

UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PENA DE MULTA

MARIA FERNANDA DIAS MERGULHÃO

**Rio de Janeiro
2005**

MARIA FERNANDA DIAS MERGULHÃO

PENA DE MULTA

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Cândido Mendes, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Penal

Orientador: Professor Doutor Heitor Costa Júnior

**Rio de Janeiro
2005**

A candidata foi considerada..... pela banca examinadora,
com a média final igual a (.....).....

Professor Doutor Heitor Costa Júnior
Orientador

Rio de Janeiro,..... de..... de 2005

Dedicatória

Dedico esse trabalho ao meu amigo, companheiro, namorado e marido Marcellus Polastri Lima, meu raio de sol.

Dedico, também, à princesinha que a todo dia me reserva novas alegrias, o mais belo presente de Deus, minha filha Gabriella Mergulhão Polastri Lima.

Agradecimento

Ao meu orientador, pessoa que desde o início me impressionou pelo dinamismo e sabedoria, uma nota de agradecimento pelo imenso aprendizado nessa trajetória.

RESUMO

O trabalho tem por escopo analisar a pena de multa após o advento da Lei nº 9.268 de 01-10-1996 abordando questões relativas à sua natureza jurídica e todos os entraves para a execução penal, como também para a sua própria adequação à Constituição Federal em vigor.

Não se descuro da digressão histórica e análise do direito comparado, por serem fundamentais ao entendimento da gênese dessa importante pena.

Entendimentos jurisprudenciais e doutrinários foram trazidos à lume com o objetivo de conscientizar os estudiosos e aplicadores da lei para o grande dissenso que hoje impera.

PALAVRAS-CHAVE:

Pena de Multa; Digressão Histórica; Direito Comparado; Lei nº 9268/96; Execução Penal; Constituição Federal; Dissenso.

ABSTRACT

The present study aims at analyzing the fine penalty after the advent of Law no. 9.268, of October 1, 1996, tackling issues which pertain to its legal nature and all hindrances to its penal action, as well as to its suitability to the Federal Constitution in effect.

A historical digression and an analysis of the comparative jurisprudence have not been neglected, as they are fundamental to the understanding of the genesis of this important penalty.

Jurisprudential and doctrinal consensus have been brought to light so as to render both scholars and law professionals aware of the great divergence existing today.

KEYWORDS:

Fine Penalty; Historical Digression; Comparative Jurisprudence; Law nº 9268/96; Penal Action; Federal Constitution; Divergence.

SUMÁRIO

RESUMO	5
ABSTRACT	6
1 INTRODUÇÃO	9
2 PENA	10
2.1 Pena da multa	10
2.2 Retrospectiva histórica	28
2.3 História da pena de multa no Brasil	37
3 PENA DE MULTA E O DIREITO POSITIVO	48
3.1 Códigos penais brasileiros e a pena de multa	48
3.2 Reforma parcial do Código de 1940.....	53
3.3 A pretendida reforma penal de 1969 – Código Penal de 1969	54
3.4 A reforma penal de 1977	55
3.5 A multa após a reforma penal de 1984	56
3.6 A multa no Código Penal original	61
4 PENA DE MULTA – GENERALIDADES.....	63
4.1 Pena de multa-convenientes e inconvenientes.....	63
4.2 Princípios aplicáveis.....	68
4.2.1 Princípio da responsabilidade pessoal.....	68
4.3 Sanção penal e sanção civil.....	71
4.4 Sanção penal – características da pena – norma penal	73
5 PENA DE MULTA	77
5.1 Conceito e natureza jurídica	77
5.2 Sistemas.....	79
5.2.1 O sistema de dia-multa.....	81
5.2.2 Outros sistemas.....	86
5.3 A multa como substitutivo às penas privativas de liberdade	87
6 EVOLUÇÃO DA PENA DE MULTA.....	93
6.1 Pena de multa – <i>ratio</i>	93
6.2 A nova pena de multa.....	95
6.3 Destinação da pena de multa	121
6.4 Atos administrativo limitativo de valores relativamente à nova multa penal.....	122
6.5 Patamares mínimos estabelecidos pela fazenda pública.....	123
6.6 Dívida ativa e pena de multa	124
6.7 Suspensão da execução da multa penal	126
7 A LEI Nº 9268/96 E O IMPACTO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO.....	128
7.1 Análise elementar do artigo 51 caput do Código Penal	128
7.2 Multa reparatória.....	135
7.3 Pena restritiva de direitos da espécie prestação pecuniária	138
7.4 Inconstitucionalidade da lei n. 9268, de 1 de abril de 1996	143

8 EXECUÇÃO DA PENA DE MULTA	148
8.1 Rito estabelecido para a execução da pena de multa	148
8.2 Da legitimidade para a propositura da ação	155
8.3 Lei de execução fiscal	161
9 DIREITO COMPARADO.....	167
10 CONCLUSÕES	175
11 BIBLIOGRAFIA	177

1 INTRODUÇÃO

O estudo da pena de multa no presente trabalho tem por objetivo analisar questões teórico-práticas, principalmente, após o advento da Lei n. 9268/96, que imprimiu novo rito ao processo executório e atribuiu a natureza de “dívida de valor” à multa penal.

Questões sérias defluem daí, a exemplo dos confusos e assistemáticos prazos prescricionais, e da pretensa violação a princípios fundamentais estatuídos na Constituição da República em vigor.

A análise é feita sem perder de vista a natureza jurídica dessa espécie de multa, cujo propósito é firmá-la, sempre, como pena, como resposta penal a um ilícito penal.

Nessa esteira, são analisadas a multa reparatória e a novel pena restritiva de direitos consistente na denominada prestação pecuniária.

Procurando dar cunho científico às linhas que se seguem, apresenta-se, também, esboço histórico da pena de multa no contexto nacional e alienígena.

Diante das pesquisas envidadas, objetiva-se apresentar material que enfrente questões hodiernas, certa que outras virão, demandando estudo constante do tema.

Por derradeiro, foi noticiada a existência de projetos de lei em trâmite e atos administrativos normativos aplicáveis à nova multa penal por alguns Estados da Federação.

2 PENA

2.1 Pena de multa

Os doutrinadores não divergem ao identificar que a pena tem origem desde a era primitiva no sentimento de vingança do homem¹.

Carrara já sustentava que a humanidade, pela própria lei da natureza, foi impelida a encontrar sua “ordem”, e os homens primitivos foram levados pelo sentimento de vingança a infligir um mal a quem causasse mal a um semelhante, sendo que

o sentimento inato da vingança privada foi elevado, nas sociedades primitivas, de sua natureza de desejo à altura de um direito: direito exigível, direito hereditário, direito resgatável ao arbítrio do ofendido, direito que por vários séculos foi considerado como **exclusivo do ofendido** e de sua família. Tal é a origem **histórica**, ou seja, o processo histórico da penalidade².

O certo é que a história da pena se confunde com a história da humanidade, e, nas sociedades primitivas a primeira **lei**, antes de fixar direitos, aplicou penas.

Com o tempo, advindo o **Estado**, foi adaptada esta natureza de **vingança**, mudando-se o polo da ofensa à sociedade como um todo, e não mais ao indivíduo

¹ CARRARA, Francesco. *Programa de Direito Criminal* – parte geral, v. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 1957, p. 41.
MAURACH, Reinhart; HEINZ, Zipf. *Derecho Penal* – parte general. v. 1, Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 57.
REDANÓ, Ugo. *Delinquenza e redenzione nella penalistica de oggi*. Padova: Cedan, 1965, p. 04.

² CARRARA, Francesco. *Programa de Direito Criminal* – parte geral, v. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 1957, p. 46-47.

particular. Assim, a pena passou de vingança privada³ à vingança divina, para depois chegar à natureza de vingança pública⁴.

Carrara, expoente da Escola Clássica, fundamentava a punição em uma **lei natural**, que conferiria aos homens direitos e meios de tutela, o que chamava **lei suprema de ordem**, tendo sempre a idéia de Deus, como lei suprema, *verbis*:

O direito de punir, que tem a autoridade civil, emana da **lei eterna da ordem**, aplicada à humanidade, o que vale dizer, emana da lei de natureza... existe uma lei eterna, absoluta, constituída pelo complexo dos preceitos diretos da conduta externa do homem, revelado por Deus à humanidade, através da simples razão... esta lei outorga ao homem certos direitos a ele necessários... Da necessidade absoluta deste direito é consequência obrigatória o de, mesmo coativamente, exercer-lhes a tutela... nasce a ordem moral externa, desejada pela lei natural⁵.

Dentro de seu tempo, Carrara foi um inovador, sendo que, conforme avalia Soler:

Esas bases le son suministradas a Carrara por la idea de Dios, por la ley suprema de orden que de esa idea se deriva; por la idea del hombre como ser libre, súbdito y conservador de la ley moral; por la idea que el delito es un ente jurídico integrado por un sistema de fuerza; finalmente, por la idea de la tutela jurídica, como fundamento de la represión⁶.

³ No Código de Hammurabi (Babilônia, séc. XIII A. C.), já se vislumbrava o instituto do talião, com a aplicação da pena tendo o caráter teocrático e sacerdotal: “se alguém tirar um olho a outro, perderá o próprio olho, se alguém quebrar um osso a outro, parte-se-lhe um osso também, se o mestre de obras não construir solidamente a casa e esta, caindo, mata o proprietário, o construtor será morto, e, se morto foi o filho do proprietário, será morto o filho do construtor” §§ 196, 197, 229 e 230, *apud* LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*, II, arts. 28 a 74, Rio de Janeiro: Revista Forense, p. 14.

⁴ O Código de Manú, que vigorava na Índia (Mônova, Dharma, Sênestral), pioneiramente, já dava um caráter público à pena, sendo que a divisão em casta influiu na sua aplicação. Mais tarde, os povos, no particular, passaram a aplicar as penas através do sacerdócio, detendo este, por muito tempo, a autoridade de punir, e, posteriormente, tal poder foi sendo subtraído pelo “Estado como representante da nação”. Na Grécia, com Platão e Aristóteles, a pena começa a ter concepção científica, vislumbrando Platão na pena o fim de conservação da paz social. Em Roma, prevaleceu a vindita, o talião e a composição, com a **Lei das XII Tábuas**, havendo, posteriormente, a separação entre crimes públicos e privados, e, por fim, somente públicos. No Direito Germânico, após a fase religiosa, adveio a noção pública e leiga da pena, imperando sempre, o elemento objetivo da gravidade do dano. No Direito Canônico, por sua vez, restabeleceu-se o conceito de expiação e penitência do pecado (crime), fundando-se a punição em uma “delegação de Deus”.

⁵ CARRARA, Francesco. *Programa de Direito Criminal* – parte geral, v. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 1957, p. 58-60.

⁶ SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1992, p. 387.

Independentemente do contexto histórico da obra de Carrara, não se pode negar que o Direito Penal está intimamente ligado a normas e conceitos morais, sendo que para o autor sempre é assinalada a natureza inviolável dos conceitos jurídicos.

Mais tarde Carnelutti também afirmava que se os homens criaram leis, segundo as quais quem comete um delito é castigado, “estas leyes artificiales no pueden dejar de tener su modelo en una ley natural, de la cual la ley jurídica es una imitación”, e conclui que a **lei natural** constitui o fundamento das leis jurídicas penais⁷.

Mas foi antes, com Beccaria, precursor das idéias clássicas, com sua obra **Dos Delitos e das Penas**, que se assinalou a dialética consistente no soberano afirmando a violação do contrato social, enquanto o acusado a negava, devendo existir um magistrado para dirimir a controvérsia.

Beccaria passou a defender o julgamento público, pronto e proporcional ao delito, embasado em **leis**, sendo que a **pena deveria ser prevista em lei**, não podendo ficar ao arbítrio do julgador.

São idéias que foram consagradas pela Revolução Francesa, e aperfeiçoadas pela própria Escola Clássica.

E foi Carrara quem melhor apreendeu tais idéias, como autêntico representante máximo da referida Escola Penal.

Ainda consoante Soler:

... si bien el movimiento de liberación del Derecho Penal comienza con la obra del Marqués de Beccaria, la construcción de un sistema completo no fue realizada sino por Carrara, recogiendo la doctrina de las fuerzas del delito enunciada por Carmignani, su maestro inmediato, en quien faltó, tal

⁷ CARNELUTTI, Francesco. *El problema de la pena*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1947.

vez, esa solidez de temperamento y firmeza de ideas que caracterizan la grandeza do discípulo⁸.

Apesar da propagada característica de vingança da pena, em relação ao Direito Penal, porém, não é só a idéia de vingança que lhe dá origem, pois segundo Maurach e Zipf, a vingança

representaba una transacción fluida entre la pena y la reparación del dano, entre expiación e indenización... el carácter misto de la pena persiste e incluso ve se reforzado por la configuración indemnizatória (processo civil) y la pretensión expiatória (processo penal): las penas, privada y publica se encuentran una junta a la otra, sin características estrictas que la distinguan... El concepto de la pena, en el sentido de la concepción actual, se impone sólo una vez producido el triunfo de la pena **pública** y e el desplazamiento de **pena privada** a la esfera de indemnización civil⁹.

Assim, só chegaremos ao conceito de pena, como é concebida para o Direito Penal, atentando-se para o seu caráter **público**, se abstraindo de consequências privadas, que devem ser resguardadas para o contexto cível- indenizatório.

O certo é que o conceito de pena está intimamente ligado e entrelaçado ao conceito do direito penal, no sentido de que este é um conjunto de normas jurídicas que une certas consequências jurídicas (pena) a uma conduta humana que é o delito¹⁰.

Destarte, a maior consequência jurídica da aplicação do Direito Penal é a pena, e daí a própria denominação deste ramo do direito¹¹.

⁸ SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1992, p. 387.

⁹ MAURACH, Reinhart; HEINZ, Zipf. *Derecho Penal* – parte general. v. 1, Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 57.

¹⁰ Cf. MAURACH, Reinhart; HEINZ, Zipf. *Derecho Penal* – parte general. v. 1, Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 04.

¹¹ Segundo os autores supracitados, no direito germânico, antes da expressão *Strafrecht* (Direito Penal), era adotada a denominação *peinliches Recht* (germanização da expressão latina *poena*, entendida como castigo, pecado ou reparação de um mal causado). Cf. MAURACH, Reinhart; HEINZ, Zipf. *Derecho Penal* – parte general. v. 1, Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 04.

No Brasil também se utiliza a denominação “Direito Criminal”, porém esta expressão é utilizada por vezes englobando direito substantivo e adjetivo, sendo que o mais correto é a denominação “Direito Penal”, para identificar o direito que define os tipos e as penas.

Assim, o *ius puniendi* (poder punitivo estatal), que se contrapõe ao *ius poenale* (direito penal objetivo), é a faculdade-poder do Estado de elevar certos fatos à categoria de fatos puníveis, sempre visando estabelecer uma pena, o que faz Maurach concluir que “*el ius poenale es luego, una consecuencia del ius puniendi*”¹².

Etimologicamente, pode-se identificar a origem do vocábulo pena do latim *poena* (castigo, suplício), de onde, aliás, adveio a germanização *peinliches*, sendo que alguns sustentam a origem no grego *ponus* (trabalho, fadiga) ou no sânscrito *punya* (pureza, virtude).

Entre nós, Aníbal Bruno assim esboçou um conceito de pena:

O meio de ação específico do Direito Penal, predominantemente sempre nos Códigos, é a pena, em que a doutrina tradicional viu a satisfação de uma exigência de justiça, impondo ao agente do fato punível um mal em correspondência com o mal por ele praticado-*malum passionis ob malum actionis*¹³.

Na elaboração do conceito de Aníbal Bruno se vê a dificuldade de se conceituar a pena sem referência ao direito de que é consequência, estando presente a natureza retributiva.

