente na entrega de uma cesta básica por mês, no valor de R\$100,00, à APAE.

- Pena de multa. Embora o preceito secundário do art. 183 da Lei n.º 9.472/1997 determine a aplicação de multa no valor fixo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), é consolidado o entendimento desta Corte no sentido de que a pena de multa estabelecida na Lei n.º 9.472/1997 viola o princípio da individualização da pena. Inclusive, em sessão de julgamento realizada em 29.06.2011, o Órgão Especial desta Corte declarou, nos autos da Arguição de Inconstitucionalidade Criminal n.º. 0005455-18.2000.4.03.6113, a inconstitucionalidade da expressão "de R\$ 10.000,00", a qual consta do preceito secundário do art. 183 da Lei n.º 9.472/1997. Pena de multa fixada em 10 (dez) dias-multa, no valor de um trigésimo do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

- Apelação do réu que se dá parcial provimento.

(TRF 3ª Região, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 64305 - 0006841-14.2008.4.03.6110, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS, julgado em 04/09/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/09/2018)

Note-se que todo o sistema penal brasileiro, no que toca à fixação da pena pecuniária imposta em paralelo à privativa de liberdade, adota uma escala variável que oscilará de acordo com a gravidade da conduta. Assim, seja sob a perspectiva da pena corporal, seja sob a perspectiva da multa a ser imposta, cabe ao Poder Judiciário avaliar as particularidades do caso concreto em consonância com as diretrizes legais de modo a estabelecer a sanção proporcional àquela conduta. Há de se buscar uma equivalência entre a lesão causada ao bem jurídico e a sanção destinada a repará-la, punir o agente, bem como ressocializá-lo.

É neste contexto que o art. 49 do Código Penal, aplicável a todos os tipos penais que não adotem parâmetro próprio (v.g., crimes de tráfico de drogas), estabelece:

Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Como se vê, o legislador outorgou ao julgador do caso concreto os critérios para o exercício de uma discricionariedade balizada. Primeiramente, deverá o Juízo fixar o número de dias-multa em equivalência à sanção corporal estabelecida em desfavor do agente para, ato contínuo, atribuir um valor a cada unidade monetária de acordo com a capacidade econômica do condenado. É desta forma que a individualização da pena poderá ser densificada e observará os princípios constitucionais da proporcionalidade e vedação à proteção insuficiente.

Destarte, o critério geral trazido pelo art. 49 do Código Penal deve ser aplicado em detrimento da inconstitucional multa invariável estabelecida pelo art. 183 da Lei 9.472/97. Isso porque a aplicação fixa de uma pena no patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), ainda que acidentalmente possa vir a se mostrar acertada para alguns casos, necessariamente acarretará condenações excessivas diante de réus economicamente hipossuficientes e, de outro lado, irrisórias para indivíduos que possuam elevada fortuna.

Dispositivo.

Ante o exposto, voto por acolher a **arguição** para declarar a **inconstitucionalidade** da expressão "de R\$ 10.000,00", contida no preceito secundário do artigo 183 da Lei nº 9.472/97, por violação ao artigo 5º, XLVI, da CF-88 e, assim, determinar a observância da regra geral contida no art. 49 do Código Penal.

Documento eletrônico assinado por **LEANDRO PAULSEN, Desembargador Federal Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **40000792905v29** e do código CRC **498a356a**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): LEANDRO PAULSEN
Data e Hora: 19/12/2018, às 19:27:30

5000794-54.2018.4.04.0000

40000792905 .V29