



Universidade de Brasília - UnB
Faculdade de Direito

VINÍCIUS GONZALEZ NÓBREGA

**O ADIMPLEMENTO DA MULTA CUMULATIVA COMO CONDIÇÃO PARA A
PROGRESSÃO DE REGIME**

Brasília
2019

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**O ADIMPLENTO DA MULTA CUMULATIVA COMO CONDIÇÃO PARA
A PROGRESSÃO DE REGIME**

Autor: Vinícius Gonzalez Nóbrega

Orientador: Prof. Dr. João Costa Neto

Monografia apresentada como
requisito parcial à obtenção do grau
de Bacharel no Programa de
Graduação da Faculdade de Direito
da Universidade de Brasília.

06 de Julho de 2019.

FOLHA DE APROVAÇÃO

VINÍCIUS GONZALEZ NÓBREGA

O adimplemento da multa cumulativa como condição para a progressão de regime.

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Data de apresentação: 06 de julho de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. João Costa Neto
(Orientador – Presidente)

Prof. Dr. Paulo Cesar Villela Souto Lopes Rodrigues
(Membro)

Prof. Emerson Silva Barbosa
(Membro)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, a quem são devidas graças sempre e em todo lugar, e à Imaculada Virgem Maria, cuja intercessão, pela via dos mistérios do Santo Rosário, proporcionou-me incontáveis graças.

Agradeço a minha mãe, Elizabeth, a meu pai, Julio Cesar, e a meu irmão, Bruno, pelo amparo do convívio familiar, indispensável para o desenvolvimento pessoal e intelectual de qualquer pessoa.

Por semelhante razão, agradeço aos meus amigos de longa data, em especial aos senhores Pedro Willemann, André Ferreira e José Versiani, cuja convivência já perpassa mais de quinze anos. Também sou grato aos meus estimados colegas da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. São muitas as memórias agradáveis e as boas companhias, que tornaram excepcionalmente aprazíveis os cinco anos da graduação em Direito. Cito, em rol exemplificativo, os senhores João Henrique Carvalho, Yuri Sena, Guilherme Cordeiro, Lucas Leocádio, Pedro Mendonça Araújo, Victor Dantas e A.W. Dias.

Agradeço a todos que me acompanharam em estágio acadêmico na Procuradoria da República no Distrito Federal, em especial à assessora jurídica Luana Facuri, pela possibilidade de manter contato prático com o Direito Penal brasileiro, inclusive com matérias analisadas nesta monografia.

Por fim, agradeço ao meu orientador, Dr. João Costa Neto, pelas valiosas sugestões para este trabalho e pela presteza em auxiliar os seus orientandos.

Vinícius Gonzalez Nóbrega
Brasília, 26 de junho de 2019

FICHA CATALOGRÁFICA

GONZALEZ NÓBREGA, Vinícius. (2019). O adimplemento da multa cumulativa como condição para a progressão de regime. Monografia Final do Curso em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF. 74 p.

SUMÁRIO

RESUMO.....	8
ABSTRACT.....	8
INTRODUÇÃO.....	9
1. PRIMEIRO CAPÍTULO: OS PRESSUPOSTOS FILOSÓFICOS DO PODER PUNITIVO ESTATAL.....	13
1.1 Retribuição	14
1.2 Prevenção geral	16
1.3 Prevenção especial	19
1.4 Teorias ecléticas, ou integrativas	22
1.5 A integração das teorias no ordenamento jurídico brasileiro	24
2. SEGUNDO CAPÍTULO: QUESTÕES DOGMÁTICO-JURÍDICAS APLICÁVEIS AO CASO.....	26
2.1 A pena de multa no ordenamento jurídico brasileiro	26
2.1.1. As diversas espécies de multa no ordenamento jurídico brasileiro	26
2.1.2 A multa e as demais penas pecuniárias.....	28
2.1.3 Execução da pena de multa: sanção criminal ou dívida de valor?	32
2.2 Considerações sobre o sistema progressivo de execução de penas privativas de liberdade	36
2.2.1. Regimes de cumprimento de pena privativa de liberdade	36
2.2.2 – Requisitos para a progressão de regime.....	38
2.4 - Debate teórico acerca do sistema progressivo de execução de penas privativas de liberdade: a discussão do <i>Habeas Corpus</i> nº 82.959 no Supremo Tribunal Federal	41
3. TERCEIRO CAPÍTULO: O CONDICIONAMENTO DA PROGRESSÃO DE REGIME AO ADIMPLENTO DA MULTA CUMULATIVA - A DISCUSSÃO DA EP Nº 12 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	49
3.1. Contextualização fática	49
3.2. A restrição do benefício executório frente à garantia constitucional da vedação da prisão por dívidas	50
3.2.1. Prisão civil	51
3.2.2 A prisão por dívidas na história	52
3.2.3. Há justificação moral para a prisão por dívidas?.....	53
3.2.4. A multa criminal e a prisão por dívidas.	56
3.3 O condicionamento da progressão de regime ao pagamento da multa ofende o princípio da legalidade?	59
3.3.1. Considerações sobre o princípio da legalidade.....	60

3.3.2. Normas legais pertinentes ao caso	63
3.3.4. Interpretação do requisito subjetivo para a progressão de regime.....	66
CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS	72

RESUMO

No sistema penal brasileiro, o cumprimento das penas privativas de liberdade apresenta caráter progressivo, com três possíveis regimes penais. Um condenado que inicia sua pena em regime fechado, dentro de um estabelecimento de segurança máxima ou média, pode ser transferido para um regime carcerário menos severo se cumprir os requisitos objetivo (porcentagem de tempo cumprido) e subjetivo (bom comportamento) previstos na Lei de Execução Penal. Em 2015, o Supremo Tribunal Federal entendeu que é possível que a progressão de regime seja negada se o apenado não pagar a multa devida, dispondo de capacidade financeira para tanto. Este artigo, portanto, visa a analisar essa decisão à luz dos principais desideratos das penas - retribuição, prevenção geral e ressocialização - e no contexto das garantias constitucionais da legalidade e da vedação à prisão por dívidas. O estudo conclui que a decisão não conflita com tais garantias e promove o cumprimento dos principais objetivos do sistema penal, além de reforçar a natureza coercitiva da pena de multa.

Palavras chave: pena de multa, progressão de regime, execução penal, prisão por dívidas.

ABSTRACT

In the Brazilian criminal justice system, prison sentences are served in three possible regimes, in a progressive fashion. Therefore, a convict who begins his prison term in an enclosed regime, within a maximum or medium-security prison, may be transferred to a less harsh prison regime if he fulfills the objective (percentage of time served) and subjective (good behavior) requirements. In 2015, the Brazilian Supreme Court ruled that it is possible for such transference to be denied if the inmate, when able to do so, fails to pay his criminal fine due. This paper, therefore, aims to analyze this ruling in the light of the main desiderata of criminal punishments - retribution, general prevention and resocialization - and in the context of constitutional protections against imprisonment of debtors and extralegal state actions. The study concludes that the ruling does not conflict with such constitutional guarantees; and promotes compliance with the main objectives of criminal penalties, as well as reinforces the coercive nature of fines.

Keywords: criminal fines, progression, criminal execution, debtors' prison.

“Requiritur etiam ad restituendum aequalitatem iustitiae; et ad amovendum scandalum aliorum, ut aedificentur in poena qui sunt scandalizati in culpa”

- São Tomás de Aquino

INTRODUÇÃO

No Direito Penal brasileiro, especialmente após a Reforma Penal de 1984, observa-se uma tendência dogmático-acadêmica de reduzir a preponderância da pena privativa de liberdade sobre as demais sanções penais aceitas no ordenamento jurídico¹. Introduziu-se no sistema punitivo brasileiro uma série de institutos jurídicos cuja aplicação foi concebida como uma forma de evitar o encarceramento dos condenados, a exemplo das penas restritivas de direito ou do *sursis* processual. A privação da liberdade, assim, passou a ser considerada como uma última resposta estatal às infrações penais.

Essa mudança se observou na própria execução das penas privativas de liberdade, com a aprovação da Lei nº 7290/1984 (Lei de Execução Penal), componente da Reforma de 1984. Tal diploma legislativo inaugurou um novo paradigma para as execuções penais no Brasil, em que o confinamento do infrator em uma cela não mais representa a medida de efetivação da sanção penal privativa de liberdade. Em sentido contrário, instituiu-se um sistema progressivo para o cumprimento das penas, e não se vislumbra, salvo em casos excepcionais, que o condenado permaneça por todo o tempo da sua pena em um regime prisional fechado.

Em verdade, o regime fechado, na atual sistemática, é apenas uma das etapas da execução da pena privativa de liberdade, cuja natureza progressiva informa que o *iter* da pena carcerária é o seu gradual abrandamento, de modo a permitir um grau cada vez maior de inserção do apenado em determinadas esferas do convívio social, até a sua recolocação, por completo, na vida gregária.

De forma quase paradoxal, essa tendência de reduzir a intensidade da resposta punitiva estatal foi instituída em meio a um cenário, entre as décadas de 1980 e 2010, de aumento da insegurança pública e das taxas de violência no Brasil.²

¹ Oportuno, a esse respeito, destacar trecho da exposição de motivos da Lei nº 7.209/1984, que alterou a parte geral do Código Penal: “27 - *As críticas que em todos os países se têm feito à pena privativa da liberdade fundamentam-se em fatos de crescente importância social, tais como o tipo de tratamento penal freqüentemente inadequado e quase sempre pernicioso, a inutilidade dos métodos até agora empregados no tratamento de delinquentes habituais e multi-reincidentes, os elevados custos da construção e manutenção dos estabelecimentos penais, as conseqüências maléficas para os infratores primários, ocasionais ou responsáveis por delitos de pequena significação, sujeitos, na intimidade do cárcere, a sevícias, corrupção e perda paulatina da aptidão para o trabalho*”.

² Conforme apontado no Mapa da Violência (2015, p. 16), a variação na taxa de homicídios por arma de fogo entre os anos de 1980 e 2014 foi de 592,8%. O estudo pode ser consultado em <https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2016/Mapa2016_armas_web.pdf>, acesso em junho de 2019.

O clamor popular presumivelmente decorrente da elevada percepção de criminalidade levou o Poder Legislativo a atuar, em certos momentos, para restringir a aplicação das normas mais brandas aos infratores. Não houve, entretanto, uma tendência a aumentar as penas cominadas aos tipos penais, mas sim uma redução da abrangência da progressividade na execução penal.

Foi esse o caso da Lei dos Crimes Hediondos, que, em sua redação aprovada em 1993, vedava a progressão de regime para condenados por crimes considerados especialmente graves. Em relação aos crimes de colarinho branco, essa tendência se observou na aprovação da Lei nº 10.763/2003, que condicionou a concessão do benefício executório, em relação a condenados por crimes contra a administração pública, à devolução do produto do crime ou à reparação do dano causado.

No ano corrente, voltou à baila o aumento da severidade na execução penal como uma forma de resposta estatal mais incisiva à criminalidade. Dentre as medidas sugeridas pelo atual Ministro da Justiça e Segurança Pública em projeto legislativo anticrime apresentado ao Congresso Nacional (Projeto de Lei nº 882/2019)³, está o enrijecimento das normas atinentes à progressão de regime, por exemplo, com a sua vedação aos integrantes de facções criminosas.

Nas atuais discussões do sistema punitivo brasileiro, de outra forma, a pena de multa quedou relegada a segundo plano. Outrora a mais importante sanção penal não-carcerária, a multa foi, na dimensão de pena alternativa, largamente suplantada pelas penas restritivas de direito, algumas das quais também consistem em obrigações pecuniárias impostas ao apenado. A multa cumulativa, de maneira semelhante, recebe pouca atenção por parte dos operadores do Direito, pois a dimensão patrimonial da pena é deveras ofuscada pela constrição física ocasionada pela pena carcerária.

Nesse sentido, uma tentativa de reavivar o papel da pena de multa no ordenamento jurídico brasileiro foi feita pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agravo Regimental na Progressão de Regime na Execução Penal n.º 12, em 2015. Na ocasião, a corte decidiu pela denegação da progressão de regime a condenado solvente que não iniciou o pagamento da dívida referente à multa criminal.

³ Inteiro teor disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>>.

Neste trabalho, pretende-se analisar, frente às normas e princípios legais e constitucionais que regem o sistema punitivo brasileiro, o condicionamento da progressão de regime ao pagamento da multa. Para isso, optou-se por estruturá-lo em três capítulos.

O primeiro capítulo é destinado à revisão das discussões, no âmbito da Filosofia do Direito, acerca da justificação moral para a imposição de penas aos infratores, bem como sobre as finalidades da punição estatal. Por evidente, não se pretende exaurir esse tópico, que, sem dúvidas, é digno de uma tese exclusiva sobre o assunto. Em verdade, serão analisadas, em seus aspectos gerais, três grandes correntes jusfilosóficas sobre a pena, bem como a maneira com que os seus postulados foram incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Para essa primeira etapa, a metodologia aplicável é a revisão bibliográfica de autores selecionados, afiliados a cada uma das correntes em análise.

O segundo capítulo é dedicado à abordagem dogmático-jurídica dos institutos relevantes ao caso em análise, quais sejam, a pena de multa e o sistema progressivo de execução de penas privativas de liberdade. De semelhante maneira, a metodologia do segundo capítulo consiste na revisão da doutrina penal acerca dos dois institutos. Ainda, selecionou-se duas discussões jurisprudenciais, perante o STF, que bem ilustram os principais pontos de divergência teórica sobre tais institutos.

No caso da pena de multa, analisar-se-á a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3150, que versou sobre a competência para a cobrança judicial dos créditos decorrentes das multas criminais. Para a progressão de regime, o caso escolhido foi o Habeas Corpus nº 82.959/SP, que ocasionou a retirada do ordenamento jurídico de dispositivo legal que vedava por completo a concessão do benefício a condenados por crimes hediondos.

Por fim, será objeto de análise o problema, em sentido estrito, do condicionamento da progressão de regime ao pagamento da multa cumulativa. Nessa etapa, serão analisados os principais argumentos trazidos pelos integrantes do STF, durante o julgamento da EP nº 12, para consubstanciar o entendimento de que é cabível tal restrição executória. Em especial, o entendimento prevalecente será examinado frente à garantia constitucional da vedação à prisão por dívidas e ao princípio da legalidade.

1. PRIMEIRO CAPÍTULO: OS PRESSUPOSTOS FILOSÓFICOS DO PODER PUNITIVO ESTATAL

Na filosofia jurídica, recorrente é a busca por uma justificação para a punição aos transgressores. Afinal, a pena, por sua própria natureza, é a imposição de alguma forma de sofrimento a outrem. Seria moralmente inadmissível, assim, um Estado infligir, deliberada e coercitivamente, um mal aos seus cidadãos se não houvesse uma justificação para tanto.

Importante, inicialmente, dirimir confusão que possa existir entre a justificação e a finalidade da pena. Como bem pontou, o teórico norte-americano K. G. Armstrong⁴, são duas questões fundamentalmente distintas na filosofia da pena: (i) que fim se pretende atingir com a punição a um infrator e (ii) se é moralmente lícito infligir tal penalidade. Ignorar essa distinção equivaleria a defender que qualquer ação é moralmente aceitável se os seus fins forem desejáveis.

Dentre as correntes jusfilosóficas sobre pena, as denominadas teorias retributivas, se ocupam de, em abstrato, fundamentar a licitude da imposição deliberada de um mal a outrem a título de pena. De outro lado, as teorias consequencialistas, tratam, em geral, da finalidade que se visa a atingir quando se pune alguém.

A primeira corrente, em linhas gerais, considera que punir alguém é, independentemente das consequências da punição, justo e necessário se o destinatário da pena é merecedor da sanção. Em concepção diversa, as correntes consequencialistas defendem que a pena só se justifica se os benefícios que dela decorrem, seja em relação ao apenado ou à sociedade em geral, forem superiores aos seus malefícios, em especial ao sofrimento experimentado pelo réu.

Dentre o segundo grupo, especial destaque merecem as teorias preventivas gerais, que preceituam ser a finalidade precípua da pena desincentivar o coletivo social a delinquir, mediante a sua intimidação pela ameaça da penalidade. Geralmente associados à filosofia utilitarista, os defensores da prevenção geral frequentemente relacionam a justificação moral da pena ao mal evitado pela dissuasão, isto é, aos crimes que não aconteceram porque os criminosos em potencial temeram sofrer a penalidade prevista.

⁴ Armstrong, 1971, p. 22.

No âmbito da prevenção especial, merecedoras de maior atenção são as doutrinas que preconizam a reabilitação do infrator como a principal finalidade da pena. Tal preceito é dotado de considerável força retórica. Se a pena é considerada tão somente um meio de recuperar um criminoso, tratar-se-ia, por evidente, de um bem que lhe é feito. Em se tratando a pena de uma evidente boa ação dirigida a um infrator, prescindível seria discutir a sua justificação moral. Subsistem, entretanto, vários dos problemas atinentes à teoria da pena, mesmo sob essa justificação.

A seguir, serão expostos, os principais preceitos concernentes às teorias supracitadas.

1.1 Retribuição

Denominam-se retributivas as teorias da pena que preceituam ser a punição uma resposta necessária àquele que transgrede a ordem moral. A infração moral, nesse sentido, é compreendida como a razão de ser da punição. A pena, por sua vez, justifica-se a si própria por ser o tratamento conferido a um criminoso que lhe é merecedor. Tal proposição deriva de concepção de justiça como atribuir a cada qual a parte que lhe cabe, traduzida na máxima latina *suum cuique tribuere*.

Para melhor ilustrar os postulados das teorias retributivas, serão expostos, de maneira resumida, duas abordagens que consideram intrinsecamente desejável a punição aos infratores: o pensamento escolástico de São Tomás de Aquino e o pensamento idealista esposado por Immanuel Kant.

São Tomás de Aquino, em seus escritos, defende que a inclinação natural humana de reprimir malféitores justifica a imposição de penalidades aos transgressores da justiça. Essa inclinação estaria manifesta na paixão da raiva, pela qual os homens são naturalmente tendentes a reprimir um mal a eles causado.⁵

A fúria, como qualquer outra paixão humana, é por ele considerada moralmente neutra. O desejo de punição pode ser pecaminoso quando deixa de lado a ordem da razão: por desejar punir alguém que não o mereça, infligir uma punição mais intensa que a merecida pelo transgressor, ou punir sem a finalidade de corrigir a culpa e conservar a justiça.⁶

⁵ Summa Theologica, II-II, Q108, Art. 2, co.

⁶ Ibid., ad. 3

Por outro lado, a ação de punir alguém, se observada ordem da razão, se traduz na virtude por ele denominada vingança (*vindicatio*). O jusnaturalista medieval considera que uma ação má é causada por um exasperado consentimento aos desígnios da própria vontade. Esse desequilíbrio deve ser corrigido pela imposição de um mal contrário à vontade do infrator, de forma proporcional ao seu merecimento (*reatus poenae*)⁷.

Outra modalidade de retributismo foi notavelmente defendida pelo eminente filósofo prussiano Immanuel Kant. No pensamento kantiano, as proposições morais não podem ser derivadas das inclinações naturais humanas, mas devem ser formuladas apenas a partir de pressupostos *a priori*. O princípio da pena, para Kant, é um imperativo categórico. Um crime é um uso da liberdade que representa um obstáculo ao uso da liberdade segundo as leis universais. A coerção é justa porque se opõe a tal obstáculo imposto pela conduta humana, em concordância com o uso liberdade segundo as leis universais.⁸

Dessa forma, Kant rejeita que as penas criminais sejam impostas por outro motivo que não o fato que o apenado cometeu um crime. A punição, para Kant, se justifica apenas porque o réu a merece. Punir alguém com a intenção de dissuadir potenciais infratores de cometer um crime, por exemplo, seria tomar a humanidade do criminoso como um meio para outros fins e, dessa forma, inadmissível.