Na verdade, conforme já alertava Jeremias Bentham,

a palavra **pena**, ou, para evitar desde logo o equívoco, a palavra **castigo**, é uma daquelas que, à primeira vista, parece que não tem necessidade de ser definida: que noção mais clara se lhe pode dar, do que a idéia, que todo o mundo concebe quando se repete a palavra? Todavia, esta noção geral, que parece tão clara, fica sendo vaga, sem explicação; porque não distingue precisamente o ato de castigar de outros muitos, que se assemelham com ele a certos respeito¹⁴.

¹² Cf. MAURACH, Reinhart; HEINZ, Zipf. *Derecho Penal* – parte general. v. 1, Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 06.

¹³ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Tomo I, Rio de Janeiro: ed. Nacional de Direito, 1956, p. 27.

¹⁴ BENTHAM, Jeremias. *Teoria das penas legais*. São Paulo: Logos, ano 1943, p. 161.

Como se vê o antigo jurisconsulto identifica pena com castigo, já detectando a existência de outras formas de castigo que não correspondem estritamente a uma pena, o que demonstra a veracidade da assertiva de que, para uma definição da **pena**, é imprescindível a interrelação como a natureza do direito que a aplica, pois só será pena, em um sentido estrito, aquela prevista em leis penais, como consequência da prática de um crime ou contravenção.

Custódio de Azevedo Bouças, antecipando a dificuldade de estabelecer-se um conceito, pois este sempre refletirá a adoção filosófica de determinada Escola penal, afirma que “pena é o castigo imposto pelo poder público e determinado pelas leis penais ao delinquente para restabelecer a ordem jurídica, perturbada pela infração”¹⁵, demonstrando o autor o parâmetro do enfoque retributivo da Escola Clássica e da Escola Técnica-Jurídica Italiana.

Nesta seara, outrossim, apresentamos o seguinte conceito: pena é a consequência jurídica, prevista em lei, que advém da prática de um crime, exercida pelo Estado através do *ius puniendi*, que visa retribuir a ação delituosa, prevenir futuras ações idênticas e ressocializar o agente, tornando-o apto ao convívio social.

Trata-se de conceito eclético que não se filia à determinada escola penal, procurando ao contrário, extrair das mesmas a contribuição para evolução do conceito, funções e fins precípuos da pena, pois todas contribuíram para a evolução e compreensão do direito punitivo.

¹⁵ BOUÇAS, Custódio de Azevedo. Pena. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1981, p. 399-400.

Como não poderia deixar de ser, a pena, através dos tempos, foi evoluindo, até chegar à natureza, conceito e classificações atuais. Da função meramente reparatória perante uma divindade, onde eram conhecidas as penas da **perda da paz (banimento) e a vingança do sangue (morte)**, à **composição**, substituindo a pena pelo pagamento e reparação do dano, acabou por atingir o caráter infamante e vexatória, com sentenças executadas em praça pública, voltando a imperar a pena de morte. Após, na Idade Média, voltou a ser substituída, em muitos casos, a pena capital por reclusão em celas e mosteiros, surgindo a privação da liberdade, e, com o Iluminismo, e a ideologia do Renascimento, mormente após a obra de Beccaria, a pena incorporou o fim utilitário, originando a Escola Clássica do Direito penal, a qual se contrapunha a Escola Positiva, que dava ênfase à finalidade da ressocialização¹⁶.

Contemporaneamente, no século passado, travou-se intensa luta dogmática-doutrinária entre as Escolas Clássica e Positiva, sendo que, na verdade, nenhuma respondeu de forma definitiva a problemática da função e fim da pena, sendo que

a Escola Clássica atendeu demasiadamente à entidade jurídica do crime e esqueceu a individualidade do delinquente. A Escola Positiva, caindo em um exagero oposto, quase não viu senão a personalidade do criminoso e a ação de exercer sobre ele, deixando em um plano inferior e apagado o efeito das sanções penais sobre a sociedade em geral^{17 18}.

¹⁶ Cf. SHECARIA, Sérgio Salomão e outro. *Pena e Constituição* – aspectos relevantes para sua aplicação e execução.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 19-20.

¹⁷ SANTOS, Beleza dos. In: prefácio da tradução brasileira da obra de Enrico Ferri, *Princípios de Direito Criminal*. Campinas: Bookseller, 1996, p. 12.

¹⁸ A Escola Clássica Italiana teve defensores como Rossi, Carrara, Pessina e a Alemã, por sua vez, Kant, Hegel e Binding, para esta a pena é um mal justo com que a justiça responde à injustiça do mal praticado pelo criminoso: *malum passionis quod infligitur ob malum actionis*, fundando-se na retribuição, e, para alguns na justiça divina, ou lei natural (Stahhl, Bekker, Carrara), sendo que para outros tem caráter moral (Kant), ou mesmo jurídico (Hegel). A retribuição é único fim da pena. Da divergência do Jusnaturalismo e Contratualismo, quanto à origem do Direito, extraem uma pré-existência de normas jurídicas naturais, anteriores ao Estado, fundamentando o individualismo e contestando a tirania. Já a Escola Positiva, nasceu de uma exigência de soluções práticas e científicas de uma nova época, que tornava necessário o combate à criminalidade, e baseava-se em progressos científicos, aliados ao iluminismo, e vislumbrado o Direito Penal como instrumento da Defesa Social. Tornou-se o agente do crime o centro das investigações de psicólogos, psiquiatras e médicos, sendo a Escola Positiva primeiro criminológica do que jurídica. São fundadores da Escola Positiva, Lombroso, Garofalo e Ferri, o primeiro antropólogo, o segundo jurista e o terceiro com predominância sociológica e posteriormente jurídica.

Ferri, expoente da Escola Positiva asseverava:

A defesa social da criminalidade realiza-se ou com o sequestro indefinido dos delinquentes não readaptáveis à vida livre (que são em menor número) ou com a reeducação para a vida social dos delinquentes readaptáveis (que são os mais numerosos)... a defesa se deve adaptar à potência ofensiva, deste princípio deriva espontaneamente a organização das sanções repressivas na lei penal, conforme a menor ou maior periculosidade dos delinquentes...¹⁹

Portanto, com o passar dos séculos o conceito, fundamento e fim da pena, como seu caráter em face da sociedade, foi evoluindo, chegando-se ao exagero de se ver a pena terapeuticamente, como na Escola Clássica, dando-se maior ênfase à pena cárcere-tratamento, e vendo o homem delinquente como predisposto, geneticamente, ao crime.

Conforme a orientação ideológica do Estado, novas matizes eram conferidas à pena, e, assim, o Direito Penal liberal dava uma função à pena de prevenção e retribuição, enquanto no Direito Penal do Estado social a pena tem um caráter estritamente de prevenção.

Com a necessidade de maior intervenção estatal, identificada a delinquência como um fenômeno social, não restava ao Estado senão travar um combate ferrenho ao delito e ao criminoso. É neste quadro, na metade do século XVIII, no furor de amplas modificações e progressos, como o nascimento do capitalismo e da Revolução Industrial e do proletariado, advindo novas formas de delinquência, por consequência, com novos contornos, é que surge a Escola Positiva, que, segundo Mir Puig *partió de la crítica a la ineficacia del Derecho penal clásico (esto es liberal) para atajar el delito. Las medidas de seguridad aparecieron, a sus ojos, como la vía científica de remoción de las causas del delito*²⁰.

Tal acabou por conduzir a um Estado intervencionista, em alguns países totalitários, com um Direito Penal mais preocupado em sua própria eficácia do que servir à

Das duas correntes originaram-se Escolas Mistas ou Ecléticas, na tentativa de uma conciliação, entre elas a *Terza Scuola Italiana* (Carnavale, Alimena e Impallomeni), acolhia a responsabilidade moral do classicismo, excluindo o fundamento do livre arbítrio; a Escola Sociológica Francesa (Lacassagne, Tarde e Manouvier), dando ênfase ao elemento social na gênese do crime; a Escola Moderna Alemã (Von Litz), opera a substituição da pena retributiva pela pena-fim, com emenda do delinquente, conservando, entretanto a intimidação e a prevenção geral, e o Tecnicismo Jurídico Italiano, um classicismo com influência Alemã, combatendo a investigação filosófica e resgatando a retribuição como fim da pena, a responsabilidade moral e o livre arbítrio como fundamento.

¹⁹ FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. Campinas: Bookseller, 1996, p. 313.

²⁰ MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*. 2. ed., Barcelona: Bosch, 1982, p. 28.

sociedade e aos cidadãos, convertendo a pena em verdadeira arma contra a sociedade, em um verdadeiro terror penal.

Porém, em um Estado Democrático, que hoje se almeja, sem renunciar à constante luta contra a delinquência, deve a pena ser vista como um efetivo serviço à sociedade, como proteção de seus membros, tendendo para a **prevenção de prática dos delitos**, em verdadeira **prevenção geral estabilizadora e integradora**, e não mera intimidação, proporcionando ao agente possibilidade de reinserção social, e cercando-se a aplicação da pena de limites e garantias, como é próprio de um Direito Penal como última **ratio**, dado ao seu caráter fragmentário de proteção aos bens jurídicos, incidindo a pena, mormente a privativa de liberdade, somente quando estritamente necessária²¹. A retribuição não pode ser vista como um fim em si mesma, ou apenas como exigência ética-jurídica, e sim como correspondência à prática delituosa, visando a prevenção geral e a ressocialização, sempre tendo-se em conta a medida da culpabilidade, a legalidade e as garantias constitucionais-democráticas do cidadão.

Guillermo Ouvina afirmava que “La pena, no es otra cosa que instrumento politico que intenta proteger los bienes jurídicos. No quiere el reflejo, ni la expiación de los crimines, sino que pretende algo más importante quier evitalos”²².

Não se pode negar o caráter retributivo da pena, mas a retributividade deve ser vista apenas como **meio** ou característica da pena, como sentido que é independente do motivo ou fundamento da pena, pois segundo Recasens Siches.

no hay que confundir el sentido retributivo, que es pago objetivo, compesación, con el sentido expiatório-que tan sólo puede dar-se en lo moral... Pena sin sentido retributivo sería un cuadrado redondo, un flagrante

²¹ Cf. MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democratico de derecho*. 2. ed., Barcelona: Bosch, 1982, p. 29-40.

²² OUVINA, Guillermo J. Indagación sobre la pena, in *Revista do Instituto de Derecho Penal*. v. 06. Universidad Nacional de La Plata, p. 40.

contradicción. Podrá pensarse en substitutivos de la pena, pero es un absurdo suponer que si hay pena no hay sentido de retribución²³.

A retribuição, como defendemos, em um Direito Penal Democrático, há de ser vista apenas como sentido ou meio para aplicação da pena, como correspondência para se chegar a uma justa aplicação ou resposta penal, considerada a culpabilidade do agente, de forma a alcançar sua reinserção social e, como exemplo, atingir uma prevenção geral.

Entre as divisões propostas pela doutrina temos a de Ugo Conti, que dividia as penas em **principais e acessórias**, sendo as primeiras aquelas impostas pelo juiz na sentença de condenação e as segundas aquelas previstas pelo direito como efeito penal das penas principais²⁴.

Ainda no início do século passado eram frequentes, nas codificações penais do Ocidente, a pena de morte, o banimento e a prisão perpétua.

No Código Rocco, na Italia, eram previstas as seguintes espécies de penas principais para o crime: a morte, a prisão perpétua (*ergastolo*), a reclusão, a multa, e, para a contravenção: l' *arresto* (prisão simples) e l' *ammenda* (espécie de multa indenizatória paga ao Estado).

Assim, em face da legislação italiana, fazia-se também uma segunda divisão entre as penas principais, entre **detentivas e pecuniárias**, e entre **penas para delitos e para contravenções**, além de outras divisões secundárias, como penas eliminativas (morte e prisão perpétua), e temporárias (as demais), entre penas corporais (morte e detentiva) e pecuniárias²⁵.

²³ RECASENS SICHES, Luiz. *Tratado general de Filosofia del Derecho*. México: ed. Porrúa, 1959, p. 209.

²⁴ CONTI, Ugo. *Il Codice Penale illustrato per Articolo*. Milano: Società Libreria, 1934, p. 146.

²⁵ Cf. CONTI, Ugo. *Il Codice Penale illustrato per Articolo*. Milano: Società Libreria, 1934, p. 147.

No Brasil era aplicada a pena de morte e o banimento, sendo que, com o descobrimento e o estabelecimento da colonização portuguesa, imperava uma legislação penal imposta pela Coroa Portuguesa, as chamadas **Ordenações do Reino**, com o Livro V, das Ordenações Afonsinas e das Ordenações Manuelinas, impondo a privação da liberdade apenas para garantir o julgamento, onde poderia advir penas mais graves, como a de morte ou de banimento, ou ainda como meio coercitivo para o pagamento da pena pecuniária, imperando um direito penal do terror, com execuções e exposição de partes do corpo do executado em praça pública²⁶.

Com a Constituição Brasileira de 1824, foram abolidas algumas penas infamantes e cruéis, como o açoite, a tortura e a marca de ferro quente, mas permaneciam a pena de morte, o degredo, as galés e o banimento.

Posteriormente, com a República, a prisão começa a predominar sob as penas corporais cruéis, sendo que o Dec. 744/1890, aboliu as galés, estabeleceu o limite de 30 anos para a prisão perpétua, o que foi ratificado pela Constituição de 1891, que, também, extinguiu o banimento²⁷.

A Constituição de 1934 extinguiu a pena de morte, o banimento, confisco de bens e as demais perpétuas, restando somente a pena de morte em caso de guerra.

A Constituição de 1937, por sua vez, espelhando o momento político totalitário do Estado Novo, instituiu os crimes políticos, prevendo, inclusive, pena de morte.

²⁶ Cf. SHECARIA, Sérgio Salomão e outro. *Pena e Constituição – aspectos relevantes para sua aplicação e execução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 20.

²⁷ Cf. SHECARIA, Sérgio Salomão e outro. *Pena e Constituição – aspectos relevantes para sua aplicação e execução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 21-23.

O banimento, estritamente, era a privação perpétua dos direitos de cidadão e residência no território nacional.

O degredo era a moradia em lugar indicado na sentença, por tempo determinado, e o desterro a obrigação do réu sair do local do crime, de sua residência e da residência da vítima.

Em 1940 aprovou-se o novo Código Penal, advindo do Projeto Alcântara Machado e tendo Nelson Hungria como um dos redatores, Código este com grande influência do tecnicismo jurídico italiano, mirando-se no Código Rocco.

Perante o Código de 1940, era possível a utilização da divisão das penas principais em privativas de liberdade (detenção e reclusão) e pecuniária (multa), podendo ser aceita a divisão de Conti entre penas principais e acessórias (publicação da sentença, interdição temporária e perda da função pública).

Para as contravenções eram previstas a prisão simples e a multa, inexistindo a diferenciação de multa e *ammenda* como na Itália.

Na Reforma Penal de 1984 – Lei 7. 209 de 11.07.84 – foram abolidas as penas acessórias e o sistema do duplo binário, só sendo possível a aplicação de pena ou de medida de segurança, esta última para os inimputáveis.

Previu-se a perda da função pública, não como pena acessória e sim como efeito da condenação, tecnicamente mais correto, já que as antigas penas acessórias, conforme se viu da definição supra de Ugo Conti, sempre foram consideradas como consequência da condenação por força de previsão legal.

Ressalte-se que as **penas restritivas de direitos** passaram a fazer parte do rol das penas.

Assim, na forma do artigo 32 da Nova Parte Geral do Código Penal Brasileiro, existem as seguintes penas: 1. **privativas de liberdade**; 2. **restritivas de direito**; 3. **de multa**.

Com a Constituição de 1988, através de seu art. 5º, XLVII, foram taxativamente vedadas as penas de morte (salvo em caso de guerra); de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento e quaisquer penas cruéis.

A Constituição, em seu art. 5º, XLVI, prevê além daquelas já elencadas no Código Penal, a possibilidade de previsão das penas de perda de bens e prestação social alternativa, dependentes de lei ordinária para vigência.

Nenhuma dificuldade encontramos em definir e identificar a pena privativa de liberdade como sanção penal, ao contrário da pena pecuniária, pois segundo Ugo Conti :

quanto alle pene detentive, non é facilmente pensabile un pericolo di confusione tra la pena in senso stretto e una sanzione extra penale. Ciò invece è più facile quanto alle pene pecuniarie, che possono essere confuse con sanzione pecuniarie non penali...²⁸

A pena privativa de liberdade é a que corresponde à prisão ou encarceramento, e constitui-se em um “legítimo limite imposto pelo poder público àquele que utiliza mal o seu direito de ir, vir ou permanecer. É uma consequência jurídica aplicada ao infrator”²⁹.

No Brasil divide-se a pena privativa de liberdade em **reclusão e detenção**, distinguido-se as mesmas, na forma do art. 33 do CP, pela forma de cumprimento, pois enquanto a primeira deve ser cumprida em regimes fechado, semi-aberto ou aberto, a segunda somente pode ser cumprida em regimes semi-aberto ou aberto³⁰.

²⁸ Cf. CONTI, Ugo. *Il Codice Penale illustrato per Articolo*. Milano: Società Libreria, 1934, p. 146.

²⁹ SHECARIA, Sérgio Salomão e outro. *Pena e Constituição* – aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 60.

³⁰ A distinção entre reclusão e detenção, não é aceita nas legislações modernas, pois são praticamente equivalentes, inexistindo diferenciação plausível ou ontológica, já que só se difere por norma que impõe a forma de cumprimento, e não em sua natureza.

A lei de contravenções penais estabelece, ainda, como pena privativa de liberdade, a pena de prisão simples, diferenciando-se somente pela sua aplicação a infração de menor potencial ofensivo e por efeitos processuais (fiança) e na forma de cumprimento, tal qual as penas de reclusão e detenção que não têm diferenciação ontológica. Melhor seria a denominação genérica de prisão, para todas as penas privativas de liberdade³¹.

No Brasil, prevê o Código Penal penas privativas de direitos, ou sejam, primitivamente, a prestação de serviços à comunidade, as interdições temporárias de direitos e a limitação de fim de semana. Com o advento da Lei n. 9714/98 o elenco foi aditado pela prestação pecuniária e a perda de bens e valores, consoante, respectivamente, artigo 43, incisos I e II do Código Penal.

Contrapondo-se com a pena privativa de liberdade, complementando-a, e podendo substituí-la, temos prevista uma **pena pecuniária: a multa**. Assim, em nosso direito positivo a pena de multa é genuinamente pecuniária, não podendo olvidar, contudo, da novel pena restritiva de direitos consistente na prestação pecuniária, consoante se vê do artigo 43, inciso I do Código Penal.

Carnelutti, depois de definir a pena de multa como a “obrigação de pagar uma soma de dinheiro”, considerando que esta tem maior função preventiva ou reparatória do que repressiva, chega a considerá-la como **medida de segurança pecuniária**, argumentando que

la extracción de una parte del patrimonio no opera sino infligiendo al reo un sufrimiento apto para constituir un contraestímulo y, por eso, para ejercitar

³¹ O Código Penal Português aboliu a diferenciação das diversas formas de prisão, partindo-se da premissa de que as penas devem se diferenciar por sua maior ou menor duração. Também na Alemanha foram unificadas as diversas formas de penas privativas de liberdade, resultando, no dizer de Zipf, na “**pena de presidio unitaria**”. In: MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz e ZIPF, Heinz. *Derecho Penal* – parte general n. 2. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995.

sobre el reo, y eventualmente sobre los terceros, una acción preventiva de nuevos delitos, lo que denota la medida de suguridad pero no la pena³².

Porém, o fato de uma sanção ter menor ou maior efeito repressivo não a descaracteriza como pena, sendo certo que a pena pecuniária conserva inequívocos efeitos de retribuição e de prevenção, mormente em relação à pequena criminalidade³³, restando patente nesta espécie de pena a retributividade, com autores, ao contrário, identificando na pena pecuniária um *deficit* de eficácia preventiva³⁴.

Jeremias Benthan, assim identificava a pena pecuniária: “uma soma de dinheiro, exigida por sentença jurídica, por causa de um delito, constitui a pena, ou multa pecuniária, como ordinariamente se chama”³⁵.

Carrara conceituava a pena pecuniária, “como toda a diminuição das nossas riquezas, sancionada pela lei como punição de um delito”³⁶.

São penas pecuniárias o confisco, a indenização ao ofendido e a multa, sendo que, conforme já referido acima, no Brasil a multa é a única pena pecuniária prevista pela lei ordinária³⁷.

³² CARNELUTTI, Francesco. *El problema de la pena*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1947, p. 31 e 43-44.

³³ Cf. FRANCO, Alberto Silva. *Temas de Direito Penal* – breves anotações sobre a Lei 7. 209/84. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 163.

³⁴ Cf. MOLINARI, Francesca. La pena pecuniaria e sua problematica in una prospettiva di riforma. In: *Problemi generali di diritto penale*. Milano: Giuffrè, 1982, p. 187.

³⁵ BENTHAN, Jeremias. *Teoria das penas legais*. São Paulo: Logos, ano 1943, p. 160.

³⁶ CARRARA, Francesco. *Programa de Direito Criminal* – parte geral, v. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 1957, p. 136.

³⁷ No projeto de Reforma Penal de 1984 a multa reparatória ou a indenização ao ofendido chegou a ser cogitada, sendo, porém, suprimida no texto final, Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios gerais do novo sistema penal brasileiro. In: *O Direito Penal e o Novo Código Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, ano 1984, p. 16.

Segundo diferenciação de Carrara, “A lei pode exigir do delinquente, como sanção do delito, ou todo o patrimônio, tomando a pena o nome de **confisco**, ou apenas uma parte dele, recebendo aquela, conforme os casos, o nome de **ammenda** ou **multa**”³⁸.

A Constituição de 1988, apesar da legislação ordinária não elencar outra pena pecuniária, inovou ao prever, se bem que passível de regulamentação por lei ordinária, a **perda de bens**, no seu art. 5º, XLVI, que, segundo Sérgio Salomão Shecaira, estando no rol das sanções penais “tem relação mais estreita com a pena de confisco do que com a devolução ao erário de quantias obtidas em prejuízo deste”³⁹.

Conforme Cernicchiaro, apesar de prevista constitucionalmente, “a perda de bens, no entanto, não é prevista no Código Penal como sanção criminal. Figura como “efeitos da condenação”..., e, conclui que...

como a Constituição remeteu para a legislação ordinária especificar as penas, nada impede, como nada impedia na vigência da Lei Maior revogada, de as penas substitutivas passarem a penas principais. No mesmo sentido, a perda de bens, porque a lei, ao relacionar a reclusão, detenção, prisão simples e multa, poderia tê-la eleito e cominá-la no tipo penal⁴⁰.

Não resta dúvida que está autorizada constitucionalmente a previsão da perda de bens como pena, e esta tem similariedade com o confisco, não se confundindo com a perda de bens reparatória.

³⁸ CARRARA, Francesco. *Programa de Direito Criminal* – parte geral, v. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 1957, p. 136.

³⁹ SHECARIA, Sérgio Salomão e outro. *Pena e Constituição* – aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 71. O autor faz uma análise comparativa dos parágrafos XLV e XLVI do dispositivo constitucional, para concluir que, se no primeiro é prevista perda de bens com caráter reparatório, nos casos de enriquecimento ilícito em detrimento da União, podendo passar da pessoa do delinquente, mas, no segundo trata-se a perda de bens de sanção penal, aplicando-se o princípio da personalidade da pena, e guardando identidade com o confisco, pois confiscar, nada mais é do que tomar bens de outrem.

⁴⁰ CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 118 e 123.

Em face talvez desta similariedade e da vedação constitucional para as penas de caráter perpétuo, até hoje não se previu na legislação penal a **perda de bens**. Conforme conclui Sérgio Salomão Shecaira, identificando a perda de bens como confisco, “melhor seria a não regulamentação do confisco como pena criminal, impedindo, assim, a sua utilização no Ordenamento Jurídico em vigor”⁴¹.

Se bem que a expressão pena pecuniária, em sentido lato, abrange qualquer sanção que afete o patrimônio, é a multa “a pena pecuniária por excelência”⁴², fazendo com que autores utilizem as expressões como sinônimos, conforme se vê da definição acima de Jeremias Bentham.

A palavra multa advém do latim *mulcta* (multiplicar), e no Direito romano correspondia à qualquer pena pecuniária pertencente à comunidade, sendo que J. Ortolan, identificava a origem do vocábulo em *menda* (mácula, vício), *emendare* (fazer desaparecer os vícios, as máculas), resultando em *amende* (multa)⁴³.

Para Soler “La pena de multa consiste en la obligación de pagar una suma de dinero, impuesta por el juez” e arremata que a multa é verdadeira pena, pois atinge o delinqüente em seu patrimônio⁴⁴.

Tal conceito, porém, por confundir a pena de multa com a obrigação de pagá-la advinda da condenação, sofre objeção de Ricardo Nuñez e Galdino Siqueira, e, conforme este, a multa não é o pagamento sendo este sua execução⁴⁵.

⁴¹ SHECARIA, Sérgio Salomão e outro. *Pena e Constituição* – aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 77.

⁴² PRADO, Luiz Regis. *Multa penal*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 17.

⁴³ PRADO, Luiz Regis. *Multa penal*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 17.

⁴⁴ SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1992, p. 445.

⁴⁵ Apud. PRADO, Luiz Regis. *Multa penal*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 17.

No Direito Penal pátrio não se faz a distinção entre multa e outra pena pecuniária similar para infração menos grave, como no Código Rocco, que diferencia **multa** de **ammenda**.

Naquela legislação “multa é o pagamento ao Estado de uma soma não inferior a cinquenta liras e não superior a cinquenta mil liras” e a de “*ammenda* o pagamento ao Estado de soma não inferior a vinte liras e não superior a dez mil liras”. A última é prevista em consequência de fatos contravencionais.

Nenhuma razão se tem para a diferenciação, pois a natureza é a mesma, a exemplo da equivocada diferenciação entre reclusão e detenção.

Consoante já detectava Carrara:

não se podem definir cientificamente os critérios que distinguem da *ammenda* a *multa*, porque cabe aqui de novo a observação que fizemos acerca das diversas formas de detenção. Nasce do direito positivo dos vários povos a diferença entre *ammenda* e a multa. Alguns acreditaram deduzi-la da diversa natureza do fato punido; outros, da diversa *destinação do dinheiro*; outros ainda, de fatores vários⁴⁶.

O artigo 49 do Código Penal Brasileiro, traz a definição legal da multa *verbis*: “consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será no mínimo, de dez e, no máximo, de trezentos e sessenta dias-multa”.

⁴⁶ CARRARA, Francesco. *Programa de Direito Criminal* – parte geral, v. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 1957, p. 136-137.

2.2 Retrospectiva histórica

Não restam dúvidas de que o direito penal é um dos instrumentos de controle social do qual o Estado, de acordo com o tempo e espaço, impõe normas de conduta. Tais normas, por sua natureza, são dotadas de coerção.

Por meio do direito penal, assim, é possível realizar a leitura da espécie de controle social desejado, não olvidando que sociedade sem delito é utópica, já que comportamentos desviantes se confunde com a própria história da civilização⁴⁷.

Fundamental aqui lembrar da Carta Magna:

A *Magna Charta Libertatum*, de 15-6-1215, entre outras garantias, previa: a liberdade da Igreja da Inglaterra, restrições tributárias, proporcionalidade entre delito e sanção (a multa a pagar por um homem livre, pela prática de um pequeno delito, será proporcional à gravidade do delito; e pela prática de um crime será proporcional ao horror deste, sem prejuízo do necessário à subsistência e posição do infrator- item 20); previsão do devido processo legal (Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país – item 39); livre acesso à Justiça (não venderemos, nem recusaremos, nem protelaremos o direito de qualquer pessoa a obter justiça – item 40), liberdade de locomoção e livre entrada e saída do país)⁴⁸.

Ressalte-se, também, o ensinamento acertado de Miguel Reale Júnior:

Dessa forma, não pode haver a pretensão de se instituir, por meio do Direito Penal, uma sociedade sem crime, pois instalar-se-ia o mais tenebroso totalitarismo, o domínio dos homens pelo Grande Chefe, registrando todas as condutas em todos os momentos, uma sociedade policialesca de submissão total graças à visibilidade da vida cotidiana dos homens, razão pela qual é

⁴⁷ Cf. Nesse sentido: LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Teoria Constitucional do Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 30. Sempre nos perturbou a afirmação de que a pena criminal corresponde à mais aguda e penetrante forma de intervenção estatal sobre a esfera dos direitos fundamentais do homem, uma vez que a sanção penal, por excelência, recai sobre a liberdade de locomoção, ou pior, em diversos Estados, sobre a própria vida ou sobre a integridade corporal do indivíduo.

⁴⁸ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Ed. Atlas, 2000, p. 25-26.

essencial que existam limites à interferência do controle da sociedade, pois conforme tenho repetido o prego da liberdade é o eterno delito⁴⁹.

Como alhures visto, as penas não pecuniárias caracterizaram o direito penal histórico. Assim:

Sobre a prisão privativa de liberdade, registre-se:

Montesquieu assinala que os templos eram os refúgios dos delinquentes, sobretudo na Grécia, onde os homicidas, expulsos da cidade e da presença dos homens, não tinham outro asilo senão os templos, nem outros protetores senão os deuses. Referindo-se a Tácito, diz que “os magistrados tinham dificuldades para exercer a função de polícia, pois o templo protegia os crimes dos homens, como as cerimônias dos deuses.

O templo permitia ao delinquente sobreviver, Se a prisão é considerada uma suavização da pena de morte, como vimos, também constitui nesse sentido um refúgio. Entretanto, o templo cumpria a mesma função que a prisão atual: ocultar o delinquente, ocultá-lo de nossos olhos. A lei mosaica considerava inocentes os homicidas voluntários mas os ocultava aos olhos dos pais do morto. Seguindo Montesquieu, poderíamos aventar que, assim como no templo se protege a cerimônia divina, na prisão se protege o delinquente (não seria a sociedade a protegida, como usualmente se afirma, mas sim o delinquente)⁵⁰.

O direito penal legítimo, moderno, todavia, estabelece o discurso aberto de forma prévia, antes da prática delituosa, levando a debate a valoração que será subsumida à norma penal.

Nessa linha, imprescindível trazer à colação a doutrina de Heitor Costa Júnior-*verbis*:

Atento à questão do controle, o penalista alemão Jescheck deixa claro existir um sistema penal de controle social, sendo a justiça penal apenas parte deste sistema. S. Versele não pensa de forma diversa. (cf. “Processos judiciais e outras forma de controle social na prevenção do crime”, Revista de Direito Público 24/31). Ciente desta primeira colocação pode-se afirmar, com Figueiredo Dias, caber, no Estado de Direito material, uma função exclusiva de proteção “dos bens fundamentais da comunidade das condições sociais básicas necessárias à livre realização da personalidade de cada homem e cuja violação constitui crime, no Direito Penal (revista de Direito Público 31/43). Enrique Cury, preocupado com a afirmação anterior, esclarece ser função do

⁴⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal* - parte geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 11.

⁵⁰ MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 41.