A retribuição, na concepção kantiana, deve se dar na mesma proporção do mal causado pelo infrator. O *jus talionis*, para o autor, é o único que pode ser determinado pela razão pura, *a priori*. Por essa razão, Kant defende ser a pena capital a punição adequada aos homicidas, em consonância com a máxima: *per quod quis peccat, per idem punitur et idem*.⁹

A punição, sob essa linha, se justificaria no fato de o criminoso se pretender não-abrangido pela autoridade da lei. Um ladrão, por exemplo, age sob a máxima segundo a qual a propriedade de todos está sujeita ao seu próprio arbítrio. A lei, nesse sentido, deve garantir que a máxima do criminoso valha apenas para si. No caso dos crimes patrimoniais, a resposta adequada seria a exclusão do criminoso do sistema de propriedade, de modo a impossibilitar o seu domínio sobre qualquer objeto externo.¹⁰

⁷ Koritansky, 2012, p. 135.

⁸ Kant, 1797, p. 77.

⁹ Ibid, p. 205.

¹⁰ Ripstein, 2009, pp. 315-316.

Objecções

Os detratores do retributismo frequentemente o caracterizam como uma corrente filosófica antiquada e obscura, apoiada sobre bases metafísicas ou religiosas e não-superior ao desejo irracional por vingança por parte das massas.

Claus Roxin, por exemplo, considera que a proposta retributista se sustenta apenas mediante um ato de fé, pois “*considerando-o racionalmente, não se compreende como se pode pagar um mal cometido, acrescentando-lhe um segundo mal, sofrer a pena*”.¹¹ Para o penalista alemão, seria inadmissível à autoridade estatal exigir de seus cidadãos a crença nas proposições transcendentais que consubstanciam as teorias retributivas sobre a pena.

Luigi Ferrajoli, por sua vez, denomina, em tom de escárnio, “crenças supersticiosas” os pressupostos metafísicos em que se apoia a retribuição como elemento justificador das penas.¹²

Ademais, outra objeção possível ao retributismo é o grau de identificação entre o Direito e a moral. Por um lado, considerar que todo e qualquer ato imoral é merecedor de uma sanção penal incriminaria toda a sociedade, pois o pecado é intrínseco à natureza humana. Por outro, o retributismo, isoladamente, não esclarece quais, dentre os incontáveis atos imorais que podem ser cometidos, são merecedores da repressão estatal.

Importante repisar, a esse respeito, que o retributismo é fundamentalmente uma teoria de justificação da pena, isto é, visa a esclarecer por que é lícito punir os transgressores. Aceitar o postulado maior do retributismo não impede um teórico de considerar ulteriores critérios, que não a resposta à infração, para decidir quais condutas imorais devem ser criminalizadas. Em verdade, ambos os teóricos explorados nesta seção enunciaram critérios adicionais para a distinção entre crime e pecado.

1.2 Prevenção geral

A prevenção geral, como já exposto, é a ideia de que a finalidade da pena é intimidar a totalidade dos integrantes de uma sociedade a não delinquir, mediante a concretização da ameaça de um mal ao infrator.

A concepção de punição exemplar se fez presente nas mais diversas culturas, desde tempos inmemoriais. Na civilização romana, por exemplo, frequente foi o uso da

¹¹ Roxin, 1986, p. 17.

¹² Ferrajoli, 2009, p. 258.

crucificação, método de execução público, cruento e humilhante, como forma de desencorajar rebeliões e outros delitos contra a autoridade civil¹³

Em que pese ser antiga a ideia de punir para dissuadir, o uso da prevenção geral como elemento justificador da imposição de penas remonta à filosofia utilitarista surgida no século XVIII. A posição utilitarista se fundamenta em uma premissa sobre a ação humana bem sintetizada nas palavras do filósofo inglês Jeremias Bentham:

Todo o homem se governa nas suas ações por um cálculo, bem ou mal feito, sobre prazeres e penas, ainda mesmo o que não é capaz de uma reflexão aturada: lembra-se, por exemplo, de que a pena vai ser a consequência duma ação, que lhe agrada: esta ideia faz um certo abalo no seu espírito para retirar do prazer. Se o valor total da pena lhe parece maior, se pesa mais que o valor total do prazer, é natural que a força, que o afasta do crime, venha por fim a vencer, e que não tenha lugar o desatino, que formava no seu pensamento¹⁴

Por causar sofrimento, a pena é um mal imposto ao infrator. Por ser um mal, a pena só se torna moralmente lícita, na concepção utilitarista, se os benefícios dela advindos superarem os seus malefícios. Os defensores da prevenção geral vislumbram, por evidente, a prevenção de crimes como o maior dos benefícios oriundos da pena.

O jurista italiano César Beccaria também foi um defensor da prevenção geral como elemento justificador das penas, e influenciou sobremaneira o pensamento utilitarista que o sucedeu. Em seu *Magnum opus*, “Dos Delitos e das Penas”, Beccaria argumenta que a finalidade das leis é a proteção do contrato social:

A vida em sociedade exige dos homens um sacrifício mútuo de sua liberdade pessoal para a garantia do bem comum. Tal sacrifício não seria possível sem a atuação coercitiva do soberano para garantir a paz e a segurança públicas, pois os homens são movidos pelos seus interesses individuais.¹⁵

Para a prevenção geral, Beccaria argumenta ser desnecessária a imposição de penalidades cruéis aos infratores. Pelo contrário, o autor defende que é a certeza da punição o elemento mais eficaz para desencorajar a delinquência. A pena, para ser efetiva, deve somente exceder a vantagem derivada do crime. Qualquer adição à pena é, na visão do autor, supérflua e tirânica.¹⁶

¹³ Nesse ponto, o antropólogo Joseph Zias (1998) assim descreve as crucificações romanas (tradução livre): *Como um dos principais objetivos desse método cruel de execução era seu valor dissuasivo, as autoridades romanas também inventaram vários meios pelos quais a vítima podia permanecer na cruz por dias em público antes de expirar. Assim, a maneira pela qual as vítimas foram crucificadas não foi fixada por lei, mas parece dependente do número de indivíduos envolvidos, a engenhosidade sádica daqueles que executam a execução e o tempo necessário para que este espetáculo tenha seu efeito máximo de dissuasão.*

¹⁴ Bentham 19-, pp. 19-20.

¹⁵ Beccaria, 1764, p. 120.

¹⁶ Ibid., p. 126.

Objeções

As objeções à justificação das penas pela prevenção geral podem ser generalizadas em dois argumentos: (i) a prevenção geral, dissociada de outros critérios para a justificação das penas, permitiria a punição exagerada, ou mesmo a punição de inocentes, e (ii) a pena teria baixo – ou nenhum – efeito dissuasório sobre as atividades ilícitas que se pretende reprimir.

É fácil perceber que uma concepção puramente dissuasória da pena pode dar azo a inúmeras atrocidades. Como bem argumentou o intelectual britânico C.S. Lewis, para infligir na sociedade o temor da sanção cominada para certo crime, sequer é necessário que o apenado seja factualmente culpado da infração que lhe é imputada, mas tão somente que a sociedade o considere como tal.¹⁷

Ainda, como pontuou Armstrong, se a finalidade e a justificação é evitar o cometimento de novos delitos, bastaria ao Estado cominar a pena capital para todos os crimes¹⁸ e aplicá-la de maneira infalível para reduzir no grau máximo a criminalidade e, por conseguinte, aumentar o bem-estar da sociedade.

Em suma, essa primeira objeção pode ser sintetizada na proposição kantiana de que causar um mal ao indivíduo para intimidar a sociedade é tomar a sua humanidade como um meio para um fim diverso e, dessa forma, violar a sua dignidade humana.

A segunda objeção é de ordem prático-empírica, e proclama a ineficiência das penas para a dissuasão de potenciais criminosos. Naturalmente, aferir a validade de tal proposição esbarra nas dificuldades inerentes a qualquer pesquisa empírica em ciências sociais, em especial na impossibilidade de controlar todas as variáveis possíveis no cenário da pesquisa.

A uma primeira observação, com o pressuposto de que os homens, em suas ações, são movidos pela maximização dos seus ganhos e pela aversão à dor, parece contraintuitivo afirmar que a pena não incute qualquer efeito dissuasório na conduta de potenciais ofensores.

¹⁷ Lewis, 1971, pp. 304-305.

¹⁸ Foi o exemplo, em alguma medida, das Ordenações Filipinas, vigentes no Brasil até 1830. O Livro V, referente às normas penais do Reino, estatuiu uma mesma pena, a pena de morte, para infrações de discrepantes gravidades, como homicídio, estupro, moeda falsa, furto e desobediência a oficial de justiça

Generalizar, entretanto, a conduta de todos os criminosos como análoga à de um *Homo economicus* não é uma presunção autoevidente. O doutrinador escandinavo Johannes Andenaes argumenta que um potencial efeito dissuasório sobre as penas deve ser analisado de forma isolada para cada espécie de crime.¹⁹

O efeito dissuasório, para o autor, é maior em infrações de natureza econômico-tributária, pois em sua avaliação, os seus autores costumam delinquir apenas após sopesar as possíveis consequências da pena em relação à vantagem potencialmente auferida. Em tais situações, Andenaes argumenta que a inibição pessoal à violação das leis não é suficiente para determinar a sua obediência, dados os evidentes proveitos materiais da conduta ilícita.²⁰

A outro extremo, infrações de cunho sexual não conferem ao infrator um proveito material facilmente mensurável e, por vezes, têm por causa determinante algum distúrbio de ordem psíquica na pessoa do infrator. Andenaes argumenta que a reprovação social a esse tipo de conduta é tão elevada que o opróbrio consequente da identificação de um indivíduo como criminoso sexual seria, independentemente de sanção estatal, suficiente para impedir um indivíduo tido como racional ao delinquir. Se a ignomínia não é suficiente para prevenir um infrator de cometer tais delitos, a ameaça de uma sanção criminal tampouco o seria, na visão do autor.²¹

Em suma, se parece dúbia a alegação de que a pena é inútil para a redução geral da criminalidade, também é certo que a prevenção geral não fundamenta de maneira satisfatória a imposição de penas para *todos* os crimes.

1.3 Prevenção especial

Por derradeiro, as teorias preventivas especiais preconizam ser a finalidade e a justificação da pena evitar que o seu destinatário volte a delinquir. Para a análise das teorias preventivas especiais sobre a pena, convém abordar separadamente a prevenção especial negativa e a prevenção especial positiva, também denominada ressocialização.

i) A prevenção especial negativa

Também chamada de neutralização ou incapacitação, a prevenção especial negativa visa a evitar que um indivíduo reincida por meio da intimidação inculcada pelo

¹⁹ Andenaes, 1971, pp. 147-148.

²⁰ Ibid., pp. 147-148

²¹ Ibid., pp. 151-152.

sofrimento imposto como pena, ou torná-lo inofensivo mediante o seu isolamento da sociedade ou a sua morte. É essa a finalidade, por exemplo, da prisão preventiva, por meio da qual um indivíduo é retirado, mesmo antes de um juízo condenatório, do convívio social para evitar que volte a delinquir.

As penas de morte e, em menor grau, de confinamento perpétuo, não empregadas no ordenamento jurídico brasileiro, potencializam ao máximo a prevenção negativa, vez que tornam impossível qualquer hipótese de reincidência da parte do apenado.

Steven Shavell, em seu modelo econômico sobre a criminalidade, argumenta que, ainda que a imposição de uma pena não acarrete diminuição satisfatória nos índices gerais de criminalidade, a pena pode, mesmo assim, se justificar pela incapacitação do infrator, quando o custo de mantê-lo encarcerado for inferior aos prejuízos causados pelos crimes que ele cometeria se estivesse em liberdade²².

ii) A prevenção especial positiva

A prevenção social pode ser positiva, quando se almeja uma mudança na consciência do infrator, seja por convencê-lo da torpeza do crime por ele praticado, seja por torná-lo apto ao convívio social, ao promover alguma formação acadêmico-profissional. Tal processo também é denominado ressocialização, reabilitação, reeducação, reforma ou correção.

As teorias preventivas especiais positivas sobre a pena frequentemente abordam a punição como um tratamento dirigido ao infrator, de maneira análoga ao tratamento médico aplicado a um enfermo. Não por acaso, é comum autores do campo das ciências médicas e da psicologia se dedicarem ao estudo das penas criminais. Tal abordagem resta bem sintetizada pelo excerto do psiquiatra norte-americano Karl Menninger (tradução livre e destaque no original):

Se eu acredito que existe um tratamento eficaz para os infratores e que eles podem ser mudados? *Certa e definitivamente, acredito que sim.* Nem todos os casos, com certeza; há também algumas aflições físicas que não podemos curar no momento. [...]

Simplesmente não é verdade que a maioria deles está "plenamente consciente" de suas ações, nem é verdade que eles não desejam ajuda de ninguém, embora alguns deles assim o digam. Prisioneiros são indivíduos, alguns querem tratamento, outros não. Alguns não sabem o que é tratamento. Muitos estão completamente desesperados e perderam a esperança.²³

²² Shavell, 2014, p. 2.

²³ Menninger, 1971, p. 249.

A mesma analogia do crime com as doenças se faz presente na Escola Positiva de Criminologia, a exemplo da obra de Enrico Ferri. O penalista italiano trata a criminalidade como um mal social semelhante a uma epidemia infectocontagiosa. Tal como a prevenção das doenças, por meio de medidas sanitárias, é preferível ao tratamento dos doentes, o autor preconiza a atuação preventiva do Estado, como a promoção do emprego e da ordem urbanística, como preferível à imposição de tratamentos individuais aos infratores, por via das penas.²⁴

Objecções

Quicá a objeção mais frequente à prevenção especial positiva, principalmente dentre os teóricos afiliados às correntes abolicionistas do Direito Penal, é o argumento de que a privação da liberdade de um criminoso não promove a sua ressocialização.

A verificação da eficácia da prevenção especial positiva, com efeito, é ainda mais complexa do que atestar a eficácia da prevenção geral, por envolver questões intrínsecas à mente de cada criminoso. Ainda, haveria que se levar em conta as condições particulares de cada estabelecimento prisional, em especial as atividades desempenhadas pelos detentos nos respectivos presídios. Por essa razão, uma eventual alta taxa de reincidência (caso do Brasil²⁵) não desacredita, em abstrato, a ressocialização como finalidade da pena, mas somente atesta a ineficácia do modelo aplicado em determinado local.

Dentre as objeções teóricas à justificação das penas pela prevenção especial, destaca-se, em primeiro lugar, o enorme casuísmo que uma eventual preponderância da prevenção especial no ordenamento jurídico daria causa.

Sob um ponto de vista puramente preventivo especial, seria impossível falar em parâmetros objetivos para a fixação da pena. Afinal, apenas o contato direto com um apenado permite ao ente jurisdicional atestar a eventual cessação de periculosidade ou aptidão para a vida em sociedade de um determinado réu. A duração das penas, sob essa

²⁴ Ferri, 1971, p. 232.

²⁵ Pesquisa IPEA/CNJ (2015, p.13), sumariza os resultados das principais pesquisas sobre reincidência nos presídios brasileiros. A menor taxa de reincidência (29,34%) fora encontrada em investigação realizada por Adorno e Bordini no Estado de São Paulo. A outro extremo, dados coletados pelo Depen em 2001, que adotam um conceito mais amplo de reincidência, apontam como 70% a taxa de reincidência média em todo o território nacional. A referida pesquisa está disponível em <<http://cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>>, acesso em junho de 2019.

ótica, haveria de ser indeterminada, tal qual acontece com as medidas de segurança aplicadas a infratores acometidos de insanidade mental.

Ainda, dissociar a prevenção especial da retribuição permitiria ao Estado cercar a liberdade de seus cidadãos sem o cometimento de qualquer crime, sob a justificativa de periculosidade abstrata. Como pontuou Roxin, alegar a periculosidade em abstrato de alguém pode ser facilmente utilizado como pretexto para levar a cabo uma campanha de perseguição política ou religiosa.²⁶

Por fim, a prevenção especial negativa não explica a solução para os delitos irrepetíveis, cujos autores não oferecem risco imediato à sociedade. No contexto alemão, Roxin cita como exemplo os agentes estatais que perpetraram atrocidades sob a bandeira do Nacional-Socialismo. Finda a Segunda Guerra Mundial, não haveria nenhum risco de reincidência por parte dos antigos oficiais da *Schutzstaffel*, por exemplo. Sob o prisma da prevenção especial, não seria devida nenhuma resposta por parte do sistema penal em relação aos crimes perpetrados²⁷.

Não é necessário, entretanto, ir até o extremo dos criminosos de guerra para se atestar tal limitação à prevenção especial. Os “crimes de colarinho branco”, assim denominados crimes contra a administração pública, o sistema financeiro, a livre concorrência, o mercado de capitais, a ordem tributária, entre outros, são, via de regra, cometidos por autores bem-socializados, de bom nível econômico e boa instrução, que, em suma, não oferecem perigo imediato ao convívio social.

A esses infratores, seria supérfluo e até cômico submetê-los às técnicas de ressocialização comumente aplicadas aos criminosos, tais como cursos profissionalizantes ou terapias comportamentais. É fútil, em resumo, uma tentativa de ressocializar indivíduos plenamente socializados. Tomar a ressocialização como finalidade principal da pena, nesse sentido, não esclarece qual seria a devida resposta punitiva à alta criminalidade, nem aos crimes culposos.

1.4 Teorias ecléticas, ou integrativas

As objeções ora enumeradas às três grandes teorias para a justificação e finalidade das penas deixam claro que a aplicação isolada de uma delas não oferece suficiente embasamento teórico para um sistema penal. Por essa razão, mesmo os autores acima

²⁶ Roxin, 1986, p. 21.

²⁷ Idem.

identificados como afiliados a cada uma dessas correntes levam em conta outros elementos em suas análises sobre as penas.

São Tomás de Aquino, apesar de considerar que a pena é resultado de uma dívida do ofensor para com a justiça, preleciona que as penas humanas, ao contrário das punições divinas, têm um certo propósito “medicinal”²⁸, noção essa que, em uma concepção contemporânea, se aproxima da ideia de reabilitação do infrator.

Sobre a obra de Beccaria, há discussão se, além de uma defesa da prevenção geral como finalidade preponderante das penas, o penalista defende uma espécie de “retributismo negativo”, ou seja, que a pena aplicada apenas a alguém que a mereça e na proporção de sua culpabilidade²⁹. Decerto, uma aplicação pura da prevenção geral, com as acabaria por minar os seus esforços para evitar as penas cruéis ou excessivas.

Ao analisar as diversas teorias sobre a pena, Herbert L.A. Hart entende necessário enumerar características definidoras do conceito de pena, quais sejam: (i) a medida deve envolver dor ou outras consequências consideradas desagradáveis; (ii) deve ser decorrente de ofensa a regras legais; (iii) deve ser dirigida a um ofensor – ou suposto ofensor – pela sua ofensa; (iv) deve ser intencionalmente administrada por pessoa que não o ofensor, e (v) deve ser imposta e executada por autoridade constituída por sistema legal contra o qual se cometeu a ofensa³⁰.