Direito Penal à proteção dos valores fundamentais sobre os quais descansa a convivência, não se devendo confundir bem jurídico com critérios ético-sociais, o que não impede, como é óbvio, que as raízes do Direito Penal se situem “nas representações ético-sociais de valor da comunidade jurídica” (Wessels). Pensamos, pois, que um Direito Penal democrático que preserve integralmente a dignidade do ser humano não deveria importar, na denominação de um grupo, impondo, num sistema social, modelos de condutas típicas não aceitas pela generalidade das pessoas, nem ser formulado por uma elite que representa os próprios interesses. Este defeito tem sido apontado por Baratta: a natureza seletiva do processo de criminalização está ligada à situação específica das relações de hegemonia entre os grupos sociais. Logo o que “legitima a intervenção punitiva do estado é a criação e manutenção de um determinado sistema social em benefício dos indivíduos que o integram”. Com Jescheck podemos ainda dizer: o Direito Penal assegura a inquebrantabilidade da ordem jurídica por meio da coação estatal. Ele deve, contudo, preservar os direitos elementares da pessoa, da dignidade do ser humano. A pena só pode legitimar quando seja materialmente impossível suprimir uma determinada perturbação social através de medidas menos duras de Política Criminal, como lembra Roxin⁵¹.

A pena pecuniária sempre esteve presente nas antigas civilizações, certamente não com o nítido caráter público, mas por vezes com matiz “indenizatória” e privada, como, aliás, as demais sanções.

É que toda a história do Direito Penal foi construída sobre a diferenciação e separação entre as penas privadas e públicas, persistindo por muito tempo “um caráter misto, reforçado pela configuração da via jurídica, que quase não se distingue entre pretensão indenizatória (processo civil) e proteção expiatória (processo penal)”⁵².

E, assim, conforme já assinalado, a pena pecuniária, como vista hoje, só surgiu com o império das penas públicas, o que fez Canelutti concluir que “la multa deriva del resarcimiento, en cual, siguiendo un conocido desarrollo, ha puesto fin a la pena privada...”⁵³.

⁵¹ COSTA JÚNIOR, Heitor. O controle da violência da polícia pelo sistema penal. *Justitia*, São Paulo (131-A); 194-207, 1985, p. 195.

⁵² Cf. MAURACH, Reinhart; HEINZ, Zipf. *Derecho Penal* – parte general. v. 1, Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 57.

⁵³ CARNELUTTI, Francesco. *El problema de la pena*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1947, p. 32.

De qualquer forma, não se pode negar que as leis mosaicas já infligiam condenação em pagamento de numerário, sendo que a Bíblia, no Êxodo, XXI e XXII; e Levítico, XXIV, noticia preceitos que demonstram a existência da pena pecuniária.

Outros povos da antiguidade, previam a condenação ao pagamento de ovelhas e bois, e até de tijolos, com verdadeiro caráter de **pena**, podendo se citar o exemplo da **carrata**, sanção correspondente ao pagamento de uma carga de vinho, ou de pagamento em **armas**, como conservou Bolonha até o século XVI⁵⁴.

Em muitas dessas civilizações tais sanções tinham claro caráter indenizatório, mas deixavam transparecer, no fundamento de punição divina, inconfundivelmente a natureza penal⁵⁵.

Na Grécia antiga imperou a composição voluntária, com o arconte Dragon (século VII A. C) instituindo um tribunal que visava a substituição da vingança privada pela composição pecuniária, e, nesta civilização, a pena pecuniária teve larga aplicação, em verdadeira reparação do dano provocado pelo delito, sendo prevista para delitos graves, substituindo, por vezes, até a pena de morte para alguns deles⁵⁶.

Em Atenas as condenações pecuniárias foram largamente utilizadas, chegando a exorbitantes quantias “costumando-se em alguns delitos privados, dividir o seu montante entre o Estado e os ofendidos pelo malefício”⁵⁷.

⁵⁴ Cf. CARRARA, Francesco. *Programa de Direito Criminal* – parte geral, v. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 1957, p. 137-138.

⁵⁵ Cf. Silvio Teixeira Moreira, *apud* BITENCOURT, César. *Falência da pena de prisão - causas e alternativas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 244.

⁵⁶ Cf. PRADO, Luiz Regis. *Multa penal*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 26-27.

⁵⁷ THONISSEN, *apud* CARRARA, Francesco. *Programa de Direito Criminal* – parte geral, v. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 1957, p. 146.

Em Esparta, porém, a multa somente era aplicada em casos particulares, como castigo imediato⁵⁸.

Dada a influência recebida da Grécia, tendo núcleos de colonização grega, na Sicília também foi grande o uso das penas pecuniárias, inclusive com o parâmetro de se aplicar tais penas proporcionalmente à situação patrimonial do réu⁵⁹.

Na Roma antiga a sanção pecuniária esteve presente, com a composição substituindo a vingança privada na Lei das XII Tábuas⁶⁰, e com o Império eram utilizadas como sanção aos crimes comuns. Ao contrário dos chamados *crimina publica*, cuja punição era atribuída ao Estado, nos *delicta* (delitos privados) a punição era delegada ao particular ofendido, e, para estes crimes, as sanções eram, em maior parte, sanções pecuniárias⁶¹.

Não obstante aparecia a pena de multa também no Direito Público, como pena principal, e para ser aplicada no limite máximo, era submetida à *provocatio ad populum*, através dos *Concilia Plebis Tributa*, havendo, assim, uma limitação do poder de sua aplicação pelo magistrado, e, no final do séc. IV A. C. , todas as penas dependiam de confirmação popular, através do *provocatio*⁶².

Na verdade, conforme acentua Cezar Roberto Bittencourt, apesar da grande presença da pena pecuniária no Direito Romano, seja no Direito Privado como Público,

a sanção tinha, também aqui, caráter indenizatório, típico da vingança privada. Não era- e nem podia ser- a pena pecuniária de hoje, cuja essência

⁵⁸ Rodolfo Pessagno e Humberto Bernardi, *apud* PRADO, Luiz Regis. *Multa penal*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 28.

⁵⁹ Vito la Mantia, *apud* CARRARA, Francesco. *Programa de Direito Criminal – parte geral*, v. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 1957, p. 146.

⁶⁰ “Aquele que arrancar ou quebrar um osso a outrem deve ser condenado a uma multa de 300 asses, se o ofendido é um homem livre; e de 150 asses se o ofendido é um escravo” (453-451 AC, t. 7,12) Cf. PRADO, Luiz Regis. *Multa penal*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 28.

⁶¹ Cf. ASÚA, Luiz Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal*. v. 1, 4. ed. Buenos Aires: Losada, 1964, p. 281.

⁶² PRADO, Luiz Regis. *Multa penal*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 30.

constitui-se em um pagamento, em favor do Estado, de determinada quantia em dinheiro, despida de qualquer idéia de indenização⁶³.

Mas foi o antigo Direito Germânico que mais difundiu a sanção pecuniária, preponderando até o século VI da era cristã e continuando em algumas regiões até o século XIII, mas, como observa Carrara,

embora se saiba que esses povos, durante um longo período, puniam todos os delitos com penas pecuniárias, é fato que não conheceram nunca essa medida como penalidade. Porque aquelas quantias que o delinquente pagava ao ofendido representavam o preço da paz, ou seja, da renúncia que o lesado ou sua família faziam do pretendido direito de vingança⁶⁴.

Entre os germânicos, a unidade jurídico-penal básica era a “comunidad del hogar”, e o poder de punir era exercido pelo chefe do hogar, existindo para casos extremos a pena de morte ou a expulsão da tribo. No caso de imposição de pena a outro *clan*, dava-se a inimizade entre *clans* com vinganças de sangue, sempre aplicada, de modo simbólico, ao **melhor homem do clan inimigo**. Resultava-se na chamada *faida*. Foi com a finalidade de dirimir tais hostilidades que se chegou aos **contratos de expiação**, ou seja, a obrigação de proporcionar bens ao *clan* ofendido, que era, segundo Maurach e Zipf, **pena e indenização ao mesmo tempo**, sendo que, no caso de morte de um homem livre, por exemplo, se devia efetuar um **pagamento expiatório**, e em casos de outras infrações menos graves uma **multa** (*compositio*). As partes faziam o juramento de *faida*, reforçando o contrato de expiação⁶⁵.

⁶³ BITENCOURT, César. *Falência da pena de prisão - causas e alternativas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 244.

⁶⁴ CARRARA, Francesco. *Programa de Direito Criminal* – parte geral, v. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 1957, p. 137.

⁶⁵ Cf. MAURACH, Reinhart; HEINZ, Zipf. *Derecho Penal* – parte general. v. 1, Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 58.

Assim, da vingança de sangue, verdadeiro **talião**, se evoluiu para a *compositio*, onde sempre era possível, mesmo no caso de expulsão da tribo, a “possibilidad de comprar su reingresso a la comunidade mediante una penitencia”⁶⁶.

Com a *compositio*, segundo Maggiore

a ofensa não é mais compensada com um sofrimento pessoal, mas com uma utilidade material, correspondida pelo ofensor. O preço do resgate, em lugar da vingança, é representado pela prestação em gado, armas, utensílios e dinheiro. E a proporção entre a ofensa e a reparação é às vezes contida na justa medida chamada tarifa de composição⁶⁷.

Na composição judicial germânica haviam três espécies de “penas” pecuniárias principais: o *Wergeld*, o *Busse* e o *Friedgell* ou *fredum* (*fredus*).

A primeira a reparação pecuniária paga ao ofendido ou grupo familiar, como indenização do dano causado, a segunda o preço do direito de vingança paga à vítima ou sua família, evitando-se, assim, a vingança da família da vítima, era o preço da *compositio* ou da *faida*, conforme acima referido, e o **fredum** o pagamento ao chefe do *clan*, como **preço da paz**, independente de outra sanção a cargo da vítima.

Carrara negava qualquer origem da verdadeira pena criminal nestas “indenizações”, afirmando que “todos esses pagamentos não se impunham com o verdadeiro caráter de **pena**. O *Wergeld* dado aos ofendidos era uma **indenização**; e o *fredum*, uma espórtula”⁶⁸.

⁶⁶ MAURACH, Reinhart; HEINZ, Zipf. *Derecho Penal* – parte general. v. 1, Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 58.

⁶⁷ Apud PRADO, Luiz Regis. *Multa penal*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 32.

⁶⁸ CARRARA, Francesco. *Programa de Direito Criminal* – parte geral, v. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 1957, p. 138.

Porém, não há como se negar que a composição, no dizer de Noronha “é o traço mais remoto da multa”⁶⁹, especialmente o instituto do *fredum*, cujo pagamento era feito ao Estado e não mais ao indivíduo.

Na Idade Média a pena de multa teve um ressurgimento, especialmente na alta Idade Média, mas, depois foi sendo substituída por penas mais severas, corporais e penas capitais.

Houve uma tendência de fortalecimento de poder estatal, mormente com os **francos**, cujas influências centralizadoras se alastraram entre outras tribos (*Lex Salica*, *Lex Bajuvariorum*, *lex Ribuária*), no direito real e no direito eclesiástico. Enquanto imperava um sistema de composição, com quotas e taxas de penitência, na medida que se fortalecia o poder estatal foi-se diminuindo as *penas privadas* e surgindo a *pena pública*, eliminando-se a possibilidade de composição ou transação pecuniária para delitos graves. Surge o exílio, mutilações e as penas privativas de liberdade, com detenções em monastérios⁷⁰.

No século XI, no Direito Penal da Idade Média Alemã, ressurgiu a *faida*, estabelecendo-se novos fatos puníveis, mas pouco a pouco vai se dando a **desprivatização** do direito, e a pena criminal acaba por romper com a idéia de reparação.

Na Península Ibérica surge a *Lex Visigothorum*, com o *Fuero Juzgo*, onde a pena era aplicada pelo Soberano, dentro do fortalecimento estatal da Idade Média, advindo uma composição aplicada pelo Estado como pena pública (*enmienda*, *calumnia*, *calonia*), com clara predominância de sanções pecuniárias no *Fuero Juzgo*, *Fuero Real* (séc. III) e *Fuero Viejo* (séc. XIV), além dos *Fueros Municipales*⁷¹.

⁶⁹ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal* – parte geral. v. 1, São Paulo: Editora Saraiva, 1980, p. 241.

⁷⁰ Cf. MAURACH, Reinhart; HEINZ, Zipf. *Derecho Penal* – parte general. v. 1, Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 59.

⁷¹ Cf. PRADO, Luiz Regis. *Multa penal*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 35-37. ASÚA, Luiz Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal*. v. 1, 4. ed. Buenos Aires: Losada, 1964, p. 703 e ss.

No direito penal português, também com origem no *fredum* germânico, temos várias “indenizações” pagas ao Estado (*coima, peita, calúnia*), mas que não prescindiam de outras sanções a serem aplicadas.

Porém, dentro do quadro dominante, que acabou por prevalecer na Idade Média, foi-se fortalecendo as penas corporais, sendo que a “Igreja do séc. V, para punir clérigos faltosos, usava aplicar como penalidade a reclusão em celas ou a internação em mosteiros. Era o surgimento da privação de liberdade como pena...”⁷².

Com as Ordenanças de Francisco I, na França e a Constituição de Carlos V na Alemanha (*Nemesis Carolina*), e outras codificações do séc. XVI, houve uma revisão das leis penais, mas, ao mesmo tempo, tais legislações impuseram um sistema cruel de penas, desaparecendo as penas pecuniárias, mormente a multa, que sobrevivia somente para pequenos delitos, como o de furto. Já o confisco manteve seu prestígio. Com o Iluminismo, voltam a surgir as penas pecuniárias⁷³.

Com efeito, na Alemanha o que ocorreu foi uma influência do Direito Italiano, surgindo a grande obra do Direito Penal Imperial, a *Constitutio Criminalis Carolina*, (séc. XVI) que continha normas de Direito Penal e Processual Penal, sendo excluída a substituição da pena por transações, predominando a pena de morte e penas corporais, e durante os séculos XVI e XVII, foram se agravando as penas, chegando a se dar a imposição de penas arbitrárias pelos juízes, até haver um declínio desta penas que foram aos poucos sendo substituídas pela pena privativa de liberdade⁷⁴.

⁷² SHECARIA, Sérgio Salomão e outro. *Pena e Constituição* – aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 19.

⁷³ Cf. CARRARA, Francesco. *Programa de Direito Criminal* – parte geral, v. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 1957, p. 138.

⁷⁴ Cf. MAURACH, Reinhart; HEINZ, Zipf. *Derecho Penal* – parte general. v. 1, Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 64-65.

Mesmo com o liberalismo ainda imperava na Alemanha as penas privativas de liberdade e somente com a entrada no século XX foi ressurgindo a pena pecuniária, culminando com uma nova “relação das penas pecuniárias com as privativas de liberdade” na reforma penal de 1969⁷⁵.

Na verdade, em todo o mundo a pena pecuniária ficou durante muito tempo sufocada pelo predomínio da pena privativa de liberdade, sendo que, segundo Jescheck, somente em fins do século passado, como consequência de uma luta e busca de alternativas para a pena privativa de liberdade de curta duração é que ela veio a ressurgir⁷⁶.

2.3 História da pena de multa no Brasil

O processo de colonização por que passou o Brasil, com as características peculiares de intensa exploração pela Corôa, justifica a forte influência da aplicação da legislação portuguesa. Assim, as ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas vigoraram em território brasileiro.

O Estado não era laico e tal característica era fortemente observada no então direito positivo em vigor.

Para parte da doutrina as **Ordenações Manoelinas** foram as primeiras a serem adotadas em território brasileiro, mas, contudo, uma expressiva parte entende que nunca tais ordenações foram aplicadas no Brasil colonial ante o arbítrio dos donatários na aplicação de suas próprias leis nos denominados “feudos”.

⁷⁵ MAURACH, Reinhart; HEINZ, Zipf. *Derecho Penal* – parte general. v. 1, Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 71.

⁷⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1981, p. 1073-1074.

Neste diapasão, as **Ordenações Filipinas** era reconhecida por muitos como o “**direito penal do terror**”, já que em seu bojo eram previstas várias formas de punição capital com sutis requintes de crueldade e exteriorização de vingança.