Assim, o teórico visa a dirimir, em especial, a crítica retributista à prevenção geral, que argumenta que a dissuasão poderia fundamentar a punição a um indivíduo sabidamente inocente. Pela não satisfação dos critérios (ii) e (iii) de sua definição, Hart exclui do próprio conceito de pena àquelas medidas impostas a indivíduos sabidamente inocentes. Dentro dessa concepção, as normas penais, podem ser usadas para influenciar o comportamento humano (ao dissuadir criminosos), como é próprio do campo jurídico.³¹

Claus Roxin, por sua vez, assim descreve a sua teoria, a qual denomina unificadora dialética: "*Direito Penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos e prestações de serviços estatais, mediante prevenção geral e especial que salvaguarda a personalidade no quadro traçado pela medida da culpa individual*".³²

²⁸ Summa Theologica, II-II, Q108, Art. 3, ad. 2.

²⁹ (Caro, 2016)

³⁰ Hart, 1971, p. 357.

³¹ Ibid., p. 360.

³² Roxin, 1986, p. 43.

1.5 A integração das teorias no ordenamento jurídico brasileiro

No Direito Penal brasileiro, é possível verificar elementos pertinentes à retribuição, à prevenção geral e à prevenção especial. A esse respeito, o artigo 59 do Código Penal expressamente preceitua a reprovação e a prevenção do crime como finalidades da fixação da pena:

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

A criminalização de uma conduta, e a conseqüente cominação de uma pena, têm por objetivo, no direito brasileiro, a proteção a determinados bens jurídicos³³ mediante a prevenção geral. Para essa finalidade, deve o legislador preceituar um *quantum* abstrato da pena que entende necessária para prevenir certos delitos. A cominação em abstrato de penas, entretanto, não pode ignorar o desvalor moral atribuído a cada conduta típica. Independentemente da prevenção geral, a isonomia comanda que condutas de imoralidade distinta sejam reprimidas com penalidades distintas.

A retribuição se faz especialmente presente na fixação da pena em concreto. Sob a ótica das teorias retributivas, individualizar a pena significa adequá-la à proporção da culpa do infrator. Tal adequação pode se dar pela identidade entre o dano causado pela infração e a punição imposta ao infrator, conforme preceituado pela *lex talionis*, ou por meio de uma punição diversa, mas proporcional ao grau de desvalor de uma conduta criminosa em análise.

As circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal objetivam, em sua maioria, a aferição do grau de reprovação do crime ora praticado. Em especial, os critérios da culpabilidade em sentido estrito e da motivação têm finalidade premente de mensurar a reprovabilidade de um delito na espécie³⁴. De igual forma, as condições que atenuam a pena também atenuam a responsabilidade moral do autor, por exemplo, em razão de sua imaturidade (art. 65, inciso I do CP), de não agir de maneira inteiramente

³³ Os bens jurídicos, na definição de Roxin, são um conjunto de pressupostos imprescindíveis para a existência em comum de um grupo humano (Roxin, 1986, p.27).

³⁴ A outro extremo, critérios como conduta social e personalidade do autor não dizem respeito, estritamente, à conduta reprimida, e são mais úteis para fins de prevenção especial.

livre (art. 65, inciso III, alínea c)) ou de agir motivado por relevante razão moral ou social (art. 65, inciso III, alínea a)).

A retribuição, assim, é a única das teorias sobre a pena que efetivamente oferece parâmetros limitadores do poder punitivo estatal, pois preceitua ser a intensidade da sanção penal proporcional à culpa do criminoso.

Por sua vez, a prevenção especial, em sua modalidade negativa, se faz presente na prisão preventiva, cujo tempo de reclusão pode ser abatido na pena privativa de liberdade decorrente de eventual condenação do preso³⁵. O ideal de ressocialização, de outro lado, é o maior princípio norteador do processo executório no ordenamento jurídico brasileiro. A esse respeito, assim versa o primeiro artigo da Lei de Execuções Penais:

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e **proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.**

Não obstante as frequentes críticas à pena privativa de liberdade como meio para a ressocialização dos condenados, não se vislumbra efeito reformador nas penas não-carcerárias previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Conforme já exposto, a ressocialização pressupõe que o apenado não está apto ao bom convívio social. Nesse sentido, as penas não-privativas de liberdade ou têm caráter meramente patrimonial, a exemplo da multa, da prestação pecuniária em sentido estrito e da perda de bens ou valores, ou representam alterações pontuais no estilo de vida do apenado, caso das demais penas restritivas de direitos.

Não por acaso, a substituição de uma pena privativa de liberdade por uma multa ou por penas restritivas de direitos presume que o apenado não represente efetiva ameaça ao convívio social, situação aferida pelo preenchimento dos requisitos enumerados nos incisos do artigo 44 do Código Penal, quais sejam: condenação por crime culposo, ou a pena inferior a 04 (quatro) anos de reclusão por crime doloso não-violento, não-reincidência em crime doloso e circunstâncias judiciais favoráveis.

³⁵ Por meio da detração, prevista no art. 42 do Código Penal.

2. SEGUNDO CAPÍTULO: QUESTÕES DOGMÁTICO-JURÍDICAS APLICÁVEIS AO CASO

2.1 A pena de multa no ordenamento jurídico brasileiro

2.1.1. As diversas espécies de multa no ordenamento jurídico brasileiro

Em sua acepção cotidiana³⁶, o termo “multa” é utilizado para designar uma sanção pecuniária de qualquer natureza. Constituindo a multa uma sanção, evidente tratar-se de uma consequência coercitivamente imposta pela autoridade estatal em razão do descumprimento de um dever jurídico. Sua natureza pecuniária informa que o conteúdo da sanção é a obrigação de proceder ao pagamento de certa quantia em dinheiro.

Tal definição, entretanto, não é suficiente para distinguir a pena de multa das sanções extrapenais que, em sua maioria, têm caráter pecuniário. A indenização, sanção civil por excelência, também consiste na imposição coercitiva de uma prestação pecuniária como consequência da violação de um dever de conduta.

Para Kelsen³⁷ a diferença entre as sanções penais e civis reside em sua teleologia. As sanções penais têm finalidade punitiva, isto é, retributivo-dissuasória, a depender da teoria). As sanções do Direito Civil, entre elas destaca-se a indenização, têm finalidade reparatória, ou seja, de ressarcir a vítima da infração pelas perdas e danos dela decorrentes.

Ainda assim, Kelsen reconhece que a distinção entre as duas naturezas de sanção não é de todo clara. Na espécie, a confusão pode ser observada na indenização por dano moral, a que muitos juristas³⁸ atribuem uma função “pedagógica” (isto é, dissuasória). De maneira semelhante, a denominação “multa” é frequentemente utilizada para designar sanções de caráter extrapenal.

Uma multa administrativa, por exemplo, decorre do poder de polícia da administração pública, que confere ao Estado o poder-dever de fiscalizar e limitar o exercício de certas atividades por particulares em prol do interesse público³⁹.

³⁶ Vide Dicionário Larousse (1980) “*Multa s.f. Ato ou efeito de multar/Pena, sanção pecuniária*”

³⁷ Kelsen, 2000, p. 73.

³⁸ A exemplo de José Jairo Gomes (2007, p. 113) *apud* Reis (2010, p. 163) e Pablo Stolze (p.372). Na jurisprudência, a dissuasão é amplamente citada como finalidade da indenização por dano moral, caso do REsp 1791371/RS, julgado pelo STJ em 2019, e do ARE 721793 AgR/RS, julgado pelo STF em 2013.

³⁹ Di Pietro, 2015.

Nesse sentido, a aplicação de multas é um componente essencial do poder de polícia estatal, uma vez que representa um desincentivo material à prática de determinada atividade em desacordo com o interesse público. Por essa razão, as multas são aplicadas nas mais diversas searas da polícia administrativa, como na fiscalização de trânsito, ambiental, sanitária, concorrencial, consumerista, alfandegária, trabalhista, entre outros.

Também no direito contratual as multas são frequentemente empregues, na forma de cláusula penal, com a finalidade de desencorajar a mora no adimplemento das prestações pactuadas. Outra forma de multa civil amplamente utilizada no ordenamento jurídico brasileiro é a multa diária, por vezes denominada de *astreintes*, e imposta por determinação judicial com igual finalidade de fazer evitar o descumprimento de uma obrigação.

Diferentemente das outras espécies de multa, a multa criminal tem, por evidente, a natureza de pena. Como pena, decorre necessariamente de condenação por crime ou contravenção. Por ser integrar o sistema de justiça penal do país, o instituto da multa deve obediência a todos os princípios orientadores do Direito Penal e do Direito Processual Penal, em especial ao princípio da intranscendência e da individualização das penas⁴⁰.

A dosimetria das multas penais ilustra bem a sua natureza retributivo-preventiva. Sem abordar as controvérsias acerca do método exato de dosimetria das multas, o ordenamento jurídico brasileiro adotou um sistema bifásico. Em um primeiro momento, deve o julgador sopesar objetivamente o grau de reprovabilidade do delito em espécie e, a partir desse juízo, fixar uma quantidade de dias multa⁴¹. Trata-se, com efeito, de uma faceta retributiva da pena, que visa a adequar o grau de punição à medida do desvalor da conduta reprimida.

Na segunda fase da fixação da pena de multa, o juiz deve levar em conta a capacidade econômico-financeira do réu para estipular o valor do dia-multa⁴². A disposição visa a garantir que a finalidade preventiva da pena não seja dissolvida no elevado patrimônio de um eventual infrator. Por essa razão, admite-se que, por um mesmo

⁴⁰ A esse respeito, preleciona Bittencourt (2015, p. 767): “*Dívida de valor ou não, a pena de multa (ou pena pecuniária) continua sendo uma sanção criminal. Não se pode esquecer que a sanção criminal - seja de natureza pecuniária ou não - é consequência jurídica do delito e, como tal, está restringida pelos princípios limitadores do direito repressivo estatal, dentre os quais destacam-se os princípios da legalidade e da pessoalidade da pena.*”

⁴¹ Cunha, 2013, p. 445.

⁴² Vide art. 60, §1º, do Código Penal.

crime, sejam impostas multas distintas a dois coautores, ainda que as suas condutas apresentem igual reprovabilidade.

Pertinente, acerca dessa questão, a lição de Cezar Roberto Bittencourt:

Para a fixação do dia-multa, leva-se em consideração, tão somente, a situação financeira do apenado, pois a gravidade do delito e a culpabilidade já foram valoradas na primeira operação para fixar a quantidade de dias-multa. Para a verificação da real situação financeira do apenado, o magistrado poderá determinar diligências para apurar com mais segurança a verdadeira situação do delinquente e para de evitar a aplicação de pena exorbitante, algumas vezes (para o pobre), e irrisória e desprezível, outras vezes (para o rico).⁴³

Nesse sentido, se mostra interessante a comparação da dosimetria da multa penal e das multas administrativas. Na esfera administrativa, é comum o emprego de multas fechadas⁴⁴, cujo *quantum* é invariavelmente fixado em lei ou ato normativo infralegal. É o caso, por exemplo, das multas previstas no Código de Trânsito Brasileiro, que estabelece valores fixos para as multas de cada classe de infração⁴⁵.

A cominação de multas fechadas oferece a vantagem de imprimir maior celeridade ao processo administrativo sancionatório, ao dispensar o administrador de estabelecer um juízo minucioso acerca do grau de culpa do sancionado. No Direito Criminal, entretanto, a aplicação da multa deve necessariamente perpassar pela consideração das peculiaridades de cada caso concreto, sob pena de se incorrer em violação ao princípio constitucional da individualização das penas.

2.1.2 A multa e as demais penas pecuniárias

O estabelecimento de diversas sanções penais de natureza pecuniária deu causa a confusão doutrinária acerca das diversas penas. Se na doutrina clássica a denominação “multa” era utilizada para designar qualquer pena pecuniária⁴⁶, no sistema atual o *nomen iuris* “multa” se refere exclusivamente a uma das possíveis formas de pena pecuniária.

A legislação penal brasileira prevê três espécies de penas pecuniárias: a multa (prevista no art. 32, inciso II do Código Penal) e duas modalidades de pena restritiva de

⁴³ Bittencourt, 2014, p.760.

⁴⁴ A dicotomia multa aberta/fechada está presente em atos normativos infralegais que regem o processo sancionador da Administração Pública. Na seara ambiental, por exemplo, a Instrução Normativa IBAMA nº 10 de 07/12/2012 denomina multa aberta como aquela que “*sanção pecuniária prevista em ato normativo em que se estabelece piso e teto para o seu valor, sem indicação de um valor fixo*”; , ao passo que a multa fechada é definida como “*a sanção pecuniária prevista em ato normativo com valor certo e determinado*”.

⁴⁵ Vide artigo 258 do Código de Trânsito Brasileiro, e seus subsequentes incisos.

⁴⁶ Bittencourt, 2014, p. 753.

direitos, a prestação pecuniária em sentido estrito (art. 43, inciso I do Código Penal) e a perda de bens ou valores (art. 43, inciso II).

A esse respeito, as nomenclaturas conferidas às demais penas pecuniárias não oferecem clareza quanto à sua natureza. A designação “prestação pecuniária”, a rigor, poderia servir para caracterizar tanto a pena de multa quanto a modalidade de pena restritiva de direitos que recebe esse nome. De igual forma, qualquer sanção pecuniária constitui uma “perda de valores”, não apenas a pena restritiva de direitos prevista no art. 43, inciso II do Código Penal.

Ademais, dois efeitos genéricos das condenações criminais também implicam, de alguma forma, diminuição patrimonial do réu. São elas o fato de a sentença tornar certa a obrigação de indenizar e o perdimento do produto ou do proveito material do crime.

Tais efeitos da condenação se distinguem facilmente das sanções penais, pois sequer têm a natureza jurídica de pena. A indenização pelos danos causados e o perdimento do proveito do crime não têm natureza punitiva porque representam meramente o retorno de vítima e autor, respectivamente, ao *status quo ante delictum*, sem ônus adicional sofrido pelo ofensor.

Ainda, o Código Penal não define a indenização como consequência da sentença condenatória, mas somente a certeza acerca da obrigação de indenizar. Isto é, a condenação torna prescindível, no Juízo cível, a discussão acerca da materialidade e autoria do dano a ser reparado, e constitui título executivo judicial⁴⁷, embora ainda seja necessária a sua liquidação na esfera cível.⁴⁸

A pena de multa também apresenta substanciais diferenças em relação às penas restritivas de direito de caráter pecuniário. Embora ambos os gêneros de pena impliquem na diminuição do patrimônio do apenado, as penas restritivas de direitos, com raras exceções, têm caráter substitutivo, são impostas a um condenado à prisão. Os tipos penais presentes no ordenamento jurídico brasileiro, em sua grande maioria, não cominam penas restritivas de direitos⁴⁹.

⁴⁷ Conforme art. 515, inciso VI, do Código de Processo Civil.

⁴⁸ Nesse sentido, o artigo 387, § 4º, do Código de Processo Penal dispõe que a parte dispositiva da sentença criminal condenatória fixará um valor mínimo para a indenização civil, valor esse que pode ser majorado no momento da liquidação do título executivo.

⁴⁹ Dignos de nota são dispositivos presentes no Código de Trânsito Brasileiro, que comina a suspensão ou proibição de obter habilitação para dirigir como pena cabível à certos crimes de trânsito e os incisos do

A multa, em contrapartida, segue lógica inversa. Via de regra, é aplicada como pena autônoma, geralmente de forma cumulativa (pode também ser isolada ou alternativa) à pena privativa de liberdade. Há a figura da multa substitutiva, prevista inicialmente no artigo 60, § 2º do Código Penal, mas sua aplicabilidade foi deveras reduzida com a aprovação da Lei nº 9.714/1998⁵⁰. As penas restritivas de direito, nesse sentido, passaram a abranger a quase totalidade das hipóteses de substituição de penas privativas de liberdade.

A natureza substitutiva das penas restritivas de direitos leva à tona outra diferença relevante em relação à pena de multa. Por serem penas substitutas, o inadimplemento injustificado da obrigação imposta pode acarretar a sua conversão em pena privativa de liberdade, de forma proporcional ao grau do inadimplemento⁵¹.

No caso da multa, a possibilidade de conversão em pena de detenção em caso de inadimplemento era prevista no Código Penal até a aprovação da Lei nº 9.268/1998. Após a mudança legislativa, a multa passou a ser considerada dívida de valor, e recebeu um *status* análogo ao da dívida ativa da Fazenda Pública. Como será mais adiante explorado, esse novo regime de execução da pena de multa foi objeto de críticas da parte da doutrina e contestação perante o Supremo Tribunal Federal.

Outra relevante distinção entre as duas modalidades de pena diz respeito à destinação legal dos valores recolhidos. A multa, nos termos da lei, é destinada ao Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), mecanismo orçamentário criado para fazer frente às despesas do sistema carcerário e regido, na esfera federal⁵², pela Lei Complementar nº 79/1994. A mesma destinação é conferida aos valores recolhidos a título da pena restritiva de direitos de perda de bens ou valores, mas não à pena de prestação pecuniária em sentido estrito.

artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), que comina penas de admoestação verbal, prestação de serviços à comunidade e obrigação de frequentar cursos sobre efeitos danosos dos entorpecentes.

⁵⁰ Parte da doutrina (a exemplo de Luís Flávio Gomes) entende que da Lei nº 9.714/1998 derogou o artigo 60, § 2º do Código Penal, por estabelecer nova sistemática para a multa substitutiva, igual à prevista para a pena restritiva de direitos. No sentido contrário, é possível citar Delmanto (2010, p.284). De toda sorte, a superveniente redação do art. 44, § 2º, do Código Penal conferiu à multa substitutiva uma natureza muito semelhante às penas restritivas de direitos.

⁵¹ Vide § 4º do art. 44 do Código Penal.

⁵² Admite-se a possibilidade de os proventos das sanções penais serem destinados a fundos geridos pelos Estados, caso do Fundo Penitenciário do Estado de São Paulo.

A esse respeito, a pena de confisco⁵³ se difere substancialmente da multa apenas no tocante ao confisco de bens do apenado (tais como imóveis, automóveis, joias, entre outros). O confisco de pecúnia muito se assemelha à multa: ambos são sanções crimina is, com o mesmo objeto (dinheiro licitamente adquirido) e têm a mesma destinação (o FUNPEN).

Com efeito, a pena de perda de valores pode até ser mais gravosa do que a multa. A uma, porque há um limite definitivo para fixação do *quantum* da multa, qual seja, o de 5.400 salários-mínimos⁵⁴, ao passo que a estipulação do valor exato do confisco é limitada, de forma abstrata, pelo montante do prejuízo causado ou do proveito auferido pela ação criminosa. A duas, porque há ameaça de prisão do apenado (decorrente de conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade) em caso de inadimplemento, enquanto a nova redação do Código Penal vedou a conversão de multa em detenção.

Os valores recolhidos a título de prestação pecuniária, por sua vez, são destinados à vítima ou seus dependentes. No caso de crimes cometidos contra bens jurídicos difusos, o destinatário de tais valores será, nos termos da lei, entidade pública ou privada com fim social. O texto legal estabelece, ainda, que o valor da prestação pecuniária pode ser deduzido de eventual indenização civil.

A respeito de tal dedução, pertinente a discussão doutrinária acerca da confusão entre as esferas civil e penal de responsabilidade jurídica, que, em princípio, deveriam operar de maneira independente.

Não obstante posicionamentos como os de Mirabete⁵⁵ no sentido de que a invasão à esfera cível é perfeitamente cabível, é possível vislumbrar críticas a esse enlace. Ora, se a única consequência jurídica da prática de um crime é uma sanção que poderia ter sido estipulada por um Juízo cível, torna-se discutível a própria caracterização da conduta em questão como crime, à luz do princípio da subsidiariedade no Direito Penal.

⁵³ Não há que se confundir o confisco-pena (previsto no artigo 41, II, do Código Penal), incidente sobre o patrimônio presumivelmente lícito do condenado, e a perda dos produtos ou instrumentos do crime, efeito da sentença penal condenatória e previsto no artigo 91, II, alíneas a) e b) do Código Penal.

⁵⁴ Valor obtido pelo produto da quantidade máxima de dias multa (360 SM) pelo valor máximo do dia-multa (5 SM) multiplicado por três, nos termos do art. 54, II, do Código Penal.

⁵⁵ Mirabete, 2011, p. 414.

Ademais, o mero ressarcimento à vítima não preenche as condições para a fixação da pena enumerados no artigo 59 do Código Penal (reprovação e prevenção de novos delitos). O ressarcimento não é suficiente para a reprovação do delito, pois não há punição do criminoso pela torpeza de sua conduta, mas tão somente pelo dano dela decorrente.

Tampouco é suficiente para a prevenção de novos crimes, especialmente de crimes patrimoniais. Afinal, equiparar a sanção ao proveito econômico da conduta delituosa, torna o crime uma atividade de baixo risco ao potencial delinquente. Nessa hipótese, a única coisa que o criminoso tem a perder é o proveito de seu crime, algo que nunca fora legitimamente seu.

Em resumo, as principais diferenças entre a pena de multa e as penas restritivas de direitos patrimoniais são: (i) o caráter predominantemente substitutivo das restritivas de direitos, em face da natureza predominantemente autônoma da multa, e (ii) a possibilidade de, em caso de inadimplemento doloso, converter a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, conversão essa vedada para as multas.

Em espécie, a pena de perda de bens ou valores diferencia-se da multa, além das distinções acima elencadas, por sua possível natureza real não-pecuniária (caso do confisco de bens) e a equiparação do máximo do *quantum* punitivo ao dano causado ou à vantagem auferida pelo delito. Por sua vez, a prestação pecuniária distingue-se da multa pela destinação dos valores recolhidos e pela sua possível natureza indenizatória.

2.1.3 Execução da pena de multa: sanção criminal ou dívida de valor?

A redação original do Código Penal previa a possibilidade da conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade em duas hipóteses, quais sejam, o seu inadimplemento por parte de condenado reincidente ou de condenado solvente⁵⁶. A reforma da parte geral do Código Penal alterou⁵⁷ essa disposição, de modo que a conversão da multa em detenção ficou restrita à hipótese de inadimplemento voluntário, isto é, por parte de condenado solvente.

A atual regulamentação da forma de execução da pena de multa foi resultado da entrada em vigor da Lei nº 9.268/1998. O Código Penal passou a expor a seguinte redação:

⁵⁶ Art. 38. *A multa converte-se em detenção, quando o condenado reincidente deixa de pagá-la ou o condenado solvente frustra a sua cobrança.*

⁵⁷ Art. 51 - *A multa converte-se em pena de detenção, quando o condenado solvente deixa de pagá-la ou frustra a sua execução.*

Art. 51 - Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

A exposição de motivos do projeto de lei que originou a nova norma argumentou que a conversão da multa em privação de liberdade implicaria prisão por dívida, em violação ao preceito do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal. Assim expôs o seu argumento:

Se o Estado, como ente político de representação da sociedade, responde à determinada conduta delituosa coma pena de multa é esta sanção que, efetivamente, se apresenta como necessária e suficiente para prevenção e repressão do delito. A conversão da pena de multa em prisão, por fato posterior à sua aplicação (omissão do pagamento ou frustração de sua execução), perde o sentido de proporcionalidade que deve ser inerente a todas as formas de reação punitiva, além de caracterizar uma indisfarçada forma de prisão por dívida, constitucionalmente vedada.⁵⁸

A mudança legislativa foi alvo de críticas por parte da doutrina criminalista, por ocasionar uma perda na efetividade da pena de multa e transformá-la em uma mera sanção civil. A esse respeito, Cezar Roberto Bittencourt destaca a conversibilidade da multa em prisão como uma característica determinante da multa criminal, apta a diferenciá-la das sanções cíveis⁵⁹.

Com o novo diploma legislativo, atribuiu-se à multa criminal a natureza de dívida de valor, análoga à dívida ativa da Fazenda Pública. A sua caracterização como dívida de valor deu azo a discussões sobre se a multa ainda constituía sanção penal ou mero crédito público. A cobrança de multas pela Fazenda Pública implica algumas dificuldades, a saber:

Primeiramente, a atividade das Procuradorias da Fazenda Pública estaduais e federal é pautada pela utilidade. Não são todas os créditos de titularidade da administração pública objeto de execução judicial, mas tão somente aqueles cujo proveito econômico justifica a movimentação do aparato jurisdicional de cobrança. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, por exemplo, adota⁶⁰ um patamar mínimo de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para o ajuizamento de execuções de créditos inscritos na Dívida Ativa da União.

Embora o *quantum* máximo da pena de multa extrapole consideravelmente esse patamar, é bem verdade que, em sua aplicação cotidiana, a regra é a aplicação de multas

⁵⁸ Diário Oficial da Câmara dos Deputados, 1995, p. 19427.

⁵⁹ Bittencourt, 2015, p. 754.

⁶⁰ Diz o artigo 2º da Portaria nº 130, de 19 de abril de 2012, do Ministério da Fazenda: *O Procurador da Fazenda Nacional requererá o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), desde que não conste dos autos garantia, integral ou parcial, útil à satisfação do crédito.*

menores, uma vez que a dosimetria da pena de multa leva em conta a situação econômico-financeira do réu e, como é notório, a maior parte dos processos criminais é ajuizada em desfavor de pessoas de baixa capacidade financeira. Pelo contrário, é comum que as multas impostas sequer ultrapassem o valor de um salário mínimo.

O tratamento da multa como dívida de valor, nesse sentido, pode causar um grande imbróglio jurídico. Seguindo à risca o entendimento colacionado pela Lei nº 9.268/1998, não haveria justa causa para a execução judicial de crédito irrisório. O custo de um processo de execução, em tais casos, superaria qualquer proveito financeiro que a Administração Pública pudesse auferir com a entrada dos recursos provenientes da multa criminal.

Por outro lado, deixar de proceder à cobrança judicial das multas inferiores aos patamares mínimos estipulados pelas Fazendas Públicas tornaria a multa uma sanção inócua, e resultaria na impunidade. Ademais, tal procedimento representaria um enorme desincentivo ao pagamento espontâneo das multas. A saber, não haveria razão para um condenado adimplir voluntariamente a multa imposta se o apenado estivesse ciente de que o inadimplemento não implicaria consequência alguma.

É certo que uma multa, e especialmente uma multa penal, não é um instituto de natureza fiscal. Sua finalidade, como já exposto, é retributivo-preventiva, e não arrecadatória. Pelo contrário, tratar a multa como um instrumento arrecadatório a transformaria em uma forma análoga à extorsão por parte do Poder Público.

Guilherme de Souza Nucci pontuou⁶¹ que, ainda que se proponha a execução judicial da pena de multa, o Juízo de Execuções Fiscais não é vocacionado para levar adiante cobranças de créditos de tal natureza. Como se sabe, há grande carga de trabalho nas Procuradorias de Fazenda Pública e nos Juízos de Execuções Fiscais, de modo que a cobrança dos baixos valores referentes as multas criminais, em geral irrisórios (se comparados às vultosas dívidas tributárias e previdenciárias levadas à cobrança) e referentes a matéria estranha a sua área de atuação, seria relegada ao segundo plano.

Parece contraditório, em resumo, defender a superação do encarceramento como a principal resposta sancionatória à criminalidade e, ao mesmo tempo, desprestigiar a mais relevante pena não-privativa de liberdade existente no ordenamento jurídico brasileiro.

⁶¹ Nucci, 2017, p. 420.

A matéria foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3150⁶², ajuizada pela Procuradoria-Geral da República em 2004 e julgada em 2018. O chefe do Ministério Público Federal argumentou que conferir legitimidade para a Fazenda Pública ajuizar execuções judiciais dos valores das multas é uma violação das atribuições constitucionais do Ministério Público.

O relator da ADI, Ministro Marco Aurélio Mello, se manifestou pela improcedência do pedido. Em suas razões, aduziu que a mudança legislativa adequou o ordenamento jurídico brasileiro ao preceito constitucional da vedação da prisão por dívidas, bem como à Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Em seu entendimento, não haveria inconstitucionalidade na mera transferência da competência para a cobrança das multas. Seu voto foi acompanhado apenas pelo Ministro Edson Fachin.

O entendimento que prevaleceu, entretanto, foi o preconizado pelo Ministro Luiz Roberto Barroso. Ao votar, argumentou que a natureza de sanção criminal da multa está cristalizada no artigo 5º, inciso XLVI, alínea c), da Constituição Federal. Seria inadmissível, sob esse aspecto, uma norma infraconstitucional que retire característica intrínseca das sanções penais, qual seja, a competência dos órgãos de jurisdição criminal. Em paralelismo com as demais penas, a competência para promover a execução da multa recai sobre o Ministério Público, instituição titular da ação penal.

O Supremo Tribunal Federal, assim, firmou o entendimento de que a redação do artigo 51 do Código Penal deve ser interpretada conforme a Constituição para afirmar a competência prioritária do Ministério Público e do Juízo de Execuções Penais no que concerne à execução das multas penais. O posicionamento do STF derogou entendimento contrário na jurisprudência, em especial pela Súmula nº 521 do Superior Tribunal de Justiça.⁶³

Não obstante o resultado do julgamento da ação constitucional, o novo entendimento não alterou a impossibilidade de conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade, que remanesce proscrita no ordenamento jurídico brasileiro.

⁶² Até a conclusão deste trabalho, não foi publicado o acórdão de julgamento da ADI. As discussões dos Ministros, entretanto, estão disponíveis, em formato de vídeo, no *link* < <https://www.youtube.com/watch?v=W1wUNbitw3Q>>, acesso em maio de 2019.

⁶³ “A legitimidade para a execução fiscal de multa pendente de pagamento imposta em sentença condenatória é exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública”.

2.2 Considerações sobre o sistema progressivo de execução de penas privativas de liberdade

Antes de analisar o condicionamento da progressão de regime de pena privativa de liberdade ao pagamento de multa cumulativamente imposta, convém refletir sobre a natureza jurídica de tal benefício executório, bem como os pressupostos jurídicos e ideológicos que lastreiam a progressividade nas penas.

No Direito brasileiro, a execução das penas privativas de liberdade é marcada pelo seu caráter progressivo. O termo “progressivo” denota que o apenado faz jus ao cumprimento de sua pena em condições cada vez menos gravosas, desde que cumpridos alguns requisitos objetivos e subjetivos, que serão mais à frente analisados.

Magalhães Noronha colaciona que, na acepção clássica, existem três sistemas penitenciários: o de Filadélfia, o de Auburn e o Inglês⁶⁴. O primeiro, aplicado inicialmente no Estado americano da Pensilvânia, consiste no confinamento constante do condenado em sua cela, local em que são realizadas atividades religiosas e laborais.

O segundo consiste em uma versão mais branda do sistema de Filadélfia, com a permissão para o trabalho coletivo fora da cela, mas sem comunicação entre os apenados. O sistema inglês, por fim, apresenta estágios de cumprimento de pena, em que o condenado fica inicialmente recluso em sua cela, passa a trabalhar em comum e, por derradeiro, lhe é concedida liberdade condicional. Na Irlanda, o sistema foi acrescido de um estágio em colônia agrícola, com o trabalho do preso ao ar livre.⁶⁵

O sistema progressivo adotado no Brasil pela Reforma Penal de 1983, nesse sentido, representa uma adaptação do sistema irlandês, com alguns aspectos peculiares.⁶⁶

2.2.1. Regimes de cumprimento de pena privativa de liberdade

O ordenamento jurídico brasileiro prevê duas espécies do gênero *pena privativa de liberdade*, quais sejam, a *reclusão* e a *detenção*. A distinção entre os dois institutos foi outrora expressiva, mas perdeu relevância com a Reforma Penal de 1984, que, em combinação com a Lei de Execuções Penais, inaugurou a atual sistemática da execução das penas privativas de liberdade.

⁶⁴ Magalhães Noronha, 1999, p. 236.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ Ibid., p.237.

De toda sorte, remanesçam algumas diferenças dignas de nota entre a reclusão e a detenção. Esta última foi concebida como uma pena adequada a crimes de menor gravidade e, por essa razão, a legislação veda que o condenado à detenção inicie o cumprimento de sua pena em regime fechado. A reclusão, por sua vez, impõe maiores ônus ao condenado, pois, além de possibilitar a fixação do regime inicial fechado, acarreta óbices para a concessão de benefícios na execução⁶⁷.

Mais importante é a diferenciação entre os três⁶⁸ possíveis regimes de cumprimento de pena privativa de liberdade, estabelecida pela Lei nº 6416/1977 e mantida pela legislação vigente.

O mais severo dentre os regimes de cumprimento de pena é o regime fechado, que implica o confinamento do apenado em estabelecimento prisional de segurança média ou máxima. A legislação prevê o trabalho obrigatório do preso dentro do próprio estabelecimento, facultado, em casos excepcionais, o trabalho externo para a execução de obras públicas.

Em grau menor de austeridade é o regime semiaberto, caracterizado pela possibilidade de trabalho ou estudo fora do cárcere. O Código Penal, *ipsis literis*, prevê que o regime semiaberto deve ser cumprido em “*colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar*”. A realidade, entretanto, é a escassez, no território nacional, de estabelecimentos próprios para o cumprimento de tal regime⁶⁹.

Dada a impossibilidade material de execução da pena nos termos da lei, a situação fática dos estabelecimentos prisionais brasileiros levou ao aviltamento do regime semiaberto, seja pela manutenção do condenado em estabelecimento próprio do regime fechado, ainda que em ala separada, seja, a outro extremo, pela concessão de prisão domiciliar, com ou sem monitoramento eletrônico, ao condenado.

Essa incerteza jurídica levou o Supremo Tribunal Federal a editar a Súmula Vinculante nº 56, que enuncia: “*A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza*

⁶⁷ Bittencourt, 2015, p.613.

⁶⁸ O regime disciplinar diferenciado (RDD), instituído pela Lei nº 10.792/2005 não é propriamente um regime de cumprimento de pena, pois não pode ser fixado para o início do cumprimento de uma pena e, por determinação legal, sua duração não pode ultrapassar uma diminuta fração (um sexto) da pena em concreto. Em verdade, trata-se de uma sanção disciplinar imposta ao condenado por má conduta no presídio.

⁶⁹ <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17.MI194415.101048-Regime+semiaberto+praticamente+nao+existe+no+Brasil>>

a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS⁷⁰”.

Passou-se a admitir, em alguns casos, a denominada progressão “*per saltum*”, (transferência de um sentenciado do regime fechado ao regime aberto), sob o argumento de que a ineficiência da prestação de serviço estatal (no caso, o de prover a execução das penas) não pode ser transferida ao cidadão⁷¹. Cabe a crítica, no entanto, a respeito da progressão *per saltum* frente à teleologia da progressão de regime, como se exporá mais adiante.

Por fim, o regime mais brando de privação de liberdade é o regime aberto que, pela letra da lei, “*baseia-se na autodisciplina e no senso de responsabilidade do condenado*”. Por pressupor o autocontrole e a boa-fé do apenado nessa etapa do cumprimento da pena, o Código comanda a ausência de vigilância de suas atividades exteriores ao cárcere. O condenado, de forma espontânea, deve exercer ocupação lícita ou frequentar instituição de ensino para fazer jus ao regime aberto.

A fixação do regime inicial de cumprimento da pena é elemento essencial da sentença condenatória criminal. A sua essencialidade, nesse sentido, ensejou a discussão sobre eventual nulidade absoluta causada por sua omissão. Sobre essa questão, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, reafirmou que a ausência não constitui, por si só, causa para a anulação da sentença, e pode ser suprida por pronunciamento de órgão colegiado em grau recursal⁷²

2.2.2 – Requisitos para a progressão de regime

A progressividade no cumprimento das penas privativas de liberdade implica a possibilidade de transferência do condenado para regime prisional menos severo se cumpridos os requisitos objetivo e subjetivo preceituados na Lei de Execuções Penais. Especificamente, é o artigo 112 do referido diploma legislativo que regulamenta o assunto:

Art. 112 - A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o

⁷⁰ O referido precedente do STF estabelece a seguinte ordem para as medidas cabíveis em caso de insuficiência de vagas no regime semiaberto: “(i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto”.

⁷¹ Brito, 2018, p. 341.

⁷² A exemplo do AgInt no REsp nº 1.722.003-SC, do HC 146.303/PE e REsp do 113.930/DF.

preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão

O requisito objetivo para a progressão de regime é assim denominado porque a sua constatação independe de juízo valorativo por parte da administração do presídio ou do Juízo de Execuções Penais. Por excelência, tal requisito se traduz no tempo de pena já cumprida pelo condenado. Com efeito, mesmo que ostente um comportamento exemplar dentro do estabelecimento prisional, o apenado não será transferido a um regime mais benéfico se não tiver cumprido a fração da pena estipulada em lei⁷³.

A regra, prevista na Lei de Execuções Penais, é a exigência do cumprimento de um sexto da pena no regime anterior ao pleiteado. Para condenados por crimes hediondos ou equiparados, enumerados na Lei nº 8.072/1990, o requisito temporal para a progressão de regime é o cumprimento de dois quintos da pena no regime anterior, no caso de condenados não-reincidentes, e três quintos da pena para reincidentes⁷⁴.

O requisito subjetivo para a progressão de regime foi compreendido, doutrinária e jurisprudencialmente, ora como o mérito do apenado, ora como a sua capacidade para se adaptar ao regime mais benéfico.

As mudanças legislativas sobre essa questão acompanharam as divergências de entendimento. Em sua redação original, a Lei de Execuções Penais mencionava o parecer da Comissão Técnica de Classificação (CTC) e, se necessário, exame criminológico, como documentos necessários à averiguação do requisito subjetivo para a concessão de regime menos rigoroso. Costa (1933, p.55), citado por Maluly (2013, p.8), define o objetivo do exame criminológico como: *“conhecer o grau de desadaptação social, a periculosidade, as possibilidades de reinserção”* do condenado

O exame, para atender a essa necessidade, constitui, aprofundada investigação sobre a personalidade do condenado, e pode apresentar, entre outros, exame psicológico, psiquiátrico, neurológico ou social do apenado.

⁷³ Sobre as frações suficientes para a progressão de regime, pertinente a ressalva de Brito (2018, p.334): *“Exemplificando, o condenado à pena de seis anos em regime fechado deveria cumprir um ano para atingir o regime semiaberto. A pena restante seria de cinco anos. Dessa pena cumpriria apenas mais 10 meses, o equivalente a um sexto. Pena que já foi cumprida deve ser considerada extinta e não mais pode ser computada para qualquer efeito, por isso o cálculo seguinte será sobre a pena restante, que, no exemplo, é cinco anos”*.

⁷⁴ §2º do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos om as alterações determinadas pela Lei nº 11.464, de 2007.