Averba, assim, Cláudia Pinheiro da Costa:

Posteriormente, Portugal e consequentemente suas colônias, passaram temporariamente para o domínio espanhol, através de Filipe II, sendo este um verdadeiro déspota, num misto de autoridade com poderes divinos, de modo que seus atos não possuíam nenhum freio constitucional, embora seja o mesmo o grande reformador do Direito Lusitano. Com isso, promoveu imediata atualização da legislação portuguesa, atitude essa oriunda das necessidades do momento, onde um dos pontos principais era atualizar a legislação aplicável ao Brasil-colônia. Interessante observar a nítida inspiração da obra de Maquiavel, O Príncipe, nas iniciativas de Filipe II, tendo esse tanta influência no ordenamento jurídico do Brasil, que suas Ordenações Filipinas vigoraram até meados de 1822, época de nossa independência⁷⁷.

Fragoso, com propriedade, leciona:

A legislação penal do Livro V era realmente terrível, o que não constitui privilégio seu, pois era assim toda a legislação penal de sua época. A morte era a pena comum e se aplicava a grande número de delitos, sendo executada muitas vezes com requintes de crueldade. Eram previstas: a pena de morte natural (enforcamento no pelourinho seguindo-se o sepultamento); morte natural cruelmente (que dependia da imaginação do executor e do arbítrio dos juízes); morte natural pelo fogo (queima do réu vivo, passando primeiro pelo garrote); morte natural para sempre (enforcamento, ficando o cadáver pendente até o apodrecimento). Havia ainda as penas infamantes, mutilações, confisco de bens e degredo. As penas dependiam da condição dos réus e empregava-se amplamente a tortura. O sentido geral dessa legislação é o da intimidação feroz, puramente utilitária, sem haver proporção entre as penas e delitos, confundindo-se os interesses do Estado com os da religião. Muitos delitos constituem incriminações fundadas em ridículas beatices⁷⁸.

Nilo Batista registra:

Quem vê, em Mommsen, as execuções da pena de morte no direito romano, tão impregnadas de ritos e conteúdos simbólicos e religiosos, tão cruelmente

⁷⁷ COSTA, Cláudia Pinheiro da. *Sanção penal – sua gênese e tendências modernas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2001, p. 60.

⁷⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal - parte geral*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993, p. 58.

indiferentes ao sofrimento e ao desespero humano, e vê a descrição da execução de Damians, em 1757, com a qual Foucault abre seu importante livro sobre o nascimento da prisão, talvez se espante com a semelhança de “estilo penal” ao longo de tantos séculos. E se procurar certificar-se, no direito penal germânico ou em outras legislações medievais, terá a confirmação dessa similitude espantosa. Entre nós, um breve exame do livro V das *Ordenações Filipinas*, que regeram no Brasil até 1830, quando promulgado o código imperial, revelará a indiscriminada cominação da pena de morte, a objetificação do condenado e a discriminação jurídica da pena cabível segundo a classe social do autor ou da vítima. Para os trabalhadores escravos, esses princípios permaneceram com plena eficácia mesmo após 1830, através das penas de morte e açoites, largamente empregadas, ou dos cruéis castigos do “direito penal privado” vigente nos engenhos, na cafeicultura ou nas charqueadas⁷⁹.

Não se vislumbrava, nesse período, a figura de um Estado imparcial, quiçá com as garantias individuais (e processuais) típicas de um Estado de Direito. O **talião**, como punição correspondente à ofensa, ainda era incipiente.

Curioso, no entanto, que em primórdios, na civilização indígena, em período pré-colonial, no Brasil, foram encontrados sinais de aplicação da pena de talião, inobstante também presentes a pena capital, eis que a segregação corporal era utilizada apenas para reter o infrator até o momento do castigo.

Após a independência do Brasil, em 07 de setembro de 1822, inquestionavelmente, avanços legislativos foram se agregando ao direito penal, principalmente com a entrada em vigor da primeira Constituição Brasileira, em 1824.

Em bom e firme passo para a amenização do malfadado “direito penal do terror”, o disposto no artigo 179, inciso XIX da referida Constituição previa *–verbis*: “Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as penas cruéis”.

⁷⁹ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica do direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Renavan, 2001, p. 98.

Ainda, nos incisos XX e XXI do mesmo artigo eram proibidos o confisco de bens, a declaração de infâmia sobre os parentes do réu, além de estabelecer que a pena não poderia passar da pessoa do condenado e que deveria ser cumprida em cadeias limpas, seguras e arejadas.

Um grande avanço, em todos os sentidos, foi atingido. Ao certo, uma página tortuosa de um histórico direito penal fora virada. Sucedeu a esta, em 1830, o já esperado Código Criminal do Império.

Schecaria e Corrêa Júnior, nesse contexto, asseveram:

O Código Criminal do Império, que, como lembra Nilo Batista, foi o único diploma a não se chamar Código Penal, foi promulgado e publicado em 16 de dezembro de 1830, e reduzia o número de delitos punidos com morte de 70 para 3, quais sejam a insurreição de escravos, o homicídio com agravante e o latrocínio⁸⁰.

Outrossim, para Fragoso, o mais significativo no Código Criminal foi a sua notável antecipação do moderno sistema dos dias-multa na pena patrimonial⁸¹.

É fato que as **penas capitais** ainda eram presentes nesse ordenamento jurídico, mas, a par de algumas garantias terem sido asseguradas, o forte predomínio da vingança foi abrandado.

Assim, finalizam os citados doutrinadores:

O elenco das penas continuava grande, incluindo as penas seguintes: morte, galés, prisão com trabalho, prisão simples, banimento, degredo, desterro, multa, suspensão do emprego, perda do emprego e açoites para escravos. Observe-se que esta última pena, estabelecida apenas para escravos, encontrava-se em contradição evidente com o texto constitucional (artigo 179, inciso XIX, da Carta de 1824). O artigo 38 do Código Criminal prescrevia a forca como forma de execução da pena de morte, porém após a

⁸⁰ SCHECARIA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 40.

⁸¹ Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal* - parte geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993, p. 59.

execução do inocente Mota Coqueiro, D. Pedro II comutou todas as penas posteriores desta natureza⁸².

A **pena de prisão** passa a ser mais abrangente, o que acarretaria, nos anos seguintes, na sua supremacia.

As penas corporais, até então, predominavam, sendo certo que a prisão hodierna era utilizada como segregação para julgamento, sem função punitiva.

Cite-se, outrossim, Maurício da Rocha Ribeiro:

Dentro desse contexto, a prisão apresentava características bem diferentes das adquiridas tempos após. Embora somente tenha começado a ocupar posição destacada como pena nas legislações do século passado, a concepção de prisão preexiste à sua utilização sistemática nas leis penais. Representava muito mais um meio de detenção prestando-se, à vezes, como mera etapa preliminar da aplicação da pena. Basta citar que os hebreus lançavam em sisternas vazias os condenados ao apedrejamento e os escravos a serem vendidos. Há notícias de prisões em Roma Antiga onde os criminosos aguardavam o julgamento e a execução das sentenças.

A partir do século XV, ainda durante o domínio das penas corporais, o encarceramento ganha função punitiva e, após, correcional. Registre-se a existência de masmorras nos castelos feudais e as delas dos conventos, para enclausurar os clérigos que violassem leis eclesiásticas, na Idade Média. Na segunda metade do século XVI, são criadas as instituições de correção para vagabundos, desabrigados e meretrizes, sujeitos a trabalhos compulsórios⁸³.

Não por essa razão, contudo, a pena de multa remonta à Antiguidade, já que apontada por muitos como a forma de punição que se seguiu à composição.

Salienta, assim, Vera Regina:

Tanto o talião como a composição foram utilizados pelos povos germânicos. Com as modificações surgidas e o fortalecimento dos poderes do Estado, as penas transformaram-se em punições públicas. Também a perseguição adquiriu o caráter público. O núcleo das penas era formado por pagamento obrigatório, sistema de composição fortalecido pelo interesse do Estado para conter a *Faida* ou *Fehde*. Resgatava-se a pena pública mediante o pagamento

⁸² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal* - parte geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993, p. 40.

⁸³ RIBEIRO, Maurício da Rocha. Considerações sobre a pena privativa de liberdade. In *Livro de Estudos Jurídicos*, n. 6. Ed. Instituto de Estudos Jurídicos. 1993. p. 95-96.

do preço da paz, denominado Friedensgeld destinado ao Estado, como o dano reparatório ao ofendido⁸⁴.

E conclui:

Com base nas informações expostas, depreendemos que a pena de multa surgiu com as noções de proporcionalidade, assimiladas pela pena de talião, permitindo o aparecimento da composição em suas modalidades. As diversas fases evolutivas da pena acompanharam o desenvolvimento histórico, social e político da humanidade⁸⁵.

Consigne-se que **sanção de caráter indenizatório** com caracteres de vingança privada não se equipara a atual pena de multa, cujo pagamento se dá em favor do Estado sem qualquer conotação de parcialidade, ou mesmo de indenização à vítima do ilícito.

Na legislação penal brasileira, a **multa** constitui **pena**. Apresenta-se, também, como pena substitutiva das penas privativa de liberdade de curta duração assumindo feição especial, para alguns, como **multa reparatória**.

Assinale-se, as prudentes lições de Heitor Costa Júnior:

O anteprojeto não acolheu como forma de diversificação da pena privativa de liberdade a prisão de fim de semana e o exílio local, sugeridos pelo Instituto de Ciências Penais com base no parecer elaborado pelo Grupo de Trabalho instituído pela Vara das execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro. Das 38 sugestões constantes deste documento parece-nos mais importantes as que se dedica à crítica da “multa reparatória”. Merecem transcrição os argumentos que a fundamentaram: “A multa reparatória inventa, consigo, o conceito de prejuízo material. Quis o legislador excluir prejuízos de outra ordem (moral,estético,etc.). E o que será prejuízo demonstrado no processo?” Será aquele constante de laudo oficial de avaliação ou o estabelecido pos sentença? A reparação do dano causado pelo delito adquire modernamente importância que não pode ser dissimulada; convertê-la em pena, contudo, é avançar numa direção confusionista e perigosa. Poderá ela exercer funções importantes, inclusive na área da extinção da punibilidade. Falta-lhe, todavia, o elemento fundamental da natureza da pena: a reparação do dano não priva o autor do ilícito de certos bens jurídicos, mas tão-somente promove o reestabelecimento da ordeam

⁸⁴ BRAGA, Vera Regina de Almeida. *Pena de multa substitutiva no concurso de crimes*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997. p. 16.

⁸⁵ BRAGA, Vera Regina de Almeida. *Pena de multa substitutiva no concurso de crimes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 17.

anterior ao ilícito. Não intimida, não castiga, é elitista e compromete a dignidade das instituições penais⁸⁶.

Em uma das últimas alterações legislativas, segundo o disposto no artigo 51, a pena de multa ganha *status* de dívida de valor porque não mais convertida em pena de prisão quando descumprida.

Não por essa razão, registre-se, que o caráter de pena foi abrandado, vez que o princípio da intranscendência, dentre outros princípios de natureza penal, continuou sendo fielmente observado.

De relevo, digno de registro pelos antecedentes legislativos da pena de multa no Brasil devem ser citados os **Projetos Clemente Pereira, Galdino Siqueira, Sá Pereira e Alcântara Machado**.

Inobstante referidos projetos legislativos não terem sido aprovados para o estabelecimento do Código Criminal de 1830 ante a aprovação do projeto de Bernardo Pereira Vasconcellos, é inegável que forneceram bons subsídios para o estudo da pena de multa.

Assim, o projeto Clemente Pereira previa que a multa seria no grau mínimo, da décima parte do rendimento líquido anual do condenado, no médio, da sexta parte e, no máximo, da terça parte. Era previsto, também, a fixação da pena de multa em valor certo, assim como do pagamento compulsório nas prisões.

O projeto Galdino Siqueira, em 1913, no entanto, de forma abrupta elimina a pena de multa do quadro das penas por entender, em síntese, que está

[...] eivada do vício da desigualdade, constituindo uma impunidade para o rico e uma irrisão para o pobre, vício que não desaparece com o alvitre

⁸⁶ COSTA JÚNIOR, Heitor. Aspectos da “parte geral” do anteprojeto de Código Penal, in *Revista dos Tribunais* n. 55, 1982, p. 460.

tomado pelo Projeto Suíço de tornar o valor da multa proporcional às condições econômicas do condenado⁸⁷.

Nesse contexto, o Projeto Sá Pereira foi concebido nos moldes do anteprojeto sueco prevendo a multa como pena principal e acessória. Apresenta o sistema do dia-multa como critério para fixação da pena de multa, além de proibir, segundo o disposto no artigo 53, parágrafo 6 que diligências judiciais tivessem cunho de devassa.

De forma ousada o disposto nos artigos 55 e 57 não autorizavam a transformação da pena de multa em pena de prisão quando frustrada aquela.

Por fim, o Projeto Alcântara Machado estabeleceu, como regra, quantitativos mínimo e máximo para a fixação da pena de multa. No disposto do artigo 42 foi autorizado o pagamento em parcelas e mediante serviços em obras ou estabelecimentos públicos.

Com implacável poder de síntese, assevera o Professor Heitor Costa Júnior:

Após o Código Imperial tivemos o primeiro Código Republicano, de Batista Pereira, tecnicamente criticável e justamente considerado como nosso pior estatuto penal. A vontade de reformá-lo gerou o anteprojeto de João Vieira de Araújo, Galdino Siqueira e Sá Pereira.

No Estado Novo, Alcântara Machado redigiu seu projeto, que submetido à Comissão-integrada por Hungria, Costa e Silva, Roberto Lyra, Narcélio de Queirós e Vieira Braga- foi, em dezembro de 1940, sancionado. É a legislação em vigor em nosso país, fundada em modelos europeus do início do século, especialmente no Código Rocco de 1930 e no suíço de 1937. A lei, diz Soler, resulta de um sistema de idéias. Considerando a influência da legislação fascista italiana e também que vivíamos no Estado Novo quando da promulgação do Código de 1940, poderia parecer correto concluir-se que nosso Código é um Código fascista. Taxá-lo desta forma, apesar de sua severidade, seria incorreto. Hungria e os demais integrantes da Comissão Revisora eram homens de espírito liberal e democrático, na medida em que ele possa sê-lo, pois hoje ninguém mais duvida de que o Direito Penal nada

⁸⁷ Apud Galdino Siqueira, PRADO, Luiz Regis. *Multa penal*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 47-48. Justificação do projeto, p. 79.

tem de igualitário. No momento da repressão a igualdade dar-se-á tão-somente a nível jurídico-formal. Ingênuo seria pensar de outra forma⁸⁸.

A conversão da pena de multa em pena de prisão é destacada nesse projeto legislativo como medida eficaz para assegurar a sua eficácia.

Importante registrar que o Código Criminal Brasileiro de 1830, publicado em período anterior à primeira Constituição, em período Imperial, foi por muitos reconhecido como o pioneiro no sistema do dia-multa. Nesse sentido:

Antes da publicação da lei belga (sobre responsabilidade sucessiva nos delitos de imprensa) já este sistema se achava constituído em todas as suas particularidades no artigo 7 do Código Criminal, de sorte que, com melhor direito, se poderia denominar sistema brasileiro. Nesta parte, como em outras matérias, o Código de 1830 teve intuição próprias que lhe dão o cunho de um trabalho original e dele fazem um monumento legislativo⁸⁹.

Reforça Zaffaroni, citado por Luiz Regis Prado – “O sistema do dia-multa seria retomado muitos anos depois pela legislação nórdica, ainda que sem mencionar este antecedente legislativo”⁹⁰.

Na linha de evolução legislativa, em 1940, após a Proclamação da República e do advento da primeira Constituição Republicana (1891) foi publicado o então novel Código Penal. No importante diploma normativo a pena de multa era regida de forma abstrata, isto é, a sua **cominação** – nos graus mínimo e máximo- se davam de forma abstrata. Apenas na sua **aplicação** é que o juiz deveria levar em conta a situação econômica do réu.