A Lei nº 10.792/2003 substituiu o termo “mérito” por “bom comportamento carcerário” e suprimiu os requisitos do parecer da CTC e do exame criminológico para a progressão de regime, substituindo-os por atestado fornecido pelo diretor do estabelecimento. A forma do atestado de boa conduta pode diferir de acordo com a administração penitenciária de cada ente federativo, mas seu conteúdo, em regra, é o registro de eventuais faltas por parte do condenado, bem como da execução dos trabalhos carcerários. Ao contrário do exame criminológico, o atestado de boa conduta diz respeito ao comportamento em concreto do apenado no presídio, e não em circunstâncias de sua personalidade.

Como pontuou Capez⁷⁵, entretanto, a mudança legislativa não ocasionou grandes alterações sistemáticas na execução penal, uma vez que a lei não obsta que o julgador, se entender necessário, solicite exame criminológico ou parecer do CTC para melhor avaliar o requisito subjetivo para a progressão de regime.

A esse respeito, há de se repisar que a execução penal, em sua concepção contemporânea, é atividade jurisdicional do Estado, embora estreitamente ligada à atividade administrativa, no caso, à administração prisional. Dessa forma, seria inadmissível exigir que um pronunciamento jurisdicional, qual seja, a prolação de uma decisão sobre a progressão de regime, esteja adstrita a um ato administrativo do diretor do presídio (atestado de boa conduta) ou a um conjunto de laudos periciais (exame criminológico).

O bom exercício da função jurisdicional faculta ao Juízo formar a sua convicção a partir de quaisquer meios de prova juridicamente possíveis que entender necessário. Tal entendimento foi consolidado pelo Supremo Tribunal Federal pela edição da Súmula Vinculante nº 26.

Há críticas acerca do uso de diagnósticos psicológicos para prolongar a estadia de um condenado no regime fechado⁷⁶. A objeção, com efeito, é da mesma ordem daquela

⁷⁵ Capez, 2018, p. 484.

⁷⁶ Cita-se excerto de nota exarada em 2003 pelo Conselho Federal de Psicologia sobre esse tema: “Ao vedar a realização do exame criminológico pelos psicólogos, os Conselhos de Psicologia têm claro que este exame nunca contribuiu para o desenvolvimento de políticas de continuidade, ou seja, acompanhamento do preso ou atendimento psicológico. Ao contrário, ele leva à substituição de acompanhamento sistemático e contínuo dos indivíduos pela simples rotulação, que pode beneficiar ou a prejudicar os sujeitos, sem que contribua com soluções para os problemas identificados pelos profissionais psicólogos – presentes no comportamento dos indivíduos, mas também no contexto, na sociedade, nas relações em que cada ser está

levantada contra a ressocialização como justificção para as penas: a de que a pena deve castigar uma pessoa pela prática de um fato delituoso, e não por atributos pessoais a ela inerentes.

A essa objeção, cabe a ressalva de que as conclusões do exame criminológico não vinculam o Juízo, mas servem apenas de base para a prolação de uma decisão fundamentada. Ademais, o princípio da individualização da pena comanda que a execução da pena seja adequada às circunstâncias pessoais do infrator, entre elas eventuais aspectos de sua personalidade que podem desaconselhar a sua colocação em regime mais brando.

Em suma, se a transferência de um condenado pressupõe a sua adequação ao convívio social, seria contraditório vedar ao julgador requerer uma opinião especializada acerca da periculosidade de um condenado antes de proferir sua decisão acerca da concessão do benefício executório.

2.3 - Debate teórico acerca do sistema progressivo de execução de penas privativas de liberdade: a discussão do *Habeas Corpus* nº 82.959 no Supremo Tribunal Federal

Os principais argumentos concernentes à fundamentação do sistema progressivo de cumprimento de penas privativas de liberdade podem ser encontrados na discussão jurisprudencial sobre o instituto. Em especial, as discussões atinentes ao *Habeas Corpus* de nº 82.959⁷⁷, julgado no Supremo Tribunal Federal em 2006, bem ilustram os principais entendimentos sobre o assunto.

O *Habeas Corpus* teve por objeto a declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990), dispositivo que, em sua redação original, vedava por inteiro a progressão de regime para condenados pela prática de crimes hediondos ou outros a eles equiparados.

inserido. Ademais, o exame criminológico gera expectativas reducionistas e simplistas quanto à possibilidade de prever o comportamento futuro do preso, visto que o comportamento é fruto de um conjunto amplo e diversificado de determinantes.”. Disponível em < <https://site.cfp.org.br/nota-sobre-a-resolucao-cfp-que-ao-regulamentar-a-atuacao-do-psicologo-no-sistema-prisional-impede-a-realizacao-do-exame-criminologico-pela-categoria/>>, acesso em junho de 2019.

⁷⁷Íntegra do acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>, acesso em março de 2019.

Em uma primeira ocasião (julgamento do HC nº 69.657, em 1993), o STF denegou o *writ* e, dessa forma, julgou constitucional a referida exceção à progressividade da execução de penas privativas de liberdade. Tal posicionamento jurisprudencial vigorou por pouco mais de uma década.

Como é notório, a corte suprema reformou o seu entendimento sobre a matéria e, no julgamento do HC nº 82.959/SP, declarou a inconstitucionalidade do dispositivo legal, por considerá-lo violador da garantia constitucional da individualização da pena. Interessante a observação de Sacramento (2018), que notou ser a mutação jurisprudencial fruto de mudança na composição do STF, e não de mudanças no convencimento individual de seus integrantes⁷⁸.

É possível depreender, com a leitura dos votos dos Ministros, três principais linhas argumentativas sobre a natureza e finalidade da progressão de regime no sistema de execuções penais vigente no Brasil.

A primeira corrente preconiza ser a possibilidade de transferência para um regime mais benéfico um direito fundamental do apenado. Os seus defensores se amparam no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal para argumentar que a menção constitucional do princípio da individualização da pena acarreta a exigência da progressividade em seu cumprimento, uma vez que a abrangência do preceito se estenderia também às execuções penais.

De outro lado, mesmo os Ministros que não opinaram pela inconstitucionalidade do dispositivo da Lei de Crimes Hediondos exararam fundamentos de mérito legislativo para se posicionar, em convicção pessoal, contrariamente à vedação integral da progressão de regime para alguns condenados. Tais argumentos, repisados a título de *obiter dicta* pelos votos prevalecentes, dizem respeito às consequências da progressão de regime.

Segundo esse entendimento, é desejável oferecer aos detentos a esperança de, com bom comportamento, receber um tratamento mais brando por parte do executor da pena. A progressão de regime seria, ao mesmo tempo, um desestímulo aos terríveis motins e

⁷⁸ Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64287/analise-da-mudanca-de-entendimento-do-stf-quanto-a-constitucionalidade-da-vedacao-a-progressao-de-regime-em-crimes-hediondos>>, acesso em março de 2019.

rebeliões prisionais e um prêmio àqueles condenados que se comportassem de maneira satisfatória.

Por derradeiro, destaca-se o argumento segundo o qual a progressão de regime seria um instituto propício à ressocialização dos apenados, uma vez que permitiria a lenta reinserção de um condenado, tido inicialmente por perigoso, à vida em sociedade, desde o completo encarceramento até a concessão da liberdade quase que total.

A seguir, será explorado em maior profundidade cada um dos argumentos supracitados.

i) A progressão de regime e a individualização da pena

O posicionamento vencedor no STF concluiu pela inconstitucionalidade na vedação integral de progressão de regime a condenados por certos crimes por vislumbrar na lei violação ao princípio constitucional segundo o qual as penas devem ser individualizadas.

Tal entendimento restou bem sintetizado na argumentação do Ministro Marco Aurélio Mello, proferida no HC nº 69.657 e reiterada no HC nº 82.959:

Dizer-se que o regime de progressão no cumprimento da pena não está compreendido no grande todo que é a individualização preconizada e garantida constitucionalmente é olvidar o instituto, relegando a plano secundário a justificativa socialmente aceitável que o recomendou ao legislador de 1984. E fechar os olhos ao preceito que o junte a condições pessoais do próprio réu, dentre as quais exurgem o grau de culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade, alfim, os próprios fatores subjetivos que desaguarão na prática delituosa.

[...]

Assentar-se a esta altura, que a definição do regime e modificações posteriores não estão compreendidas na individualização da pena e passo demasiadamente largo implicando restringir garantia constitucional em detrimento de todo um sistema e, o que é pior a transgressão a princípios tão caros em um Estado Democrático como são os da igualdade de todos perante a lei e da dignidade da pessoa humana e o da atuação do Estado sempre voltada ao bem comum

Em outras palavras, entende-se que a pena deve ser individualizada, isto é, adequada as circunstâncias objetivas do fato delituoso e subjetivas do autor, não só no momento da dosimetria da pena na sentença condenatória. Para garantir a efetividade do princípio, essa corrente jurisprudencial argumenta que não também o cumprimento da pena deve levar em conta a condição do apenado durante o seu curso. Impossibilitar a progressão de regime para condenados por certos crimes, sob essa ótica, tornaria inócua, em relação a esses indivíduos, a garantia constitucional.

Por outro lado, o entendimento anteriormente vigente considerava o preceito constitucional da individualização da pena como uma norma voltada ao legislador, que, em sede infraconstitucional, detém certa liberdade para fixar os parâmetros exatos da individualização da pena. Nas palavras da Ministra Ellen Gracie, voto vencido no HC 82.959:

O constituinte deixou ao legislador ordinário a regulação e a disciplina do instituto. Surgiram, então, as Leis 7.209/84 e 7.210/84. A primeira alterou a Parte Geral do Código Penal e cuidou da individualização da pena; a segunda tratou da individualização da execução penal. É importante ressaltar, porém, que, antes dessa normatização, a individualização da pena sempre foi observada. Isso porque o Código Penal sempre dispôs de normas que equacionavam a operação de correspondência entre a responsabilidade do agente e a punição. O legislador ordinário discriminou as sanções cabíveis, fixou as espécies delituosas, formulou o preceito sancionador das normas incriminadoras, ligando a cada um dos fatos típicos uma pena que varia de um mínimo a um máximo claramente determinados. Estabeleceu circunstâncias qualificadoras, atenuantes e agravantes e instituiu os preceitos que regulam o aumento e a diminuição das penas. Ao juiz, portanto, dentro de tais limitadores, cabe a tarefa meticulosa de graduar a pena em face do contato com o criminoso e do imediato conhecimento de sua personalidade, incluindo a perquirição de sua maior ou menor periculosidade.

[...]

É difícil, portanto, admitir, dentro desse grande complexo de normas que constituem o arcabouço do instituto da individualização da pena e de sua execução, que a restrição na aplicação de uma única dessas normas, por opção de política criminal, possa afetar todo o instituto. E mais, que possa essa restrição representar afronta à norma constitucional que instituiu a individualização da pena, ou seja, imaginar que o todo ficaria contaminado porque uma determinada parcela foi objeto de restrição. Por isso, com a devida vênia, não considero eivada de inconstitucionalidade a norma que restringiu a aplicação da regra da progressividade no regime prisional.⁷⁹

Segundo essa corrente, o princípio constitucional da individualização da pena não exige que o cumprimento da pena seja progressivo. O referido princípio seria tão somente um comando ao legislador para cominar penas distintas para infrações de gravidade distinta e fornecer ao julgador critérios sólidos para adequar a pena ao caso concreto, com a previsão de circunstâncias judiciais, agravantes, atenuantes, majorantes e minorantes de pena.

Digna de nota é a discordância exarada pelo o Ministro Gilmar Mendes quanto a essa linha argumentativa. Em seu entendimento, a sistemática progressiva da execução das penas estaria inclusa no núcleo essencial do princípio da individualização da pena. Em sua visão, compreender o preceito individualizador como um mero comando para que o legislador edite normas que possibilitem a fixação da pena constituiria uma “delegação

⁷⁹ Fls 668-669 dos autos.

em branco” ao Legislativo, o que, por definição, esvazia o conteúdo da uma garantia constitucional.

ii) A progressão de regime como incentivo ao bom comportamento

Se não é unânime a aceitação da progressividade no cumprimento das penas privativas de liberdade como exigência do postulado constitucional acerca da individualização da pena, não há grande controvérsia em conceber a progressão de regime como um incentivo à manutenção da ordem nos estabelecimentos carcerários e ao bom comportamento dos condenados.

Sob essa óptica, a possibilidade de progressão do condenado para um regime mais benéfico é, ao invés de uma derivação de uma garantia constitucional, uma pragmática decisão de política criminal, que visa a encorajar o comportamento ordeiro por parte dos apenados ao premiá-lo com o relaxamento da severidade de suas penas. Não por acaso, o Ministro Carlos Ayres Britto, ao votar, utilizou o conceito de *sanção premial*, desenvolvido por Norberto Bobbio, para caracterizar a progressão de regime:

O Direito é cada vez mais permeado daquela técnica de convencimento dos seus destinatários, que Norberto Bobbio chama de “sanção premial”, quer dizer, um direito que acena cada vez mais com promessas de recompensa do que com ameaças de castigo. Isso se aplica também ao regime das execuções das penas. É possível estimular a conduta socialmente desejável, com mais eficácia, pelo prêmio ou pela recompensa, do que desestimular a conduta socialmente indesejável pelo castigo.⁸⁰

A teoria a que o Ministro faz alusão se contrapõe àquelas concepções de sanção que apenas incluem no conceito as respostas desfavoráveis ao sancionado. A sanção premial, também conhecida como sanção positiva, constitui uma prestação benéfica ao sancionado por parte da autoridade estatal. O teórico italiano assim descreve esse entendimento das sanções:

A noção de sanção positiva deduz-se a contrário sensu, daquela mais bem elaborada de sanção negativa. Enquanto o castigo é uma reação a uma ação má, o prêmio é uma reação a uma ação boa. No primeiro caso, a reação consiste em restituir o mal ao mal; no segundo, o bem ao bem⁸¹

Sob uma ótica multidisciplinar, o instituto juridicamente definido como sanção positiva se relaciona, no campo das ciências comportamentais, à noção de incentivo.

Por evidente, não se está a tratar de um incentivo econômico na acepção clássica do termo, uma vez que a progressão de regime não representa um benefício de ordem material a quem a recebe. Em verdade, eventual benefício econômico auferido pelo apenado que progride de regime (pela percepção de remuneração por trabalho externo,

⁸⁰ Fl. 535 dos autos.

⁸¹ Bobbio (2007, p. 24), *apud* Salgado (2008, p. 119)

como exemplo) é de todo ofuscado pelo objeto principal da mudança de regime, que é o abrandamento da restrição à liberdade pessoal imposta ao indivíduo.

O caráter eminentemente imaterial do incentivo ora discutido torna difícil uma eventual investigação empírica acerca da efetividade da progressão de regime como um estímulo à manutenção da ordem nos presídios. A esse respeito, é pertinente repisar a ressalva concernente à função preventiva geral das penas.

Se a sanção negativa não acarreta efeito dissuasório sobre todos os delitos, certo é que, presumindo-se racional, pelo menos em alguns casos, a ação humana, forçoso é reconhecer o acanhamento de potenciais delinquentes frente à possibilidade da punição. Paralelamente, não se imagina que a promessa de um prêmio (sanção positiva) seja suficiente para fazer *todos* os condenados se comportarem de forma ordeira, mas é possível vislumbrar um efeito benéfico em relação àqueles cuja conduta pode ser descrita como *racional* (isto é, receptiva aos incentivos).

iii) Progressão de regime e a ressocialização

Por fim, a progressão de regime também está intrinsecamente ligada à função preventiva especial da pena, em suas modalidades negativa e positiva (ressocializadora), conforme explicitado na Lei de Execuções Penais.

Em uma concepção que toma a ressocialização como a justificação da pena, O encarceramento de um condenado pressupõe que ele não está apto ao convívio social. Especialmente no Direito Penal contemporâneo, é frequente a alegação de que a privação da liberdade deve ser apenas a última alternativa⁸², destinada apenas a retirar da vida em comum indivíduos cuja permanência na sociedade representaria grave risco aos bens jurídicos tutelados pelas normas criminalizadoras.

Tais pessoas, em virtude de sua periculosidade, são condenadas a iniciarem o cumprimento de suas penas em regime fechado, que representa a mais intensa restrição à liberdade pessoal dentre os possíveis regimes de cumprimento de pena. Nesse momento da execução, é nítido perceber a finalidade preventiva especial negativa da pena, ao tornar inócuo um indivíduo perigoso por via de seu confinamento.

⁸²É esse posicionamento uma derivação do princípio da intervenção mínima do Direito Penal. Se a repressão estatal é concebida como *ultima ratio*, destinada a coibir condutas que não poderiam ser efetivamente combatidas por outras vias. Nessa concepção, a pena privativa de liberdade, como forma mais gravosa de intervenção do Direito Penal sobre o indivíduo é entendida como a última alternativa dentre as possíveis respostas penais. Por essa razão, o ordenamento jurídico oferece uma multitude de institutos penais voltados ao não-encarceramento, desde a suspensão condicional do processo ao *sursis* da pena.

O grau máximo da neutralização se dá em caso de transferência de apenado do regime fechado para o regime disciplinar diferenciado (RDD). Nessa hipótese, a preocupação maior do Estado é evitar, de maneira forçosa, que um determinado condenado ameace a incolumidade pública desde dentro da prisão. Para isso, ele é completamente privado do convívio social, e passa quase a totalidade de seu dia isolado em cela individual.

A função do sistema progressivo de cumprimento das penas privativas de liberdade, nessa linha, seria refletir uma mudança na forma da prevenção especial, da neutralização à ressocialização. Em um primeiro momento, pretende-se a confinamento de um condenado como forma de proteger a sociedade em face de sua possível reiteração delitiva.

Caso esse condenado cumpra uma parcela de sua pena sem incidentes de indisciplina, a ele é oferecido o regime semiaberto, que representa uma abertura gradual a certas esferas sociais, por meio da possibilidade de trabalho ou estudo externos. Se o cumprimento dessa fase intermediária ocorrer de forma adequada, o próximo passo é o regime aberto, em que se presume a cessação de periculosidade do condenado e permite-se que, sem vigilância, ele deixe o estabelecimento prisional para a execução das atividades externas.

O Ministro Cezar Peluso bem sintetiza essa fundamentação em excerto de seu voto no HC nº 82.959 (grifo no original):

Tão incongruente com o princípio da individualização da pena, da readaptação dos condenados, tão ilógica e irracional se desvela a disciplina instaurada pela chamada Lei dos Crimes Hediondos, que, hoje, temos situação insólita: o condenado por crimes hediondos não pode progredir no regime, mas pode obter livramento condicional, tanto que cumpridos três quartos da pena (art. 83, V, CP – inciso acrescentado pela própria Lei nº 8.072/90). Ou seja, **sem que se possa avaliar o seu grau de ressocialização e/ou proporcionar ao condenado condições para sua harmônica integração social por meio da progressão para regimes menos severos (semi-aberto e aberto), sai ele diretamente de estabelecimento prisional de segurança máxima (art. 3º da Lei nº 8.072/90) para as ruas!**⁸³

A argumentação, no entanto, perde força com a admissão da progressão de regime *per saltum*, que, como já exposto, admite que um condenado seja transferido de um estabelecimento de segurança máxima para o regime aberto, o que representa a sua

⁸³ Fl. 559 dos autos.

inserção não-vigiada na sociedade sem a anterior passagem pelo regime semiaberto, cuja função é prepará-lo para o convívio social.

3. TERCEIRO CAPÍTULO: O CONDICIONAMENTO DA PROGRESSÃO DE REGIME AO ADIMPLEMENTO DA MULTA CUMULATIVA - A DISCUSSÃO DA EP Nº 12 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.1. Contextualização fática

O caso paradigmático concernente à discussão sobre o condicionamento da progressão de regime ao pagamento da multa cumulativa foi o Agravo Regimental na Progressão de Regime na Execução Penal nº 12/DF, julgado pelo STF em 08/04/2015 sob a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso.

Os referidos autos tiveram por objeto o acompanhamento do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta a Romeu Ferreira Queiroz em acórdão condenatório na Ação Penal nº 470, conhecida popularmente como “*caso Mensalão*”, que versou sobre esquema de compra de votos no Congresso Nacional por parte de integrantes do Poder Executivo Federal.

O agravante foi Deputado Federal pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) de Minas Gerais na 54ª Legislatura do Congresso Nacional. Ele foi denunciado pela Procuradoria-Geral da República pela prática dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, por ter recebido vantagem indevida no contexto do supracitado escândalo. O STF acolheu o pleito condenatório e impôs ao réu uma pena de 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 330 (trezentos e trinta) dias-multa, à razão de 10 (dez) salários-mínimos no valor da época dos fatos criminosos (R\$ 240 – duzentos e quarenta reais)⁸⁴.

O condenado foi recolhido para iniciar o cumprimento de sua pena de reclusão no dia 15/11/2013. Em dezembro de 2014, cumprido 1/6 (um sexto) da pena privativa de liberdade no regime semiaberto, o apenado pleiteou a progressão para o regime aberto. Em 19/12/2014, o pedido foi monocraticamente negado pelo relator do processo, com o fundamento de que, apesar de solvente, o réu não iniciara o pagamento da multa cumulativamente imposta.

Em sede de Agravo Regimental, o entendimento do Ministro relator foi acompanhado pelos Ministros Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Toffoli,

⁸⁴ Acórdão condenatório disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3678648>> , acesso em junho de 2019.

Cármen Lúcia, e pelo Presidente do STF, Ricardo Lewandowski. Isoladamente, divergiu o Ministro Marco Aurélio Mello, que se posicionou pela inconstitucionalidade da exigência de adimplemento da multa para a concessão do benefício executório.

Da leitura do acórdão⁸⁵, é possível depreender três principais questões jurídicas para a resolução da controvérsia: (i) se o condicionamento da progressão de regime ao pagamento da pena de multa constitui espécie de prisão por dívida, vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro; (ii) se a medida, por não estar prevista no artigo 112 da Lei de Execuções Penais ou em qualquer outro diploma legislativo, é violadora do princípio da legalidade, e (iii) se o inadimplemento deliberado da multa pode ser considerado, para fins de progressão de regime, como “mau comportamento carcerário”, apto a ensejar a denegação do benefício.

Nas seguintes linhas, proceder-se-á ao exame detalhado de cada uma das supramencionadas questões jurídicas.

3.2. A restrição do benefício executório frente à garantia constitucional da vedação da prisão por dívidas

A principal objeção ao condicionamento da progressão de regime ao adimplemento espontâneo da multa cumulativa, como exposto, é a conciliação de tal entendimento com a vedação constitucional à prisão por dívidas, prestigiada no artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal. Essa foi a mais premente preocupação do Ministro Marco Aurélio Mello, que proferiu voto isolado pela inconstitucionalidade da medida:

Não há como imaginar-se, a partir da regra das regras, que é a constitucional, mesclagem. Imaginar-se, a esta altura, que não houve a dissociação, a que me referi, da pena de multa, considerada a pena restritiva da liberdade de ir e vir. Há mais, Presidente! Se digo, como está na lei, que o valor se transforma em dívida ativa da Fazenda, e se assento também que, não satisfazendo o condenado o respectivo valor, fica ele impossibilitado de progredir no regime de cumprimento da pena restritiva da liberdade – e pode ocorrer até a perpetuação do regime fechado, que já declaramos, neste Plenário, no tocante à totalidade da pena inconstitucional –, o que proclamo? Que pode haver uma coação política, para ter-se o recolhimento da multa, mediante a imposição, para progredir, do recolhimento. E mais do que isso! Não é só uma coação política, que está excomungada em três verbetes da súmula do Supremo, é uma coação física, tendo em conta a liberdade de ir e vir.⁸⁶

Como se percebe, o magistrado pretendeu, em seu voto, expandir a garantia constitucional para além das prisões meramente civis, no sentido de vedar qualquer uso

⁸⁵ Íntegra disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8659610>>, acesso em junho de 2019.

⁸⁶ Fl. 36 do acórdão.

da coação física contra o devedor para constrangê-lo a saldar dívida pecuniária de qualquer natureza.

Para analisar o mérito dessa argumentação, oportuno se faz tecer considerações sobre o conceito, a história e a justificação das prisões civis por dívidas.

3.2.1. Prisão civil

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em seus Comentários à Constituição de 1967, define a prisão civil como “*aquela que não decorre da prática de um ilícito definido em lei como um delito*”⁸⁷, definição essa repetida por José Cretella Júnior. Trata-se de uma definição residual que não se adequa perfeitamente à discussão das prisões extrapenais, pois insere na mesma categoria as prisões por inadimplemento de obrigação alimentar, as prisões administrativas militares, e a eufemisticamente denominada “medida socioeducativa de internação”, que em verdade constitui restrição coercitiva da liberdade de locomoção de inimputáveis.

Até as prisões cautelares do processo penal seriam, a rigor, abrangidas por essa definição, pois a sua razão de ser não é, em si, a prática de um delito, mas sim a potencial periclitacão da ordem pública causada pelo preso, ou a garantia do bom andamento das investigações. Por essa razão, a jurisprudência não acolhe⁸⁸ de plano, o pleito de indenização por dano moral no caso de absolvição de um indivíduo que fora preso cautelarmente, devendo o pleiteante demonstrar adicional elemento de ilegalidade na conduta estatal, que não a sua inocência.

Em verdade, a prisão civil é melhor entendida como uma prisão decorrente da mora, por parte do devedor, em relação civil obrigacional. Nas modalidades aceitas pela Constituição Federal, a prisão civil pode se dar pelo inadimplemento de obrigação inerente ao estado de paternidade, qual seja, a de prestar alimentos aos descendentes, ou de obrigação pactuada em contrato de depósito, a de restituir a coisa depositada.

A privação da liberdade, nesse sentido, é apenas uma das formas de imposição corpórea ao devedor decorrente de suas dívidas. Para contextualizar a sua vedação no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se oportuno, inicialmente, traçar um panorama histórico do emprego da coação física do devedor em relações obrigacionais.

⁸⁷ Ferreira Filho, 1975, p. 106.

⁸⁸ A exemplo do REsp 1788307/SP, julgado pela Segunda Turma do STJ em 09 de abril de 2019, sob a Relatoria do Ministro Hermann Benjamin.

3.2.2 A prisão por dívidas na história

A prisão por dívida é a constrição da liberdade pessoal de locomoção como uma forma de coagir o devedor a adimplir obrigação por ele titularizada. A palavra “dívida”, nesse sentido, deve ser interpretada restritivamente, posto que é comum na filosofia, a exemplo de São Tomás de Aquino⁸⁹, a argumentação de que a pena é uma forma de o criminoso saldar a sua dívida para com o equilíbrio da justiça.

No sentido contrário, a terminologia “prisão por dívida” se refere unicamente a modalidade de prisão decorrente de dívida em dinheiro, ou em algo que nele se possa exprimir (ex.: o bem depositado), de modo a excluir concepções abstratas e metafísicas sobre o que constitui uma dívida.

Como se sabe, as formas mais primitivas de ordens jurídicas não apresentavam relevante distinção entre o crime e a dívida civil, de modo que a resposta sancionatória aos crimes de sangue e às dívidas de valor era de semelhante natureza. Os mais arcaicos diplomas normativos, a exemplo do Código de Hamurabi⁹⁰, estatuíam normas jurídicas que versavam sobre condutas comumente descritas como crimes (como o homicídio e o adultério) e sobre relações eminentemente obrigacionais, tais como modalidades de reparação de dívidas de grãos.

Nessa toada, a ideia de cerceamento da liberdade do devedor em decorrência do inadimplemento de dívidas é antiquíssima⁹¹. Na Atenas clássica, o estadista Sólon foi celebrado por proibir o uso do corpo do devedor como garantia de dívida. De igual maneira, a República Romana aboliu, no ano 326 a.C., o *nexum*, forma de servidão decorrente da insolvência do devedor de obrigação contratual.

Na tradição luso-brasileira, também se verificou o uso de imposições extrapatrimoniais sobre aqueles incapazes de adimplir suas dívidas. É possível citar o exemplo das Ordenações Filipinas, que dispuseram ser o degredo à África, à Índia ou ao Brasil sanções cabíveis aos devedores insolventes.⁹²

⁸⁹ Vide nota nº 7.

⁹⁰ Disponível em <<https://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp>>

⁹¹ Harris, 2002.

⁹² Ordenações Filipinas, Livro 5 Tit. 139: “*Da maneira que se terá com os presos que não podem pagar às partes e em que são condenados*”, disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1317.htm>>, acesso em junho de 2019.

Na era industrial, o trabalho forçado decorrente de inadimplência deu lugar à prisão por dívidas. Célebre foi o caso do escritor britânico Charles Dickens, cuja obra *Little Dorrit* retrata a vida na prisão de Marshalsea, em que o autor passou a infância em razão do encarceramento de seu pai, devedor insolvente⁹³. Nesse sentido, o insucesso de uma empreitada comercial, com a conseqüente insolvência do devedor e falência do empreendimento frequentemente recebeu contornos criminais pela maioria dos ordenamentos jurídicos, com a imposição de severas penalidades, que poderiam culminar na pena capital⁹⁴.

3.2.3. Há justificção moral para a prisão por dívidas?

Como se observa, a discussão acerca da prisão por dívida sempre apresentou contornos nitidamente econômicos. O encarceramento do devedor inadimplente foi concebido como uma maneira extrema de sanção pelo descumprimento obrigacional. Certamente não foi a mais extremada, posto que, como já exposto, algumas sociedades chegaram a impor a escravidão ou a morte, por vezes cruenta, como sanção pelo não-pagamento da dívida. De toda sorte, porém, a prisão por dívida remanesce como sanção altamente gravosa imposta pela mora obrigacional.

A esse respeito, tal qual os filósofos do Direito julgam necessário discutir a justificção moral da sanção penal (entre elas a prisão), com muito mais premência há que se discutir a moralidade de se encarcerar um devedor que, a uma primeira vista, não cometeu crime algum. A finalidade de uma prisão civil é eminentemente coativa, mas, assim como as multas contratuais, pode assumir contornos dissuasórios.

Quando se fala em prisão por inadimplemento contratual, o fim da sanção é majoritariamente coativo, isto é, de constranger, mediante o cerceamento da liberdade de locomoção, o devedor a adimplir a sua devida prestação; e preventivo especial, à medida que representa enorme desincentivo ao não-cumprimento do pacto por uma das partes do contrato.

Uma prisão por dívida extracontratual, tal qual a dívida de alimentos, além das finalidades supramencionadas, é também, em certa medida, preventiva geral, uma vez que a sua aplicação a um devedor inadimplente reforça a todos os devedores em similar

⁹³ Wilson, 2009, p. 289.

⁹⁴ A esse respeito, Tribe (2009) escreveu uma interessante compilação de casos em que a pena de morte foi utilizada com base nas leis de bancarrota vigentes na Grã-Bretanha.

situação, e aos potenciais devedores, que o inadimplemento de tal obrigação resulta na grave sanção da perda de liberdade.

A questão filosófica que deve ser respondida, dessa forma, é se os fundamentos da coação ao devedor e da prevenção à inadimplência são suficientes para se afirmar a licitude moral da prisão do devedor em mora. Tal questão será analisada separadamente, em relação às obrigações contratuais e extracontratuais.

Uma prisão civil por dívida extracontratual tem, por óbvio, fundamento em uma relação obrigacional que não fora objeto de pactuação entre as suas partes. São extracontratuais, por exemplo, as obrigações decorrentes de responsabilidade aquiliana, bem como a obrigação de prestar alimentos aos familiares. A esse respeito, embora o ordenamento jurídico não objetive desprestigiar as demais obrigações, a única forma amplamente aceita e, inclusive chancelada por instrumentos internacionais de prisão por dívidas é a prisão do devedor de obrigação alimentar. A natureza alimentar de um crédito informa que ele é necessário à própria subsistência do credor. Por essa razão, o seu inadimplemento é causa de periclitção à existência do alimentando. Tal urgência na satisfação do crédito autoriza ao ente jurisdicional estipular forma muito gravosa de coação do devedor, consistente na constrição de seu próprio corpo.

Cumprе ressaltar, entretanto, que não é o inadimplemento de todo crédito alimentar autorizado a ensejar a prisão do devedor. Com efeito, apenas a obrigação de prestar alimentos aos filhos é uniformemente aceita como causa apta a autorizar o recolhimento do devedor. A saber, tamanho é o prestígio concedido pelo ordenamento jurídico à liberdade de ir e vir que apenas obrigação de máxima importância, aquela dos pais para com o sustento material dos filhos, permite o seu cerceamento como forma de coação. O não-pagamento de alimentos devidos a outros parentes, caso de alimentos avoengos, por exemplo, não é, conforme jurisprudência predominante⁹⁵, justa causa para a prisão por dívida. Tampouco outros créditos de natureza alimentar, como salários ou honorários advocatícios, podem consubstanciar pedido de prisão do devedor inadimplente.

Quanto à possibilidade de prisão pela mora em obrigação contratual, a discussão perpassa necessariamente pela análise da amplitude da liberdade de contratar. Uma

⁹⁵ A exemplo do julgamento, no Superior Tribunal de Justiça, do Habeas Corpus n.º 416.886/SP, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, da Terceira Turma, ocorrido em 12/12/2017

concepção absoluta e irrestrita acerca da autonomia da vontade não vislumbraria óbice na pactuação, por livre vontade das partes, do corpo do devedor como garantia da dívida – contrato semelhante ao celebrado entre o mercador Antônio e o agiota Shylock na peça shakespeariana “*O Mercador de Veneza*”.

Entretanto, o ordenamento jurídico prima também por outros valores, entre os quais a dignidade humana, que não podem ser preservados senão pela imposição da indisponibilidade de certos direitos, entre os quais a liberdade de locomoção. Seria inadmissível, dessa feita, ao Estado-jurisdição cancelar a prisão como sanção decorrente do inadimplemento de parcela contratual. Via de regra, os contratos são celebrados no curso do regular desempenho de atividade econômica, que, por sua própria natureza, implica riscos àquele que a explora. Causaria perplexidade, nesse sentido, a inversão de valores decorrente de se considerar o patrimônio do credor como preponderante à dignidade do devedor.

A exceção outrora admissível à vedação acima referida era a da prisão civil do depositário infiel, isto é, aquele que não restitui a coisa depositada. Tal exceção era admitida, conforme a lição de Pontes de Miranda, porque a obrigação referente ao depósito era tão somente a entrega de um bem ilegítimamente detido pelo devedor, e não constituía uma dívida, em seu sentido estrito⁹⁶. Como é notório, a Constituição Federal excluiu a prisão do depositário infiel da abrangência de seu artigo 5º, inciso LXVII. Igualmente notório foi o julgamento, pelo STF, do Recurso Especial nº 466.343-SP, que, além de fixar o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos celebrados antes da vigência da Emenda Constitucional nº 45/2004 têm caráter supralegal, eliminou do ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de prisão civil do depositário infiel.

É possível concluir, em síntese, que a prisão do devedor como forma de coagi-lo a adimplir obrigação civil apenas se justifica moralmente quando visa a promover a satisfação de um crédito de grande urgência e grave relevância social. É a hipótese do devedor que, solvente, se recusa a prover a subsistência material de seus filhos. De outro lado, um inadimplemento contratual, por si só, não constitui justa causa para autorizar a prisão do devedor, dado que os riscos de não-satisfação das dívidas são inerentes à sistemática da economia. O Direito Contratual, nesse sentido, apresenta mecanismos

⁹⁶ Pontes de Miranda, 1967, p. 252.

próprios para minimizar os riscos de credores e potenciais credores, tais como os seguros, resseguros, fianças ou garantias reais.

3.2.4. A multa criminal e a prisão por dívidas.

Até agora, falou-se na hipótese de prisão de um devedor de obrigação civil. Embora não adstritas ao tema da presente investigação, essas questões oferecem substrato para se responder à pergunta: estaria a dívida decorrente de multa criminal abrangida pela vedação constitucional às prisões por dívida? Cumpre repisar que foi esse o principal argumento aduzido pela defesa do agravante na EP nº 12, bem como o maior fundamento utilizado no voto do Ministro Marco Aurélio Mello, que isoladamente, opinou pelo provimento do agravo.

O principal amparo jurídico para esse entendimento é a redação do artigo nº 51 do Código Penal, com a alteração determinada pela Lei nº 9.268/1996. Como já exposto, a redação anterior do dispositivo permitia a conversão da multa em privação de liberdade em caso de inadimplemento por parte de devedor solvente. A exposição de motivos da proposição legislativa que originou a referida norma jurídica fundamentou a mudança na garantia da vedação às prisões por dívida, bem como na efetividade do rito da execução fiscal na persecução de créditos da Fazenda Pública⁹⁷. Sem repetir o debate explorado no Capítulo 2, a exposição de motivos é passível de crítica. Novamente, a garantia do artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal não foi inovação do constituinte de 1988, porquanto constou também nas Constituições brasileiras de 1934, 1946 e 1967. Ao discutir a abrangência da multa na garantia, deveria o autor da proposição legislativa explorar de forma mais satisfatória a maneira com que se deu a alegada mutação constitucional que acarretou a conclusão pela inconstitucionalidade da conversão da multa em pena privativa de liberdade.

A discussão traz à baila, novamente, a diferenciação entre a sanção penal e a sanção civil. Como já discutido, a sanção penal não é imposta pela simples prática de conduta antijurídica, mas pela prática de fato definido como infração penal, consistente, no Direito brasileiro, em conduta típica, antijurídica e culpável. Ora, um inadimplemento de prestação contratual é frequentemente o meio para a perpetração do crime de estelionato. De forma semelhante, a não-restituição da coisa depositada pode facilmente constituir infração penal de apropriação indébita. Em ambos os casos, o elemento que

⁹⁷ Vide nota nº 48.

distingue o crime de um ilícito meramente cível é a má-fé por parte daquele que o pratica, traduzida, para efeitos penais, no dolo, elemento subjetivo que, em regra, é indispensável para se atestar a tipicidade de uma conduta.

Não por acaso, o texto constitucional, no já citado art. 5º, inciso LXVII, qualifica como *civil* a espécie de prisão por dívidas vedada pelo ordenamento jurídico. Não obstante as críticas à amplíssima definição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho sobre prisão civil, certo é que mesmo a conceituação mais abrangente do instituto não comporta a prisão-pena. Na hipótese de conversão da multa em prisão, em razão de seu inadimplemento por parte de devedor solvente, o encarceramento do condenado não se dá em razão da dívida *per se*, mas decorre da imposição de pena pelo cometimento de um crime. A multa, nessa situação, é uma alternativa à pena do cárcere. De igual forma, o inadimplemento injustificado de uma restritiva de direitos de natureza pecuniária pode dar causa à sua conversão em privação de liberdade, conforme dispõe o §4º do artigo 43 do Código Penal. Em ambos os casos, se visa a preservar o caráter coercitivo da sanção penal que, por ser uma punição, não pode se transformar em uma prestação meramente facultativa por parte de seu destinatário.