Na sua versão original, previu o parcelamento e a dilação do seu pagamento, como também a conversão em pena de prisão aos inadimplentes.

⁸⁸ COSTA JÚNIOR, Heitor. Aspectos da “parte geral” do anteprojeto de Código Penal, in *Revista dos Tribunais* n. 55, 1982, Janeiro de 1982. p. 459.

⁸⁹ Apud Salgado Martins, PRADO, Luiz Regis. *Multa penal*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 44.

⁹⁰ Apud Zaffaroni, PRADO, Luiz Regis. *Multa penal*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 44.

Ressalte-se, outrossim, que a conversão da pena de multa em prisão não se efetivava pelo simples não pagamento, já que o artigo 39 do *codex* previa que o condenado absolutamente insolvente não teria contra si executada a pena de multa. Para tanto, contudo, deveria ser realizada prova, ainda que não exaustiva, sobre a condição sócio-econômica do apenado.

O Código Penal de 1890, em período republicano, tratou da multa em seu artigo 58 prescrevendo, em síntese, que a pena de multa seria um valor pecuniário regulada pelas capacidade do condenado auferir rendimentos por emprego, bens, indústria ou trabalho. Previu, também, a conversão da pena de multa em pena de prisão ao condenado inadimplente. Todavia, de forma iníqua, admitiu que o débito pudesse ser adimplido não só pelo condenado, mas por terceira pessoa.

Nesse aspecto, mereceu críticas quanto à isonomia de tratamento deferida aos condenados solventes e dos que possuíam capacidade financeira para tanto em relação àqueles que por falta de recursos materiais não efetuavam o pagamento.

Vale ressaltar que o Código em alusão foi objeto de severas críticas logo após sua vigência, motivo pelo qual em não menos de um ano fora formada Comissão para efetuar sua revisão, do qual João Vieira de Araújo presidiu. Só em 1899, entretanto, após expressivas contribuições de diversos setores, foi aprovado pela Câmara dos Deputados. Enviado ao Senado, contudo, não teve seguimento.

A situação fática constituía-se na existência de uma expressiva gama de leis que se sucederam ao primeiro Código Penal republicano, causando, consequentemente, dúvidas e dissídios jurisprudenciais acerca do direito penal vigente.

Nesse contexto, em 1932 foi aprovada a denominada “Consolidação das Leis Penais” com expressiva contribuição de Vicente Piragibe.

Segundo Toledo-*verbis*:

Não teve, porém, esse Código, o mesmo sucesso do anterior provavelmente pela pressa com que foi feito e promulgado ou, talvez, por não ter sido bem aceito e convenientemente aplicado. As críticas que sobre ele desabaram foram numerosas e contundentes. E a tal ponto que mal entrara em vigor teve início o movimento para reformá-lo com a apresentação pelo Deputado Vieira de Araújo, em 1893, pelo menos três anos depois, de projeto de um novo código. A partir de então, sem longos hiatos, outras iniciativas idênticas marcaram a vida atribulada do Código em exame que, se não foi logo substituído, sofreu a interferência de inúmeras leis modificativas. Em 14 de dezembro de 1932, outro Governo Provisório, considerando que essas modificações constavam de grande número de leis esparsas, algumas das quais profundamente alteradas, o que dificultava não só o conhecimento como a aplicação da lei penal, resolveu adotar, como “Consolidação das Leis Penais”, o trabalho de Vicente Piragibe, publicado sob o título “Código Penal Brasileiro completado com as leis modificadoras em vigor.

Essa consolidação passou a fazer o papel de Código Penal até o advento do Código de 1940”⁹¹.

Em 1940, sob o império do “Estado Novo” de Getúlio Vargas, foi promulgado o Código Penal de 1940, fruto dos trabalhos encetados no Projeto de Alcântara Machado.

Inspirado no código italiano, o Código Rocco, de 1930, sofreu influência do Código Penal Suíço de 1937, sendo concebido como expressivo avanço legislativo para o estágio histórico-cultural por que passava o Brasil.

Nesse diapasão, Fragoso consigna:

Embora elaborado durante um regime ditatorial (o chamado Estado Novo, que vigorou no Brasil de 1937 a 1945), o CP de 1940 incorpora fundamentalmente as bases de um direito punitivo democrático e liberal. O seu único vestígio autoritário aparece na disciplina dos crimes contra a organização do trabalho que, inspirada no direito italiano, estabelece sistema de excepcional rigor na repressão dos ilícitos penais relacionados com a greve, que configura com a mera paralisação do trabalho por três pessoas (art. 200, parág. único)⁹².

⁹¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 60.

⁹² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal* - parte geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993, p. 63-64.

3 PENA DE MULTA E O DIREITO POSITIVO

3.1 Códigos penais brasileiros e a pena de multa

Importante trazer à colação a evolução normativa da pena de multa nos Códigos Penais Brasileiros.

Assim, no **Código Criminal do Império do Brasil**:

Artigo 55 – A pena de multa obrigará os réos ao pagamento de uma quantia pecuniária, que será sempre regulada pelo que os condenados puderem haver em cada um dia pelos seus bens, empregos ou indústria, quando a lei especificadamente a não designar de outro modo.

Artigo 56 – As multas serão recolhidas aos cofres das camaras municipais; e os condenados que, podendo, as não pagarem dentro de oito dias, serão recolhidos à prisão, de que não sairão sem que paguem.

Artigo 57 – Não tendo os condenados meios para pagar as multas, serão condenados em tanto tempo de prisão com trabalho, quanto fôr necessário para ganharem a importancia dellas.

Terá lugar neste caso a disposição do art. 32.

Artigo 32 – Em todo o caso, não tendo o delinqüente meios para a satisfação, dentro em oito dias, que lhe serão assignados será condemnado à prisão com trabalho pelo tempo necessário para ganhar a quantia da satisfação.

Digno de registro, também, o disposto no artigo 65: “As penas impostas aos réos não prescreverão em tempo algum”.

No **Código Penal de 1890**-Decreto n. 847 de 2 de outubro de 1890-*verbis*:

Artigo 43. As penas estabelecidas neste código são as seguintes:

- a) prisão celular;
- b) banimento;
- c) reclusão;

- d) prisão com trabalho obrigatório;
- e) prisão disciplinar;
- f) interdição;
- g) suspensão e perda do emprego público, com ou sem inhabilitação para exercer outro;
- h) multa.**

Artigo 58- A pena de multa consiste no pagamento ao Thezouro Publico Federal ou dos Estados, segundo a competencia respectiva, de uma somma pecuniaria, que será regulada pelo **que o condemnado puder ganhar em dia por seus bens, emprego ou industria ou trabalho.**

Artigo 59- Si o condemnado não tiver meios para pagar a multa, ou não a quizer pagar dentro de oito dias, contados da intimação judicial, será **convertida em prisão celllular**, conforme se liquidar.

Paragrapho unico- A conversão da multa em prisão ficará sem effeito, si o criminoso, ou alguém por elle, satisfizer ou prestar fiança idonea ao pagamento da mesma. (grifo nosso)

Interessante e curioso comentário feito por Bento Faria sobre a pena de multa, considerando que no vestuto Código foi assegurado, no artigo 1º, o princípio da reserva legal. Assim:

D´ahi resulta que nenhum crime será punido com penas que não se acharem estabelecidas n´este Código.

Todavia, as disposições das leis e regulamentos de fazenda e comercio, de administração e policia geral, e regimento dos auditorios, que decretam penas pecuniarias, continuarão a serem observada na parte em que não tiverem sido especialmente revogadas por este Código⁹³.

Na Consolidação das Leis Penais:

Artigo 43 – As penas estabelecidas são as seguintes:

- a) prisão celllular;
- b) prisão correicional;
- c) reclusão;

⁹³ FARIA, Bento de Antonio. *Anotações theorico-praticas ao Código Penal do Brazil*. Rio de Janeiro: Papelaria União, 1906, p. 111.

- d) prisão com trabalho obrigatório;
- e) prisão disciplinar;
- f) interdição;
- g) suspensão e perda do emprego público, com ou sem inhabilitação para exercer outro;
- h) multa

Artigo 58 – A pena de multa consiste no pagamento ao Thesouro Publico Federal ou dos Estados, segundo a competencia respectiva, de uma somma pecuniaria, que será regulada pelo que o condemnado puder ganhar em cada dia por sus bens, emprego, industria ou trabalho.

Artio 59 – Si o condemnado não tiver meios para pagar a multa, ou não a quizer pagar dentro de oito dias, contados da intimação judicial, será convertida em prisão cellualar, conforme se liquidar.

Paragrapho único – A conversão da multa em prisão ficará sem effeito si o criminoso, ou alguém por elle, satisfizer ou prestar fiança idônea ao pagamento da mesma.

No Código Penal de 1940:

Artigo 35 – A pena de multa consiste no pagamento, em selo penitenciário, da quantia fixada na sentença.

Artigo 36 – A multa deve ser paga dentro de dez dias, depois de transitar em julgado a sentença; todavia, a requerimento do condenado, e conforme as circunstâncias, o juiz pode prorrogar esse prazo até três meses.

Parágrafo único – Excedendo a mil cruzeiros a importância da multa, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em quotas mensais, dentro do prazo de um ano, prorrogável por seis meses, desde que metade da quantia tenha sido paga ou o condenado ofereça garantia de pagamento.

Artigo 37 – Em caso de insolvência, a multa cumulativamente com pena privativa de liberdade, é cobrada mediante desconto de quarta parte da remuneração do condenado (art. 29 § 1º).

§ 1º – Se o condenado cumpre a pena privativa de liberdade ou obtém livramento condicional, sem haver resgatado a multa, faz-se a cobrança mediante desconto em seu vencimento ou salário.

§ 2º – Aplica-se também o disposto no parágrafo anterior, se concedida a suspensão condicional da pena privativa de liberdade, ou imposta exclusivamente a pena de multa.

§ 3º – O desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis à manutenção do condenado e de sua família (art. 39).

Artigo 38 – A multa converte-se em detenção quando o condenado reincidente deixa de pagá-la ou o condenado solvente frustra a sua cobrança.

Parágrafo único – A conversão da multa em detenção é feita à razão de um centavo por dia, até o máximo de um ano, não podendo, porém, ser ultrapassado o mínimo da pena privativa de liberdade, cumulativa ou alternativamente cominada ao crime.

Artigo 39 – Não se executa a pena de multa se o condenado é absolutamente insolvente; procede-se, porém, à execução, logo que sua situação econômica venha permiti-lo.

Parágrafo único – Se, entretanto, o condenado é reincidente, aplica-se o disposto no artigo anterior.

Artigo 40 – A conversão fica sem efeito se, a qualquer tempo, o condenado paga a multa ou lhe assegura o pagamento mediante caução real ou fidejussória.

Artigo 41 – É suspensa a execução da pena de multa, se sobrevém ao condenado doença mental.

No idealizado Código Penal de 1969:

Artigo 44- A pena de multa consiste no pagamento, ao Tesouro Nacional, de uma soma em dinheiro, que é fixada em dias-multa. Seu montante é, no mínimo, um dia-multa e, no máximo trezentos e sessenta dias-multa.

§ 1º – O montante do dia-multa é fixado segundo o prudente arbítrio do juiz, mas não pode ser inferior ao valor de um trigésimo do salário-mínimo, nem superior a um terço dele.

§ 2º – Para os efeitos penais, considera-se o maior salário-mínimo mensal vigente no país, ao tempo do fato.

Artigo 45 – Quando um crime é praticado com o fim de lucro, ou por cupidez, deve ser aplicada a pena de multa, ainda que não esteja expressamente cominada. Em tal caso, a multa não poderá exceder de cem dias-multa.

Artigo 46 – A pena de detenção não superior a seis meses pode ser substituída pela de multa, desde que o condenado seja primário, de escassa ou nenhuma periculosidade e tenha realizado, salvo impossibilidade econômica, a reparação do dano antes da sentença, se é de esperar que a multa baste para servir de advertência. Na conversão, a cada dia de detenção corresponderá um dia-multa.

Artigo 47 – Tal seja a situação econômica do condenado, o juiz pode conceder um prazo não inferior a três meses e não superior a um ano, a contar da data do trânsito em julgado da sentença condenatória, para o pagamento da multa, ou permitir que este se faça a prestações mensais, dentro no mesmo prazo, com ou sem garantias, Revogam-se tais favores se o condenado é impontual ou vem a melhorar de situação econômica.

Artigo 48 – Se o condenado é insolvente, mas possui capacidade laborativa, pode ser-lhe permitido, nas condições fixadas pelo juiz, o resgate da multa, mediante desconto da remuneração de trabalho livre em obras públicas, empresa pública, autarquia, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público.

Artigo 49 – Quando imposta cumulativamente com pena privativa de liberdade, e enquanto esta perdura, a multa é cobrada mediante desconto de quarta parte da remuneração do trabalho penal.

Artigo 50 – A multa converte-se em detenção, quando o condenado solvente frustra o seu pagamento.

§ 1º – Para o efeito da conversão, um dia-multa corresponde a um dia de detenção não podendo esta, entretanto, exceder de um ano ou do mínimo da pena privativa de liberdade cumulativa ou alternativamente cominada ao crime, quando inferior a um ano.

§ 2º – A conversão fica sem efeito se, a qualquer tempo, o condenado paga a multa ou lhe assegura o pagamento mediante caução real ou fidejussória.

Artigo 51 – É suspensa a execução da pena de multa, se sobrevém ao condenado doença mental.

De tudo que foi exposto, deduz-se que a conversão em prisão da multa impaga sempre foi uma constante nos Códigos Penais Brasileiros, sendo verificado maior rigor em tempos remotos que não admitia qualquer escusa para os condenados insolventes. Interessante observar, também, a imposição de trabalho aos condenados insolventes, não se comparando, todavia, com o atual Código Penal Português que admite a substituição da pena de multa por trabalho, mediante requerimento do condenado⁹⁴.

Derradeiramente, aduz-se o absurdo da errônea afirmativa quanto à origem da pena de multa, na Exposição de Motivos do Código Penal de 1969, repetido no então Código vigente de 1940:

⁹⁴ Artigo 48º (Substituição da multa por trabalho)

1. A requerimento do condenado, pode o tribunal ordenar que a pena de multa fixada seja total ou parcialmente substituída por dias de trabalho em estabelecimentos, oficinas ou obras do Estado ou de outras pessoas colectivas, de direito público, ou ainda de instituições particulares de solidariedade social, quando concluir que esta forma de cumprimento realiza de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.

2. É correspondentemente aplicável o disposto nos ns. 3 e 4 do artigo 58º e no n. 1 do artigo 59º.

Importante inovação foi aqui introduzida, com a adoção do sistema do dia-multa, que provém das leis escandinavas. Esse sistema vai penetrando em todas as legislações modernas. O mínimo da pena de multa é de um dia-multa, e, o máximo, de trezentos dias-multa⁹⁵.

3.2 Reforma parcial do Código de 1940

As reformas se fazem necessárias porque decorrem de uma exigência sociológica. Se as regras de comportamento concebidas pela sociedade são alteradas, necessariamente, para que não padeçam de eficácia, embora coercitivas, as normas jurídicas, como regra de conduta negativa, também deverão sofrer modificação.

Toledo, com maestria, esclarece:

... A inteligência do homem contemporâneo parece, cada vez mais, compreender que a sociedade humana não está implacavelmente dividida entre o bem e o mal, entre homens bons e maus, embora os haja. Mas sim parece estar predominantemente mesclada de pessoas que, por motivos vários, observam, com maior ou menor fidelidade, as regras estabelecidas por uma certa cultura, e de pessoas que, com maior ou menor frequência, contrariam essas mesmas regras. Não há dúvida, porém, que tanto os primeiros como os últimos fazem parte, dentro de uma visão mais ampla, de um certo modo de ser e viver prevalecente em determinada época, modo este que talvez explique, senão todos, pelo menos, um bom número de desvios de comportamento[...]⁹⁶.