A Lei nº 9.268/1996, ao estabelecer que a multa deve ser, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, considerada dívida de valor não desfigurou a sua natureza de sanção penal. É forte, nesse aspecto, o argumento reiterado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, de que a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLVI, alínea c), inclui a multa no rol de penas previstas no ordenamento jurídico brasileiro. A norma infraconstitucional que eliminou a conversão da multa em detenção, assim, não o fez com base em comando da Lei Maior, mas tão somente por opção de política criminal do legislador.

Na doutrina, Cezar Roberto Bittencourt, nesse sentido, aponta a possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade como fator determinante para a distinção entre a multa e uma sanção civil:

Às vezes, fica difícil distinguir a pena de multa de outras sanções pecuniárias, civis, administrativas, fiscais, etc., isto é, quando a multa terá ou não caráter penal. Duas são as características essenciais da multa penal, tradicionais em todos os países:

1ª) a possibilidade de sua conversão em prisão, caso não seja paga;

2ª) seu caráter personalíssimo, ou seja, a impossibilidade de ser transferida aos herdeiros ou sucessores do apenado.⁹⁸

A respeito da prisão pelo não-pagamento da multa cumulativa à privação de liberdade, encarcerar um condenado que, cumprida integralmente a sua pena de prisão, se furta à satisfação da dívida referente a multa seria incorrer, irremediavelmente, em violação ao princípio *ne bis in idem*. Em tal hipótese, haveria a imposição de repetido cerceamento de sua liberdade de locomoção quando, nos termos da própria sentença que o condenou, o réu já satisfizesse o tempo de prisão que lhe fora imposto.

Não foi esse, entretanto, o objeto da controvérsia discutida na EP 12. Pelo contrário, o referido julgado versou sobre condenado que, enquanto cumpria a sua pena de reclusão, teve denegada a concessão de benefício executório, com base no inadimplemento deliberado da multa. Não se trata, a rigor, de prisão por dívida, mas sim de manutenção do sentenciado em estabelecimento prisional mais severo do que outrora cabível em razão de dívida. A causa determinante da privação de liberdade, mais uma vez, não foi a dívida em si, ou sequer a imposição da prestação pecuniária em alternativa ao cárcere, e sim a imposição de uma pena que, satisfeita ou não a obrigação concernente à multa, haveria de ser cumprida.

No âmbito acadêmico, é interessante aludir à lição do teórico norte-americano Gary S. Becker. Pioneiro na aplicação de métodos econômicos para analisar o Direito Criminal, Becker é incisivo em sua defesa das multas como alternativa à prisão e, por conseguinte, da prisão em caso de não-pagamento de multa:

Em essência, portanto, esses métodos [prisão dos devedores da multa] se tornam um veículo para punir "devedores" para com a sociedade. Antes de ser levantado o grito de que o sistema é injusto, especialmente para os infratores pobres, considere o seguinte: os punidos seriam devedores em "transações" que nunca foram acordadas por seus "credores", não em transações voluntárias, como empréstimos, para os quais as devidas precauções poderiam ser tomadas antecipadamente pelos credores. Além disso, a punição em qualquer sistema econômico baseado em transações voluntárias de mercado inevitavelmente deve distinguir entre esses "devedores" e outros. Se um homem rico compra um carro e um pobre o rouba, o primeiro é parabenizado, enquanto o último é frequentemente enviado para a prisão, quando descoberto. No entanto, a compra do homem rico equivale a um "roubo" posteriormente compensado por uma "multa" igual ao preço do carro, enquanto o pobre, na verdade, vai para a prisão porque não pode pagar essa "multa".⁹⁹

Embora a abordagem puramente econômica do Direito Penal preconizada por Becker seja passível de objeções, o autor levanta um relevante argumento quanto à prisão

⁹⁸ Bittencourt, 2015, p. 754.

⁹⁹ Becker, 1968, pp. 196-197. Tradução livre.

pela dívida da multa. De fato, em um sistema econômico regido pela voluntariedade nas transações, é necessário se distinguir entre os devedores que adentraram espontaneamente em relação obrigacional, em que aos credores foi oportunizado avaliar o risco da transação, e os devedores que, mediante destreza, violência ou ardil, furtaram ao credor a livre manifestação de vontade.

Ainda que, no modelo brasileiro, a vítima do crime não seja a efetiva credora da pena de multa, inserir na mesma categoria a prisão de devedor de obrigação civil e a prisão de condenado a sanção penal desprestigia a garantia constitucional do artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal, ao equiparar o devedor criminoso aos demais devedores.

3.3 O condicionamento da progressão de regime ao pagamento da multa ofende o princípio da legalidade?

A outra questão jurídica sobre a qual o intérprete do Direito deve se debruçar ao analisar a possibilidade de impor um requisito não-expresso em lei para a progressão de regime é possível afronta ao princípio da legalidade decorrente da atuação do Estado-jurisdicção de maneira não-prescrita em lei. O relator da EP nº 12, Ministro Luís Roberto Barroso, assim se manifestou acerca dessa questão (destaque no original):

Nada obstante essa regra geral, a jurisprudência desta Corte tem demonstrado que a análise dos requisitos necessários para a progressão de regime não se restringe ao referido art. 112 da LEP, tendo em vista que elementos outros podem, e devem, ser considerados pelo julgador na delicada tarefa de individualização da resposta punitiva do Estado, especialmente na fase executória. Afinal, tal como previsto na Exposição de Motivos à Lei de Execução Penal, “a progressão deve ser uma conquista do condenado pelo seu mérito”, “compreendido esse vocábulo como aptidão, capacidade e merecimento, demonstrados no curso da execução”¹⁰⁰

Em concreto, o relator destacou duas situações jurisprudenciais em que se admitiu a inserção de elementos estranhos ao artigo nº 112 da Lei de Execuções Penais para avaliar o pleito da progressão de regime. A primeira foi o artigo 33, § 4º, do Código Penal, que, como já exposto, condiciona o benefício à reparação do dano ou à devolução do proveito de crime contra a administração pública¹⁰¹

A outra situação levada pelo Ministro foi a discussão, já explorada no Capítulo 2, sobre a possibilidade de o Juízo de Execuções Penais requerer exame criminológico de apenados para consubstanciar decisão referente a progressão de regime.

¹⁰⁰ Fl.10 do acórdão.

¹⁰¹ A referida norma fora, pouco antes do julgamento do agravo ora discutido, declarada constitucional pelo STF por ocasião de julgamento de agravo na EP nº 22, também concernente à Ação Penal nº 470.

A conciliação entre o entendimento vencedor e o princípio da legalidade foi enfrentada de forma mais direta no voto do Ministro Dias Toffoli:

Ora, não faria sentido progredir o sentenciado solvente para o regime aberto e, ato contínuo, constatado o inadimplemento da multa, determinar sua regressão. Assim, por força de interpretação sistemática, não há como se argumentar que o indeferimento da progressão de regime prisional pelo não pagamento da multa violaria o princípio da legalidade (art. 5º, II, CF), ao argumento de que a Lei de Execução Penal, no art. 112, não contemplaria esse requisito.¹⁰²

A norma a que o Ministro se referiu está contida nos artigos 36, § 2º, do Código Penal e 118, § 1º, da Lei de Execução Penal. Ambos determinam que o sentenciado do regime aberto está sujeito a regressão se, solvente, não proceder ao pagamento da pena de multa.

Para o estudo desse tópico, convém analisar, separadamente, o princípio da legalidade no Direito, as normas legais aludidas pelos Ministros na fundamentação de seus votos e a técnica de interpretação sistemática dos preceitos que regem a execução penal no Brasil.

3.3.1. Considerações sobre o princípio da legalidade

A depender do ramo do Direito analisado, o princípio da legalidade pode assumir diferentes feições. No âmbito das garantias civis, o preceito é bem sintetizado pela postulação constante do artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Trata-se, com efeito, de uma garantia ao indivíduo contra possível arbitrariedade no uso da força coercitiva estatal.

Em um sistema político autointitulado democrático, a legitimação do poder do Estado se dá mediante o cumprimento da vontade popular. No sistema representativo, típico das democracias liberais, a população confere, mediante processo eleitoral, a um grupo de cidadãos mandato para representá-la em uma Casa Legislativa, que, por óbvio, é competente para a edição de leis. Nesse sentido, o princípio da legalidade pode ser exprimido como a garantia aos indivíduos de que sobre eles não recairá nenhuma imposição estatal que não houver sido previamente aprovada pelos cidadãos, pela via de seus mandatários eleitos.

No Direito Civil, o princípio da legalidade acarreta a possibilidade da prática, por particulares, de quaisquer atos não-proscritos em lei e, por conseguinte, na liberdade de

¹⁰² Fl. 31 do acórdão.

pactuar objeto não-defeso pela legislação. *A contrario sensu*, a legalidade no Direito Administrativo representa verdadeira limitação à atuação do Poder Público, que, em que pese haver algum espaço para a discricionariedade do administrador, está adstrito em suas atividades às estipulações da legislação aplicável¹⁰³.

Para o Direito Penal, o princípio da legalidade assume dimensão ainda mais proeminente. O Código Penal, como é notório, repete em seu primeiro artigo a garantia constante da carta constitucional de direitos (art. 5º, inciso XXXIX): “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”. A preservação das garantias individuais, nesse sentido, demanda que se interprete o princípio não somente como “*nullum crimen sine lege*”, mas como “*nullum crimen sine stricta lege*”. A saber, não basta que a legislação determine a criminalização de uma conduta, porquanto é necessário definir, com exatidão e clareza, o escopo de abrangência da norma penalizadora. Por essa razão, a boa técnica legislativa demanda a enumeração de tipos penais, cujos núcleos são compostos por verbos que devem precisamente definir a conduta que se pretende criminalizar.

De igual forma, o princípio da legalidade no Direito Penal limita o poder punitivo do Estado, ao exigir a cominação, para cada tipo penal, de patamares mínimo e máximo de intensidade da punição. Seria por completo inócua, dessa forma, uma norma que tipificasse como crime determinada conduta e, ao mesmo tempo, se omitisse sobre a pena a ela cabível.

A execução penal, porém, não segue integralmente toda a sistemática do direito material. Em verdade, a dimensão executória do sistema penal constitui ramo autônomo¹⁰⁴ do Direito e, embora lide com conceitos oriundos da esfera material e da esfera processual, segue lógica própria, e apresenta alguns princípios que lhe são exclusivos.

Em sentido estrito, não há, como no Processo Civil, um litígio a ser resolvido em sede de execução penal. Tampouco há, como no Processo Penal, uma lógica adversarial

¹⁰³ Mesmo os atos administrativos discricionários, nesse sentido, apresentamelementos que são vinculados pela legislação (tais como a competência e a finalidade em sentido estrito). Di Pietro, 2014, p. 259.

¹⁰⁴ Pertinente a lição de Nucci (2019, p.4): *Trata-se de ciência autônoma, com princípios próprios, embora jamais se desvincule do Direito Penal e do Direito Processual Penal, por razões inerentes à sua própria existência. O Direito de Execução Penal é autônomo e interdependente. Sua base constitucional e os direitos e garantias individuais que o norteiam advêm do Direito Penal e do Processo Penal, constituindo sua relação de interdependência.*

acusação-defesa, posto que não existe, *a priori*, antagonismo entre os interesses do sentenciado e os interesses do Ministério Público, cuja função de *custus legis*, na execução penal, deve preponderar sobre aquela de *dominus litis*.

Em verdade, a execução é voltada à efetivação do disposto em sentença condenatória, bem como ao acompanhamento do cumprimento das penas, em especial da pena privativa de liberdade, conforme discutido no Capítulo 2. Essa natureza peculiar da execução penal levou o ordenamento jurídico a tratá-la, por muito tempo, como uma atuação meramente administrativa e procedimental do Poder Público, parte integrante do rol de atribuições do administrador prisional. Brito (2018), assim descreve a sistemática outrora vigente na execução penal:

A Execução Penal, em um passado não tão distante, sempre foi relegada aos órgãos administrativos. A função do juiz era apenas a de calcular a pena. A partir daí a tarefa era entregue ao Estado em sua função executiva, que cuidava de executar a pena em todos os seus limites, resolvendo sobre seus incidentes. As progressões e regressões, bem como os benefícios e indultos eram concedidos pelo Chefe do Executivo ou diretor do estabelecimento penal.¹⁰⁵

A natureza jurisdicional das decisões proferidas em sede executória penal só veio a ser afirmada após em vigor da Lei de Execuções Penais, em 1984. Com efeito, considerou-se que, por lidar com sensibíllissima questão, qual seja, o cerceamento da liberdade de locomoção de um indivíduo, a execução penal deveria ser balizada pelos princípios orientadores dos processos judiciais, em especial o contraditório e a ampla defesa. Resolveu-se assim uma incongruência no ordenamento jurídico brasileiro, pois a execução civil, que em regra trata apenas da esfera patrimonial do executado, já havia assumido caráter processual, e não meramente procedimental.

O arcabouço principiológico da execução penal, dessa forma reduz consideravelmente o escopo de discricionariedade do julgador na prolação de decisões, que se mostra mais restrito do que na regra geral do Direito Administrativo, porém mais abrangente do que na sistemática do Direito Penal material.

Tal qual ocorre em outras esferas jurisdicionais, as decisões proferidas em sede de execução penal devem ser idoneamente fundamentadas, à luz das normas aplicáveis e da situação fática do caso concreto. Tais deliberações, por dizerem respeito a severa constrição estatal imposta ao indivíduo, não comportam inovações por parte do julgador. Por essa razão, o rol de benefícios executórios, bem como as condições objetivas e

¹⁰⁵ Brito, 2018, p. 42.

subjetivas para a sua concessão, deve estar enumerado na legislação, assim como também deve estar explícita a definição do que constitui falta grave e as sanções cabíveis pela sua prática.

O princípio da legalidade, dessa forma, também projeta os seus efeitos sobre a esfera da execução penal, de tal forma que o magistrado não pode se amparar exclusivamente na própria discricionariedade para decidir questões a ela atinentes. Por essa razão, vislumbra-se, a uma primeira vista, a plausibilidade do argumento de que, porque o adimplemento da multa não consta em nenhum diploma legal como requisito para a concessão de progressão de regime, a denegação do benefício executório fundamentada no não-pagamento da multa pelo condenado violaria o princípio da legalidade.

3.3.2. Normas legais pertinentes ao caso

Como já exposto, os Ministros Luís Roberto Barroso e Dias Toffoli aludiram a certos dispositivos da legislação para fundamentar o voto pela não-concessão de regime mais benéfico a condenado solvente que não pagou a multa. É oportuno perscrutar, dessa forma, as duas normas jurídicas citadas, que dispõem sobre situações semelhantes à ora discutida.

Em primeiro lugar, o artigo 33, § 4º do Código Penal¹⁰⁶, com a redação determinada pela Lei nº 10.763/2003, determina que a progressão de regime de cumprimento de pena privativa de liberdade imposta a condenados por crimes contra a administração pública (tipificados nos artigos 312 a 327 do Código Penal) é condicionada à reparação do dano causado pelo crime, ou à devolução de vantagens eventualmente auferidas com a conduta ilícita.

Poderia esse dispositivo consubstanciar decisão denegatória da progressão de regime a sentenciado que não paga a multa imposta? Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que a supracitada norma jurídica é expressamente destinada a condenados por um grupo particular de crimes. Em verdade, ao se analisar a discussão, em sede legislativa¹⁰⁷, da

¹⁰⁶ “§ 4º - O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais”

¹⁰⁷ Em especial, analisou-se o Parecer da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados sobre o Projeto de Lei nº 7017/2002, que originou a norma em questão. O documento está disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=141186&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+7017/2002>, acesso em junho de 2019.

proposição que deu origem à Lei nº 10.763/2003, constata-se que o conteúdo da vigente legislação prevaleceu sobre propostas apensadas que visavam à inclusão dos crimes contra a administração pública no rol dos crimes hediondos.

Tal qual ampliar, pela via jurisdicional, a lista dos crimes hediondos ou equiparados afrontaria o princípio da legalidade¹⁰⁸, também seria um aviltamento ao preceito constitucional estender o âmbito de abrangência do artigo 33, § 4º do Código Penal à miríade de outros tipos penais que cominam a pena de multa de forma conjunta à privação de liberdade.

Não é esse, entretanto, o principal óbice para a aplicação do referido trecho do Código Penal com vistas a condicionar a progressão de regime, ainda que de condenado por crime contra a administração pública, ao pagamento da multa cumulativa. A inviabilidade da hipotética construção jurisprudencial se dá, sobretudo, em razão da diferença entre os dois institutos jurídicos.

A obrigação de que trata o Código Penal não apresenta natureza de pena, mas de obrigação decorrente de efeitos da sentença condenatória, conforme estatuído no art. 91, incisos I e II do mesmo diploma, e discutido no Capítulo 2 deste trabalho. Como já exposto, a simples restauração de autor e vítima, no que concerne às suas situações patrimoniais, ao *status quo ante* não é, propriamente, um castigo, porquanto apenas impõe ao seu destinatário a obrigação de restituir algo que nunca fora legitimamente seu e, paralelamente, recompor as perdas materiais decorrentes da conduta delituosa.

A multa, de outro lado, é imposição expropriatória que recai sobre o patrimônio presumivelmente legítimo do condenado e, por essa sua essência, assume uma dimensão punitiva (retributivo-dissuasória) que a diferencia da obrigação de reparar o dano ou restituir o patrimônio dilapidado. Por essa razão, fundamentar com base no artigo 33, § 4º do Código Penal a manutenção de condenado inadimplente em relação à multa em regime prisional mais severo constituiria, à luz dos princípios orientadores da esfera punitiva da autoridade estatal, analogia *in malam partem* e, como tal, defesa ao julgador.

A outra norma jurídica que guarda relação com a matéria sob análise é a parte final do § 2º do artigo 33 do Código Penal. A sua redação foi determinada pela Reforma

¹⁰⁸ Nesse ponto, oportuno mencionar o julgamento, no STF, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3112-1, em que se considerou inconstitucional trecho de lei (Estatuto do Desarmamento) que estabelecia a inafiançabilidade para certos tipos penais não abrangidos pelo art. 5º, XLIII da Constituição Federal, nem pela Lei de Crimes Hediondos.

Penal de 1984, que foi estreitamente relacionada à edição de um diploma regulatório da execução penal. Não por acaso, a Lei de Execuções Penais, em seu artigo 118, § 1º, repete a disposição do estatuto repressor¹⁰⁹.

Verdadeiramente, o dispositivo trata de hipótese de regressão de regime, situação em que, devido à má conduta do apenado, a ele é imposto cumprir o restante de sua pena privativa de liberdade em regime penitenciário mais severo do que outrora cabível. Em especial, a norma é destinada àqueles condenados que cumprem pena em regime aberto, estatuidando o inadimplemento deliberado da multa como justa causa para a regressão.

Na doutrina, Alexis Couto de Brito entende que o dispositivo da LEP restou prejudicado pela superveniente caracterização da multa criminal como dívida de valor¹¹⁰. Em sentido contrário se posiciona Guilherme de Souza Nucci:

Em nosso entendimento, o fato de ter a multa sido transformada em dívida de valor (art. 51, CP), não implicando mais em prisão, por conversão dos dias-multa em dias de prisão, caso deixe de ser paga, não afeta o previsto neste artigo. Estamos situados em outro cenário: o da autodisciplina e do senso de responsabilidade do condenado (art. 36, CP). Ora, se está trabalhando, ganha o suficiente, por que não pagaria a multa que lhe foi imposta? Por que haveria de deixar o Estado gastar tempo e dinheiro para executar a pena pecuniária? Não se trata, naturalmente, de atitude responsável. Por isso, pensamos que o albergado deve pagar, podendo, a multa imposta cumulativamente à sua pena privativa de liberdade. Não o fazendo, é motivo para regressão.¹¹¹

O entendimento vencedor na ADI nº 3150 oferece maior substrato para a posição segundo a qual o art. 118, § 1º, *in fine*, da LEP é ainda aplicável. Como já exposto, o STF reiterou o caráter de sanção penal da multa, em que pese a vedação à sua conversão em pena privativa de liberdade.