⁹⁵ Exposição de Motivos do Código de 1969-Decreto-Lei n. 1004, de 21/10/69 - item n. 21.

⁹⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 69-70.

3.3 A pretendida reforma penal de 1969 – Código Penal de 1969

Após algumas décadas em vigor do então Código Penal de 1940, exurgindo a natural necessidade de adaptar seus preceitos ao mundo fenomenico, surge a proposta de um novo *codex* em 1961.

Elaborado pelo notável Nelson Hungria, o anteprojeto do Código de 1969 recebeu a contribuição dos professores Benjamin Moraes Filho, Heleno Cláudio Fragoso e Ivo DAquino.

Apresentado em 1963, foi promulgado em 1969, em período de intensa turbulência política, sob o império da Constituição outorgada de 1967 e a emenda constitucional de 1969, e sucessivos atos institucionais, do mesmo ano.

Apesar das várias tentativas, com o advento do Decreto-Lei n. 1004, de 21 de outubro de 1969, objetivou-se atualizar o então Código Penal de 1940 em vigor.

Destarte, sofreu inúmeras emendas aditivas e teve seus prazos de vacância sucessivamente prorrogados, chegando a quase dez anos sem vigência, quando, finalmente revogado através da Lei n. 6578, de 11 de novembro de 1978, quando no Governo do Presidente Geisel optou-se pela reforma parcial do Código de 1940, consoante Lei n. 6416, de 24 de maio de 1978, isto é, a denominada Reforma Penal de 1977.

Inobstante à formalização do texto normativo e as intensas discussões dogmáticas travadas à época, a reforma penal de 1969 se viu frustrada.

A título de registro histórico, vale ressaltar, apesar da não vigência desde à sua promulgação, e a errônea conclusão acerca da origem do sistema dia-multa, a Exposição de

Motivos do Código Penal de 1969, no item n. 21, já previa a reintrodução do importante sistema para a fixação da pena pecuniária como sinal da falência do selo penitenciário.

Nesse sentido, *verbis*:

Importante inovação foi aqui introduzida, com a adoção do sistema do dia-multa, que provém das leis escandinavas. Esse sistema vai penetrando em todas as legislações modernas. O mínimo da pena de multa é de um dia-multa, e, o máximo, de trezentos dias-multa.

O dia-multa deve ser fixado segundo o prudente arbítrio do juiz, não podendo ser inferior ao maior salário mínimo diário do país, nem superior ao décuplo de tal salário. Será fixado de acordo com a situação econômica do condenado, atendendo-se especialmente ao seu patrimônio, rendas, meios de subsistência, nível de gastos ou outros elementos, que o juiz considere adequados. Deverá, assim, ser considerada a situação econômica global do condenado, sem que o juiz tenha de ater-se ao seu padrão de salário, quando se tratar de assalariado. É claro que, se o condenado viver exclusivamente do produto do seu salário, o dia-multa não deverá ser inferior à sua renda diária, pois nesse caso estabelece-se com precisão o critério da lei.

A nova fórmula da facilitação do pagamento da multa é de incomparável superioridade. Tal seja a situação econômica do condenado, o juiz pode conceder um prazo não inferior a três meses e não superior a um ano, a contar da data do trânsito em julgado da sentença condenatória, para o pagamento da multa, ou permitir que ele se faça a prestações mensais, dentro do mesmo prazo, com ou sem garantias. Tais fatores revogam-se se o condenado é impontual ou vem a melhorar de situação econômica.

3.4 A reforma penal de 1977

Sem a extensão da Reforma seguinte, em 1984, a reforma penal de 1977 se inaugurou em 24 de maio, com a Lei n. 6416, trazendo inovações no título relativo às penas.

Entretanto, quanto à pena de multa, o antigo sistema continuou sendo adotado, eis que o sistema do dia-multa não foi acolhido, permanecendo, conseqüentemente, as dificuldades relativas de reajustes monetários para essa pena pecuniária.

Sobre a matéria, registra Luis Regis Prado:

A denominada “reforma penal de 1977” preferiu manter, no tocante à pena de multa, a mesma sistemática do Código Penal de 1940, renunciando, portanto a acolher o “dia-multa”, o que certamente, implicará a necessidade constante de novos reajustes de valores monetários para a referida pena.

O legislador de 1977, assim procedendo, nada mais fez que ratificar uma incongruência já existente no nosso sistema punitivo, pois leis esparsas há que consagram o regime do dia-multa, enquanto que o Código Penal e a Lei de Contravenções Penais- *contrario sensu*- adotam sistema diverso⁹⁷.

Shecaria arremata:

O Código Penal de 1969 é outorgado junto com uma nova Lei de Segurança Nacional, pela Junta Militar. Reaparecia a figura da pena de morte, prisão perpétua e a pena de 30 anos para crimes políticos.

O futuro Código Penal previa, de forma expressa, a finalidade de prevenção especial (art. 37), estabelecendo que a execução da pena deveria promover a recuperação do condenado. Além disso, previa também o regime de semiliberdade para os condenados a pena não superior a seis anos de escassa ou nenhuma periculosidade e a substituição da pena de detenção não superior a seis meses por multa, desde que o réu fosse primário, de escassa ou nenhuma periculosidade e tivesse reparado o dano antes da sentença. Entretanto, depois do período de *vacatio legis* mais lonco da história nacional, o novo Código foi revogado em 1978, não tendo, assim, nenhum momento de vigência⁹⁸.

3.5 A multa após a reforma penal de 1984

Através da Portaria 359, de 22 de abril de 1980, de forma oficial, foram iniciados os estudos para a Reforma Penal de 1984. Comissões de estudos e intensos debates foram efetivados sendo, no primeiro momento, examinados os Anteprojetos do Código Penal- Parte Geral e a Lei de Execução Penal e, em um segundo, a parte especial do Código Penal e a Lei de Contravenções Penais.

⁹⁷ PRADO, Luiz Regis. *Multa penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 56-57.

⁹⁸ SHECARIA, Sérgio Salomão e outro. *Teoria da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 44-45.

Vitoriosa a reforma penal, pois, advinda com a Lei n. 7209, de 11 de julho de 1984, trazendo em seu bojo importantes institutos que passaram a integrar o vigente Código Penal de 1940.

No que tange à pena de multa, em especial, houve a reintrodução do sistema dia-multa; a multa substitutiva aplicada nas apenações não superiores a seis meses de detenção, evitando-se, assim, as auguras do cárcere; critérios mais científicos para a aplicação dessa espécie de pena.

Nessa esteira, a Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 nos itens ns. 43, 44, 45 e 46:

43 – O Projeto revaloriza a pena de multa, cuja força retributiva se tornou ineficaz no Brasil, dada a desvalorização das quantias estabelecidas na legislação em vigor, adotando-se, por essa razão, o critério do dia-multa, nos parâmetros estabelecidos, sujeito a correção monetária no ato da execução.

44 – Prevê o Projeto o pagamento em parcelas mensais, bem como o desconto no vencimento ou salário do condenado, desde que não incida sobre os recursos necessários ao seu sustento e ao de sua família.

45 – A multa será convertida em detenção quando o condenado, podendo, deixa de pagá-la ou frustra a execução. A cada dia-multa corresponde um dia de detenção. A conversão, contudo, não poderá exceder a 1 (um) ano.

46 – As condenações inferiores a 6 (seis) meses poderão ser substituídas por penas de multa, se o condenado não for reincidente e se a substituição constituir medida eficiente (art. 60 & 2º).

Comentando os aspectos mais importantes da denominada Reforma Penal de 1984, professor Heitor Costa Júnior assinala:

Sabe-se hoje que a prisão reforça os valores negativos. O preso tem um código de valores diverso daquele da sociedade. É o fenômeno da prisonização tão bem estudado por Goffmann. Em uníssono, já se afirma, acerca da pena privativa da liberdade, ser ela ineficaz e apresentar resultados secundários indesejáveis. Não mais se justificam as expectativas preventivas da sanção criminal. Caminha-se, portanto, na busca de alternativas à prisão. Neste sentido, algumas penas, até então acessórias, passaram a principais ou a efeitos da condenação.

A privação da liberdade ficará, doravante, reservada, somente aos crimes mais graves. Maior rigor é observado nos delitos praticados com violência à pessoa e se percebe, também, maior preocupação com a vítima. Exemplo

disto é o relevo dado à espontânea reparação do dano. Neste sentido, também, o novo Código representa grande avanço em relação ao Código em vigor, modificado pela Lei 6416, de 1977, na qual reconhecia a superlotação e a promiscuidade nas prisões brasileiras, o que levava “grande número de condenados, inclusive perigosos a permanecerem em liberdade, não sendo possível cumprir-se os respectivos mandados de captura por não haver onde recolhê-los (Exposição de Motivos da Lei 6416)⁹⁹.”

Sobre a importante Reforma, Fragoso faz registrar:

A nova Parte Geral introduz numerosas disposições que aperfeiçoam tecnicamente o CP, no que diz respeito à aplicação da lei penal e ao fato punível (teoria do delito). Sua característica mais relevante, no entanto, está no abandono do sistema do duplo binário, depois da malograda experiência com as medidas de segurança detentivas para imputáveis, que apareceram, a seu tempo, como uma das grandes inovações do CP de 1940. Adota-se agora, em nossa lei penal, o sistema vicariante (pena ou medida de segurança), naqueles casos em que o agente é semi-imputável. Procuram-se alternativas para a pena privativa da liberdade, com as penas restritivas de direitos. O livramento condicional é favorecido, no caso de condenados primários, de bons antecedentes¹⁰⁰.

Schecaria elenca outras inovações:

A publicação da sentença, por seu caráter infamante, foi extinta e a perda da função pública tornou-se um efeito necessário da condenação criminal. O exílio local também foi extinto em virtude do caráter infamante, e o confisco tratado como efeito da condenação criminal¹⁰¹.

Citando René Ariel Dotti, Schecaria faz registrar lamentando a não adoção da reparação do dano à vítima como pena criminal através da chamada “multa reparatória”¹⁰².

No mesmo sentido Toledo-*verbis*:

As leis de reforma penal cumpriram essas exigências, de modo cauteleso, dentro do possível e de uma certa realidade brasileira. Elaborou-se um rol de penas que vão desde a multa e a simples restrição de certos direitos até a privação da liberdade em regime fechado. Estabeleceu-se a escala de aplicação dessas penas, reservando-se as não privativas da liberdade para as

⁹⁹ COSTA JÚNIOR, Heitor. A reforma da parte geral do Código Penal Brasileiro. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, edição n. 20, 1984, p. 68.

¹⁰⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal* - parte geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993.

¹⁰¹ SHECARIA, Sérgio Salomão e outro. *Teoria da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 45-46.

¹⁰² SHECARIA, Sérgio Salomão e outro. *Teoria da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 47.

infrações de menor importância, as privativas de liberdade para os crimes mais graves e para os delinquentes perigosos ou que não se adaptem, por rebeldia, às outras modalidades de pena. Dentre as penas não privativas da liberdade, acolheram-se as seguintes: **multa**, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana. **Não vingou, entretanto, na Comissão Revisora, contra meu pensamento- diga-se de passagem- a multa reparatória do Anteprojeto de 1981, devido às sérias críticas apresentadas a essa inovação.** (grifo nosso)¹⁰³

No que concerne à pena de multa, avanço legislativo por todos elogiado, não resta dúvidas, foi o retorno do sistema do dia-multa e a pena de multa substitutiva.

Sobre a multa substitutiva, Luiz Regis Prado consigna:

Não olvidou o legislador de 1984 importante avanço científico, ao consagrar a pena de multa como medida de política criminal alternativa, vale dizer como substitutivo da pena privativa de liberdade de até seis meses, observados os critérios dos incs. II e III do art. 44: o réu não for reincidente; e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente, respectivamente¹⁰⁴.

Implacável a lúcida e prudente reflexão de Toledo-*verbis*:

A reforma penal, presentemente, como em outras épocas, decorreu de uma exigência histórica. Transformando-se a sociedade, mudam-se certas regras de comportamento. Isso é inevitável. E que a fisionomia da sociedade contemporânea não é a mesma daquela para a qual se editaram as leis penais até aqui vigentes, é coisa que não deixa margem a dúvidas. A inteligência do homem contemporâneo parece, cada vez mais, compreender que a sociedade humana não está implacavelmente dividida entre o bem e o mal. Mas sim parece estar predominantemente mesclada de pessoas que, por motivos vários, observam, com maior ou menor fidelidade, as regras estabelecidas por uma certa cultura, e de pessoas que, com maior ou menor frequência, contrariam essas mesmas regras. Não há dúvida, porém, que tanto os primeiros como os últimos fazem parte, dentro de uma visão mais ampla, de um certo modo de ser e viver prevalecente em determinada época, modo esse que talvez explique, senão todos, pelo menos um bom número de desvios de comportamento[...]¹⁰⁵.

¹⁰³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 71.

¹⁰⁴ PRADO, Luiz Regis. *Multa penal*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 60.

¹⁰⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 69-70.

Imprescindível trazer à lume reflexão detida de Nilo Batista sobre o sistema penal brasileiro atual, dentro do qual se insere a pena de multa, como medida alternativa à pena privativa de liberdade:

O sistema penal do empreendimento neoloberal tem características que o distinguem do sistema penal do capitalismo industrial, que no caso brasileiro correspondeu historicamente ao Estado do bem estar. Apenas mencionarei algumas dessas diferenças: 1º) sua dualidade: para consumidores ativos, penas alternativas à privação da liberdade, suspensão do processo, sursis, transação penal; para consumidores falhos, encarceramento prolongado neutralizante. O símbolo da primeira face é a legislação dos Juizados Especiais; da segunda face é a legislação dos crimes hediondos; 2º) O abandono da utopia preventivo-especial, própria do Estado de bem-estar, em favor de uma pena privativa de liberdade de segurança; 3º) o vigilantismo (corta-se na carne da privacidade, altera-se o estatuto ético da delação, espiona-se com câmeras e com prêmios; 4º) os novos papéis da mídia¹⁰⁶.

Sempre a frente do seu tempo, por fim, urge registrar Toledo:

Se os penalistas e especialistas brasileiros tiverem, daqui por diante, alguma influência sobre o trabalho legislativo- o que é duvidoso- pode ser que ingressemos na corrente da História, trabalhando, ao lado dos estudiosos de outras nações civilizadas, para a construção de uma verdadeira nova Ciência Penal, com ampliação do elenco das penas alternativas ou substitutivas da privação da liberdade, tendência a meu ver irreversível, reservando-se esta última- a pena de prisão-sobretudo para os crimes de ação violenta. Eis aí o novo Direito Penal: penas privativas de liberdade para os crimes de ação violenta ou para criminosos incorrigíveis; penas de outra natureza, alternativas ou substitutivas da privação da liberdade, nos demais casos. Não vejo solução fora desse quadro, na sociedade contemporânea¹⁰⁷.

¹⁰⁶ BATISTA, Nilo. Novas tendências do Direito Penal. Rio de Janeiro: *Revista Forense* n. 370, p. 143-144.

¹⁰⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. Evolução do Direito Penal. In: *Livro de Estudos Jurídicos*, n. 4. Rio de Janeiro: Ed. Instituto de Estudos Jurídicos, 1992, p. 136.

3.6 A multa no Código Penal original

A pena pecuniária deve ser estabelecida para sancionar delitos considerados menos graves, de acordo com a necessária valoração histórico-cultural que precede à existência do próprio direito positivo.

Antes da Reforma Penal de 1984, o pagamento da multa se dava mediante o denominado **selo penitenciário**, fixando-se valor específico como transgressão aos tipos penais afetos à pena pecuniária, sem vinculação a patamares mínimo ou máximo, à semelhança do que ocorria com o então sistema dia-multa.