O texto legal, entretanto, silencia quanto à possibilidade de incidência de sanção a apenado em regime fechado que, voluntariamente, se furta ao pagamento da multa cumulativa. Tampouco há a exigência aos apenados do regime semiaberto, que, para a progressão ao regime aberto, deem início ao pagamento da pena de multa.

Como se vê, a legislação considera o inadimplemento voluntário da multa causa para regressão de regime, mas é omissa quanto à possibilidade de considerar a mesma circunstância como óbice à progressão de regime.

¹⁰⁹ “§1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.”

¹¹⁰ Brito, 2018, p. 346.

¹¹¹ Nucci, 2019, p. 171.

3.3.4. Interpretação do requisito subjetivo para a progressão de regime.

Para solucionar essa aparente incongruência no ordenamento jurídico brasileiro, resolveu o STF interpretar sistematicamente o requisito subjetivo para a progressão de regime, expresso no artigo 112 da Lei de Execuções Penais como “bom comportamento carcerário”.

Como já discutido no Capítulo 2, o requisito subjetivo para a progressão de regime foi ora interpretado como mérito do condenado, ora como, de forma estrita, o seu bom comportamento no cárcere. Conceber o requisito como o mérito do apenado faculta ao julgador proferir a decisão com base em uma ampla gama de circunstâncias, ao passo que uma concepção estrita acerca do requisito levaria à concessão, quase que automática, do benefício ao apenado que apresentar atestado exarado pelo diretor do estabelecimento prisional, documento que, entre outras informações, registra a ausência de ocorrências disciplinares durante a sua estadia no cárcere.

Poderia, dessa forma, a expressão “bom comportamento carcerário” ser interpretada de modo a incluir, em seu conteúdo, o adimplemento espontâneo da multa cumulativa? A resposta a tal questionamento perpassa pelo estudo da natureza e finalidades do instituto jurídico da progressão de regime.

O STF, no julgamento do HC nº 83.467/SP, entendeu que a possibilidade de ser transferido para regime mais benéfico é direito subjetivo do apenado, e decorre da garantia constitucional da individualização da pena.

Essa compreensão acerca do princípio da individualização da pena levou o STF a julgar inconstitucional medida que, *prima facie*, impossibilitasse um condenado de pleitear o benefício da progressão de regime. Não é esse o caso em análise, em que se denega o benefício tão somente enquanto o apenado não iniciar o pagamento de sua multa. O entendimento predominante na EP nº 12, nesse sentido, não afronta a garantia da individualização da pena, mas a prestigia por levar em consideração uma situação particular de cada apenado (o adimplemento de eventual multa cumulativa, segundo a capacidade financeira de cada um) para a concessão do benefício.

Tal qual a tentativa de um condenado de se furtar ao cumprimento de sua pena privativa de liberdade (mediante tentativa de fuga, por exemplo) constitui falta grave, a tentativa de o condenado impor óbices à efetivação da sanção pecuniária (ao recusar-se,

por exemplo, a proceder espontaneamente ao pagamento da multa) constituiria conduta desabonadora do sentenciado, apta a desqualificá-lo do benefício executório.

Cumprido ressaltar que a mesma Lei de Execução Penal, em seu art. 39, inciso I, estabelece ser um dever do condenado o cumprimento fiel da sentença. Sendo a pena de multa estipulada na parte dispositiva de uma sentença condenatória, o sentenciado que lhe obsta a execução viola o primeiro dos deveres enumerados no diploma que rege a execução penal.

O Ministro Luiz Fux, nesse ponto, traçou paralelo entre o caso concreto da EP nº 12 e o instituto do *contempt of court*, em voga no Direito norte-americano. O termo é utilizado para designar condutas atentatórias à dignidade da jurisdição. A recusa de um réu de, regularmente intimado, comparecer em juízo pode constituir ato de *contempt of court* e ensejar, como sanção, a detenção daquele que a pratica. Assim diz o seu voto:

Agora, há sempre essa alegação, sob o ângulo constitucional, de que haveria prisão por dívida. Essa exegese que se faz no Direito brasileiro hoje em dia, ela não encontra eco em doutrina estrangeira nenhuma, porque, atualmente, o que se interpreta é o seguinte: ninguém é preso por dívida. Mas, a partir do momento em que o Judiciário fixe a obrigação de pagar uma quantia certa, e a pessoa podendo pagar, ela não o faz, ela comete uma *contempt of court*, ou seja, um atentado à dignidade da jurisdição, que é exatamente isso que está acontecendo aqui. Foi condenado a pagar multa, pode pagar multa e se obstina a não fazê-lo descumprindo uma decisão judicial, a soberania judicial e o atentado à dignidade da jurisdição.¹¹²

Na interpretação do Ministro, o condenado solvente que se recusa ao pagamento da multa avilta a dignidade da jurisdição criminal, pois desrespeita a autoridade do Estado-juiz ao se furtar ao cumprimento de obrigação por ele coercitivamente imposta.

Na sistemática da execução penal, que, em sua acepção contemporânea, constitui processo e não mero procedimento, um atestado de boa conduta é um documento ancilar da decisão judicial, como também o é o laudo do exame criminológico, cuja requisição pelo magistrado foi julgada constitucional.

Não se vislumbra, enfim, ofensa ao princípio da legalidade no condicionamento da progressão de regime ao pagamento da multa porque o pronunciamento jurisdicional acerca da concessão de um benefício executório que, segundo o próprio STF, é corolário do princípio da individualização da pena, não pode ser adstrito a um ato administrativo do diretor do presídio. A concepção do requisito subjetivo para a progressão de regime com o mérito, em sentido amplo, do condenado, é consoante com a sistemática da Lei nº

¹¹² Fl. 21 do acórdão.

7.210/1984, bem como preserva o caráter jurisdicional da execução penal e lhe prestigia a autonomia didático-acadêmica.

CONCLUSÃO

A análise dos votos da Execução Penal nº 12 permite a conclusão de que o entendimento prevalecente entre os Ministros do STF reforça o entendimento conferido pelo Tribunal ao instituto da progressão de regime, no mesmo sentido da decisão que julgou inconstitucional a vedação integral da progressão de regime para certos condenados e do entendimento que é facultado ao Juízo de Execuções Penais requerer exame criminológico para melhor analisar o pedido de concessão do benefício. Em todos esses casos, o Tribunal não se ateve ao literalismo das normas positivadas na legislação, mas atuou para garantir a efetividade do princípio da individualização da pena também em sede de execução penal.

Individualizar a pena significa adequar a medida da punição à gravidade do crime cometido na espécie e às circunstâncias subjetivas do infrator. Nos termos do entendimento preconizado pelo STF a individualização da pena é garantia dinâmica, que projeta seus efeitos mesmo após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

No tocante à teleologia das penas, a referida garantia visa a assegurar diferentes desideratos em diferentes momentos de sua incidência: (i) a prevenção geral no momento da legislação (com a cominação de penas suficientes para dissuadir potenciais infratores em relação a cada infração), (ii) a retribuição no momento da jurisdição (com a fixação de uma pena em concreto proporcional à culpabilidade do réu, consideradas as suas circunstâncias subjetivas e as circunstâncias objetivas do delito) e (iii) a prevenção especial no momento da execução das penas, que devem facilitar, à medida do possível, a reabilitação do condenado para a vida em sociedade.

De forma paralela, o instituto jurídico da progressão de regime pode ser compreendido em três principais facetas: (i) direito subjetivo do apenado, decorrente da garantia constitucional da individualização da pena; (ii) sanção positiva, que serve de incentivo ao bom comportamento dos encarcerados e à manutenção da ordem nos estabelecimentos prisionais, e (iii) instrumento facilitador da ressocialização do condenado, mediante a sua gradual reinserção no meio social.

Para compreender o condicionamento da progressão de regime ao adimplemento da multa cumulativa sob cada uma dessas óticas, é necessário repisar que, nos termos do entendimento do STF, apenas o condenado solvente que não paga a multa está sujeito a

tal imposição. Tal qual ocorre com a prisão do devedor de alimentos, apenas o inadimplemento voluntário e inescusável da dívida decorrente da multa é circunstância apta a ensejar a denegação do benefício executório. Feita essa ressalva, é possível analisar esse condicionamento sob cada uma das facetas teóricas da progressão de regime.

Em relação a individualização da pena, a medida adequa a forma da punição estatal às circunstâncias particulares de cada apenado e, mais do que isso, é tendente a garantir a efetivação de uma pena que já fora individualizada no momento da sentença condenatória. Assim como a situação econômica do réu pode ensejar o exacerbamento do valor do dia-multa, a mesma circunstância projeta seus efeitos para a individualização da pena em sede de execução penal.

De maneira contrária, tal ônus não recai sobre condenado comprovadamente pobre, cujo inadimplemento da multa decorre, presumivelmente, de insuficiência econômica para tanto. Não se vislumbra, como já exposto, ofensa à garantia constitucional do art. 5º, inciso XLVI, porquanto o entendimento do STF possibilita ao magistrado da execução penal conferir tratamento desigual aos condenados desiguais.

Se concebida a progressão de regime como sanção premial, o seu condicionamento à satisfação do valor da multa cumulativa promove o bom comportamento dos apenados na medida em que pune aqueles que, sem escusas, se furtam à aplicação de uma sanção estatal. Sob o ponto de vista dos incentivos, quiçá o maior desincentivo à satisfação de uma multa é a ausência de consequências em razão de seu inadimplemento. Equiparar, para fins de concessão de uma sanção positiva, o condenado que, de bom grado, paga a sua multa àquele outro que, por desídia ou avareza, resiste ao cumprimento da pena pecuniária a ele imposta, tornaria inócua a sanção positiva. Tal situação, em verdade, aviltaria o bom comportamento ao premiar o mau; e permitiria aos apenados se beneficiarem da própria torpeza sem maiores consequências.

Por fim, analisar a denegação do benefício frente a finalidade ressocializadora da progressão de regime obriga, em primeiro lugar, a uma reflexão mais aprofundada sobre o termo "ressocialização".

Por sua própria definição, o verbo ressocializar implica que o seu objeto perdeu, em algum momento, a condição de sociável. Em sua acepção geral, a palavra sociável denota a qualidade de "destinado à vida em sociedade", ou "apto ao convívio social". A pretensão ressocializadora, nesse ponto, é destinada sobretudo àqueles criminosos cujo

estilo de vida é socialmente inaceitável, tais como os narcotraficantes ou outros integrantes de bandos armados. A prevenção social positiva, em relação a esses indivíduos, consiste na tentativa, por vezes infrutífera, de fazê-los renunciar ao banditismo e prepará-los ao exercício de ocupação lícita.

É público e notório, entretanto, que os primazes destinatários da atuação ressocializadora do Estado são pessoas de baixa condição econômica e social. Quanto a esses condenados, a imposição de uma pena pecuniária é por vezes infrutífera, pois há baixíssima perspectiva de que eles disponham de dinheiro ou outros bens para a satisfação do crédito.

Os principais destinatários da pena de multa, por outro lado, são réus de médio ou elevado poder econômico, que, via de regra, jamais perderam a sua sociabilidade. Em relação a esses condenados, não se vislumbra nenhum efeito ressocializador da progressão de regime, ou sequer na pena privativa de liberdade como um todo, porquanto os seus estilos de vida, em geral, não são incompatíveis com a vida em sociedade.

De outra forma, se a prevenção especial positiva for entendida como a regeneração moral do condenado, o condicionamento da progressão de regime ao adimplemento da multa cumulativa tende a satisfazer essa aspiração, pois, como já exposto, impede que o condenado se beneficie da própria torpeza ao, por ação ou omissão voluntárias, impor obstáculo ao cumprimento da pena a ele imposta.

Por fim, o entendimento do STF não conflita com a vedação constitucional à prisão civil por dívidas porque a garantia não foi concebida como uma limitação ao poder punitivo estatal, mas sim como uma forma de proteger a dignidade humana no contexto das obrigações civis, de modo a eliminar, quase por completo, a possibilidade de uma maneira deveras vexatória de cobrança de dívidas extrapenais.

REFERÊNCIAS

Andenaes, J. (1952). General Prevention - Illusion or Reality? *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, 43(1), 176-198.

Aquino, T. *Summa Theologiae*, disponível em <<https://dhspriority.org/thomas/summa/index.html>>, acesso em julho de 2019.

Armstrong, K. G. (1971). The Retributivist Hits Back. In S. E. Grupp, *Theories of Punishment* (pp. 19-40). Bloomington, IN: Indiana University Press.

Beccaria, C (1764). *Dos Delitos e das Penas*, editado em 2002 por Nelson Jahr Garcia, disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.do>>, acesso em junho de 2019.

Becker, G. S. (1968). Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy*, 76(2), 169-217.

Bentham, J. (19-). *Teoria das Penas Legais*, São Paulo, SP : Logos.

Bittencourt, C.R. (2015) *Tratado de Direito Penal - Parte Geral 1, 21 ed.*, São Paulo, Saraiva

Brito, A. C. d (2018). *Execução penal*. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172856/>, acesso em junho de 2019.

Câmara dos Deputados (1995). *Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº 726/1995*, de autoria do Poder Executivo, publicado no Diário do Congresso Nacional do dia 24/08/1995 às fls. 19426-19427. Disponível em:<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=691DEC0BC3180B4489298D2038EB3EDB.proposicoesWebExterno2?codteor=60146&filename=PL+726/1995>, acesso em maio de 2019.

_____ (2002). *Parecer da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados sobre o Projeto de Lei nº 7017/2002*, sob relatoria da Deputada Juíza Denise Frossard. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=141186&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+7017/2002>, acesso em junho de 2019.

_____ (2019). *Projeto de Lei nº 882/2019*, de autoria do Poder Executivo. Inteiro teor disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>>.

_____. *Exposição de Motivos no 211*, de 9 de maio de 1983, do Senhor Ministro de Estado da Justiça. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>>, acesso em maio de 2019.

Caro, M. d. (2016). Utilitarianism and Retributivism in Cesare Beccaria. *The Italian Law Journal*, 02(01), 01-12.

- Capez, F (2018). *Curso de direito penal, volume 1, parte geral*. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229566/>, acesso em junho de 2019.
- Cretella Jr. J. (1997). *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro, RJ: Forense Universitária.
- Cunha, R.S. (2013). *Manual de Direito Penal - Parte Geral*. Salvador: Editora Juspodivm.
- Delmanto, C., et al (2010). *Código Penal Comentado*, 8 ed., São Paulo: Saraiva;
- Di Pietro, M.S.Z. (2015) *Direito Administrativo - 28ª edição*, São Paulo: Atlas.
- Ferrajoli, L (2010). *Derecho y razón : teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.
- Ferreira Filho, M.G. (1977). *Comentários à Constituição Brasileira (emenda constitucional n 1, de 17-10-1969, com as alterações introduzidas pelas emendas constitucionais ns. 3, de 15-6-1975, 4, de 23-4-1975, 5, de 28-6-1975, 6, de 4-6-1976, 7, de 13-4-1977, 8, de 14-4-1977 e 9, de 28-6-1977)*. São Paulo, SP : Saraiva.
- Ferri, E. (1971). The Positive School of Criminology. In S. E. Grupp, *Theories of Punishment* (pp. 229-242). Bloomington, IN: Indiana University Press.
- Gagliano, P S. *Novo curso de direito civil, v. 3: responsabilidade civil*. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172795/>, acesso em junho de 2019.
- Grupp, S. E. (1971). *Theories of Punishment*. Bloomington, IN: Indiana University Press.
- Hawkins, D. J. (1971). Punishment and Moral Responsibility. In S. E. Grupp, *Theories of Punishment* (pp. 13-18). Bloomington, IN: Indiana University Press.
- Harris, E. M. (2002). *Did Solon abolish debt-bondage?*. *The Classical Quarterly*, 52(2), 415-430. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/i369252>>, acesso em junho de 2019.
- Hart, H. L. A. (1971). Prolegomenon to the Principles of Punishment. In S. E. Grupp, *Theories of Punishment* (pp. 354-378). Bloomington, IN: Indiana University Press.
- Kant, I. (1797) *A Metafísica dos Costumes, contendo a Doutrina do Direito e a Doutrina da Virtude*. Bauru/SP, EDIPRO, editado em 2003.
- Kelsen, H. (2000). *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes.
- Koritansky, P. K. (2012). *Thomas Aquinas and the Philosophy of Punishment*. Washington, DC: CUA Press. Retrieved from https://books.google.com.br/books?hl=en&lr=&id=CFZ6DKEw4wUC&oi=fnd&pg=PR7&dq=aquinas+punishment&ots=6Vj4jTGt_O&sig=82rvzAx0VwCqU9J4jG-7Fqr_CqQ&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false
- Lewis, C. S. (1949). The Humanitarian Theory of Punishment. *20th Century*, 3(3), 5-12.

- Magalhães Noronha, E (1998). *Direito Penal, Volume 1*, São Paulo, Saraiva.
- Maluly, J.A., (2014). O Exame Criminológico e a sua exigência na Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/doutrinas/doutrinas_autores/O%20EXAME%20CRIMINOL%C3%93GICO.doc>. Acesso em junho de 2019.
- Menninger, K. (1971). Love Against Hate. In S. E. Grupp, *Theories of Punishment* (pp. 243-254). Bloomington, IN: Indiana University Press.
- Mirabete, J.F. (2011) *Manual de Direito Penal v1: Parte Geral*, 25 ed., São Paulo: Atlas.
- Nucci, G. D (2019). Curso de Execução Penal. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530979669/>, acesso em junho de 2019.
- _____ (2018) *Manual de Direito Penal, 14ª edição*. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977634/>, acesso em maio de 2019.
- Pontes de Miranda, F.C. (1967), *Comentários à Constituição de 1967, Tomo V*. Rio de Janeiro, RJ: Forense.
- Potter Jr., N. The Principle of Punishment Is a Categorical Imperative. In: *Faculty Publications - Department of Philosophy*. 22. Lincoln, NK: University of Nebraska Press.
- Ripstein, A. (2009) *Force and Freedom: Kant's Legal and Political Philosophy*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Reis, C (2010). *Dano Moral*, 5ª ed., Rio de Janeiro/RJ: Forense.
- Robison, J. C. (2002, June). Crucifixion in the Roman World: The Use of Nails at the Time of Christ. *Studia Antiqua*, 2(1), 25-62.
- Roxin, C. (1986). *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. (A. P. Natscheradetz, Trans.) Lisboa: Vega.
- Salgado, G.M (2008). *Sanção na teoria do direito de Norberto Bobbio*, São Paulo: sn. Tese de doutoramento em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Prof. Dr. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp062574.pdf>>, acesso em junho de 2019.
- Shavell, S. (2014) *A Simple Model of Optimal Deterrence and Incapacitation*, Cambridge, MA: National Bureau of Economic Research.
- Tribe, J. P. (2009). Bankruptcy and capital punishment in the 18th and 19th centuries. In: *Insolvency Intelligence* 22(3), pp. 44-47.
- Wilson, D. (2009). Testing Civilization: Charles Dickens on the American Penitentiary System. In: *Howard Journal of Criminal Justice*, 48(3), 280-296. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/hjcj48&div=40&start_page=280&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults#>. Acesso em junho de 2019.