Da forma como fora concebido, o selo penitenciário, por consequência, era absolutamente incompatível com qualquer discricionariedade judicial, o que causava, não raras vezes, situações de absoluta iniquidade na sua aplicação, consideradas as condições pessoais do réu e a gravidade do crime.

Não havia a multa substitutiva estatuída no artigo 60, parágrafo 2º do Código Penal em vigor, sendo inconcebível, até então, que a pena de multa fosse aplicada para substituir a pena privativa de liberdade aos crimes cuja pena aplicada não ultrapassasse o patamar de seis meses.

O pagamento da pena de multa em parcelas era admitido, assim como a conversão em prisão quando o réu solvente não a adimplisse, consoante o disposto no artigo 38:

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

Parágrafo único – A conversão da multa em detenção é feita à razão de um centavo por dia, até o máximo de um ano, não podendo, porém, ser ultrapassado o mínimo da pena privativa de liberdade, cumulativa ou alternativamente cominada ao crime.

Inspirada na interpretação sistemática e teleológica, entendemos que dentre as hipóteses de conversão em prisão acima elencadas, a reincidência do réu que contra si fora aplicada a pena pecuniária, deixando de pagá-la, não poderia ser aplicada dissociada de outros fatores, a exemplo da própria insolvência, previsto no artigo 37 e parágrafos do vestuto *codex*.

Assim, havendo regra autorizativa relativamente às involências absoluta e relativa, dispicienda a previsão relativa à reincidência, sob pena de se instaurar direito penal objetivo, sem qualquer parâmetro de constitucionabilidade.

Importante trazer à baila posição do mestre Mayrink acerca da evolução legislativa do artigo 38 do Código Penal de 1940:

Com a modificação introduzida no art. 689,II do Código de Processo Penal, pela Lei n. 6416, de 24 de maio de 1977 (Reforma de 1977), o art. 38 do Código Penal ficou derogado, e desta forma deixava de ser obrigatória a conversão da multa em detenção ou prisão simples, quando o reincidente deixava de pagá-la. No caso de ser possível a execução é que operava a conversão, que não tinha caráter definitivo, podendo ser revogada no momento em que o condenado efetuasse o pagamento ou oferecesse garantia real ou fidejussória¹⁰⁸.

¹⁰⁸ COSTA, Álvaro Mayrink. *Direito Penal* – parte geral. v. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 1676.

4 PENA DE MULTA – GENERALIDADES

4.1 Pena de multa-convenientes e inconvenientes

Atenta aos fins da pena, às funções preventiva ou punitiva e ressocializadora, as penas privativas de liberdade de curta duração são por demais criticada.

Propugnando a abolição do encarceramento por breve tempo há movimento mundial, a exemplo do 6º Congresso das Nações Unidas (resolução 8) e do 7º Congresso das Nações Unidas (resolução 16), oportunidade que aconselhou-se que novas medidas alternativas à prisão fossem efetivadas, que atenção maior fosse dispensada para a reinserção social dos delinquentes, assim como houvesse redução concreta do número de reclusos. Na mesma linha o 8º Congresso da ONU o qual foram redigidas as denominadas “Regras de Tóquio”.

Colhe-se, assim, malefícios, muitas vezes indelévels, na imposição do cárcere por tempo breve.

Resgate histórico fundamental à citação, por Nilo Batista:

No final do século XX, a experiência penitenciária européia já havia convencido os juristas dos inconvenientes das penas curtas, e a direção dos “sub-rogados” e “substitutivos” penais começava a ser explorada. Ainda que o modelo teórico idealista empregado- como em von Listz ou nos positivistas italianos- não renunciasse o mito da ressocialização pelo cárcere, as virtualidades corruptoras e os ônus sócio-familiares das penas curtas constituíram uma evidência empírica muito convincente. Era certamente o primeiro golpe que a grande “pena igualitária” das democracias burguesas sofria, justamente no século de seu apogeu tecnocrático (regimes filadelfiano, auburiano, irlandês: silêncio, trabalho diurno e isolamento

noturno, progressão, “marcas”, etc.) e incontestável implantação como sanção dominante e central[...]”¹⁰⁹.

Citando Maurach, averba Vera Regina:

Maurach, na mesma linha de pensamento de von Liszt, destacou ou inconvenientes das penas curtas, privativas de liberdade, demonstrando que o convívio em ambiente criminoso criava condições para a prática de novos crimes em lugar de obter a correção do delinqüente.

Continua, desta feita, citando o saudoso Roberto Lyra:

Os doutrinadores nacionais, também, posicionaram-se contra as penas breves de prisão. Roberto Lyra enumerou os inconvenientes das penas curtas privativas de liberdade, as quais não atingem a sua finalidade de recuperação, não emendam, não diminuem a capacidade de prejudicar, envolvendo despesas para o Estado, que mantém o condenado, eliminam a noção de dignidade pessoal, levam à falta de amor ao trabalho honesto, culminando num convite à profissionalização do condenado como criminoso¹¹⁰.

Reflexão digna de registro:

A falência da prisão como pena tem levado os estudiosos do Direito Penal a buscar outras respostas para o desafio do sistema correcional vigente. Aí estão as penas alternativas, a colhidas com grande sucesso nas legislações mais avançadas, algumas das quais foram introduzidas em nosso sistema criminal com a Lei nº 7. 209/84.

Entre as medidas capazes de atender às exigências próprias da retribuição e intimidação, sem os inconvenientes da prisão, está a **pena de multa**¹¹¹. (grifo nosso)

Continua o mestre, em outra passagem:

O século passado presenciou o triunfo da pena privativa de liberdade. Sob influência dos filósofos do séc. XVIII, os países civilizados renunciaram à crueldade dos castigos corporais de todos os atrozes suplícios que outrora eram infligidos aos criminosos como expiação de sua culpa. Com o tempo,

¹⁰⁹ BATISTA, Nilo. *Punidos e mal negados*. Rio de Janeiro: Editora Revam, 1990, p. 123.

¹¹⁰ BRAGA, Vera Regina de Almeida. *Pena de multa substitutiva no concurso de crimes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 25-26.

¹¹¹ BATISTA, Weber Martins. *Direito Penal e Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1996, p. 207.

diz Charles Germain, não apenas atenuou o caráter aflitivo da prisão, como se chegou a considerá-la não tanto sob o aspecto negativo da segregação, mas antes sob o aspecto positivo da possibilidade de utilizar tal período com fins de tratamento. E tornou-se corrente ouvir dizer que a execução da pena de prisão tem como fim essencial a reabilitação do prisioneiro, sua emenda e recuperação social.

A esperança honesta ou simulada, de alcançar a “ressocialização”, a “recuperação”, a “readaptação”, a reinserção”, “ a reeducação social”, enfim, novos estágios d’alma, sob as mais variadas designações otimistas, penetrou fortemente em sistemas positivos com proclamações retóricas, como aconteceu nas constituições da Itália, de 1947, na da Espanha, de 1978, em códigos como o suíço, o russo, o brasileiro de 1969, em leis penitenciárias, como a da Espanha, de 1979¹¹².

Frise-se que as penas privativas de liberdade de curta duração devem ser abolidas, sempre que possível do nosso sistema, dando ensejo à aplicação de penas de multa ou restritivas de direitos, ante os inconvenientes indelévels verificados. Nesse sentido:

A preocupação com as penas privativas de liberdade de curta duração tem envolvido, já faz algum tempo, penalistas e criminólogos. Curta para atender à finalidade repersonalizadora, ela é suficientemente longa para conduzir o criminoso primário, pelo contato pernicioso com outros delinquentes, ao mau caminho, de forma a tornar mais problemática a sua ressocialização futura. Arrancado de seu trabalho e do seio de sua família, do convívio saudável dos bons amigos, rompe-se, muitas vezes, o derradeiro freio inibitório que ainda o mantém como pessoa útil á sociedade. Após o cumprimento de uma pena privativa de curta duração, no cárcere, exibirá ele o estigma de ex-presidiário que dificultará o seu acesso a empregos. Muitas vezes, também perderá a esposa pelo caminho da separação, do adultério e do divórcio, e, a partir de então, suas chances de retorno à prisão estarão geometricamente aumentadas. Daí advertir CLAUS ROXIN “não ser exagero dizer que a pena privativa de liberdade de curto prazo, em vez de prevenir delitos, os promove¹¹³.

Arremata, com maestria singular, Magalhães Noronha:

Modernamente, reconheceu-se o valor dessa pena. Substitui com vantagens as privativas de liberdade, quando de pequena duração. Condenado o indivíduo a pena diminuta, não há tempo de se submetê-lo à terapêutica penal, e, ao revés, só se poderá piorá-lo, pois sabemos ser muito mais rápida a influência nefasta e nociva, contaminando-o do que sua recuperação.

¹¹² BATISTA, Weber Martins. *Direito Penal e Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1996, p. 245-246.

¹¹³ PIERANGELLI, José Henrique. Das penas e sua execução no Novo Código Penal. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 23, p. 37.

Todavia, a vantagem não se cifra só nisto. Frequentemente, os crimes são cometidos com objetivos ditados pela cobiça, a cupidez aos bens alheios, e, então, a multa vai ferir o delinquente nesse sentido subalterno. Dói-lhe tirarem-lhe seu dinheiro. Ele, que se seduz e fascina com tanta facilidade pelos haveres de outrem, sente profundamente quanto “lhe levam o seu”, na expressão avoenga do Livro V das Ordenações. A multa tem, pois, a vantagem de atacar o sentenciado nessa paixão anti-social que não deve merecer quartel¹¹⁴.

Relacionado às funções da pena – reprovação e prevenção –, ganha destaque o **princípio da necessidade concreta da pena, o princípio da insignificância penal e o princípio da irrelevância penal do fato** impondo ao juiz a aferição da necessidade da reprimenda penal àquele caso concreto sob exame.

Crítica e reforma das leis vigentes, a medida que preconiza sua modificação e aperfeiçoamento com vistas a beneficiar o réu sempre, pois, *in bonam parte*.

Citando Roxin, ensina Luiz Flávio Gomes:

Roxin reúne na categoria que ele chama de responsabilidade a culpabilidade assim como a necessidade preventiva da pena. Mesmo não acolhendo essa nova categoria do delito desenvolvida pelo autor alemão, parece não haver dúvida que o juiz, ainda que constatada a culpabilidade do agente, não está dispensado de verificar a necessidade concreta da pena (em cada caso). A ele cabe analisar se o interesse estatal em punir o delito tem pertinência ou não.

Em princípio o juiz está autorizado a fazer esse juízo de necessidade nas situações especificamente definidas em lei (casos de perdão judicial, v. g.). Mas por força do disposto no art. 59 do CP, nada impede essa verificação em outras hipóteses¹¹⁵.

Quanto a aplicação do princípio da necessidade concreta nas hipóteses autorizadas em lei, não há qualquer objeção. Contudo, aplicando com base no artigo 59- dosimetria da pena- é situação delicada e perigosa posto investir o julgador em legislador, o que redundaria em uma diversidade, inadmissível, de Códigos Penais no território brasileiro.

¹¹⁴ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal* – parte geral. v. 1, São Paulo: Editora Saraiva, 1980, p. 241.

¹¹⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal* - parte geral. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 47.

Relativamente ao princípio da insignificância penal, ou vulgarmente “bagatela”, segundo melhor entendimento, só haverá tipicidade se houver a mínima agressão ao bem jurídico tutelado, *in casu*, o bem jurídico protegido pela lei penal.

Por fim, quanto ao princípio da irrelevância penal do fato, ou para alguns, infração bagatelar imprópria é, segundo Luiz Flávio Gomes a infração que nasce relevante e, depois, diante do baixíssimo desvalor da culpabilidade tornar-se pena desnecessária ilustrando com o seguinte exemplo:

agente que pratica roubo de um real valendo-se somente de ameaça. A jurisprudência não admite, nesse caso, a aplicação do princípio da insignificância. Logo, o agente é processado normalmente. Se foi preso em flagrante, tem bons antecedentes, já está preso há alguns meses, houve arrependimento, é trabalhador, tem família constituída, etc. , pode ser que a pena se torne desnecessária. Sendo assim, com fundamento no art. 59 do CP, cabe o juiz dispensar a pena , com fundamento no princípio de sua (des) necessidade concreta¹¹⁶.

Data venia, mas não comungamos com a existência do referido princípio no direito penal brasileiro por entender que não há qualquer hipótese autorizativa. Ao revés, o direito penal mínimo, como um dos instrumentos de controle social, deve ser pautado pelo discurso franco impondo regras proibitivas, e **concessivas**, previamente, isto é, antes da ocorrência no mundo fenomênico do ilícito.

Do contrário, estaria sendo delegada a função legiferante ao Estado-Juiz deflagrando processo corrosivo, sem limite, no direito penal brasileiro.

¹¹⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal* - parte geral. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 48.

4.2 Princípios aplicáveis

4.2.1 Princípio da responsabilidade pessoal

O princípio da responsabilidade pessoal, também conhecido como princípio da personalidade ou da intranscendência da pena, constitui nota marcante da sanção penal. A pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos e a pena de multa, portanto, não poderão ser imputadas à pessoa diversa do réu, em uma ação penal.

A Constituição da República de 1988, refratando disposição de outras Cartas Magnas, no título “dos direitos e garantias fundamentais”, em seu artigo 5º, inciso XLV dispõe-*verbis*:

Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a **obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens** ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido. (grifos nossos)

Diante do dispositivo legal retro transcrito, indagar-se-ia: o princípio da pessoalidade penal estaria sendo excepcionado para agasalhar as duas hipóteses- obrigação de reparar o dano e decretação de perdimento de bens- nele mencionado?

De forma negativa, a qual comungamos, Alexandre Moraes:

O princípio da intransmissibilidade ou intransmissibilidade da pena também se aplica em relação à obrigação de reparar o dano, bem como quanto à decretação do perdimento de bens. A norma constitucional somente permite que essas duas medidas sejam estendidas aos sucessores e contra eles executadas,

até o limite do patrimônio transferido em virtude da herança, nunca, portanto, com prejuízo de patrimônio próprio e originário dos mesmos¹¹⁷.

Observe-se, outrossim, que a **pena de multa** não se encontra encartada nas exceções acima grifadas porque o texto constitucional ressaltou, apenas, a obrigação de reparar o dano (dano *ex delicto*) e a decretação da perda de bens como hipóteses autorizativas do patrimônio do réu ser atingido após a sua morte.

Nessa linha, afirma-se:

O princípio da pessoalidade ou responsabilidade pessoal é expresso na Constituição em seu art. 5º, inc. XLV e também tem sua origem no Iluminismo. Segundo tal dispositivo, previsto nas principais Declarações de Direitos e nas Cartas brasileiras, nenhuma deverá passar da pessoa do condenado. Assim, ninguém responderá por um crime se não o tiver cometido ou ao menos colaborado com a sua consumação. A Constituição da 1988, porém, ampliou e inovou o princípio ao reunir a garantia penal com a civil, que prevê a reparação do dano no mesmo dispositivo constitucional¹¹⁸.

A Constituição assegura, inclusive, que a proteção dos direitos fundamentais seja efetivada de forma suplementar pela legislação infraconstitucional, consoante disposto no artigo 5º, inciso XLI- *verbis*: “A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Apresentando importante histórico acerca do princípio da responsabilidade pessoal, inciso XLV da Constituição da República em vigor, leciona Luiz Vicente Cernicchiaro:

A primeira parte do artigo- nenhuma pena passará da pessoa do condenado- é tradicional em nossas Constituições, cuja alteração literal não afeta a substância. A Constituição de 1824, art. 179,§20º;Constituição de 1891, art. 72,§19º;Constituição de 1934, art. 113,§28º;Constituição de 1946, art. 141,§3º;Constituição de 1967, art. 153,§13º. A Constituição de 1937 fora omissiva.

¹¹⁷ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Ed. Atlas, 2000, p. 234.

¹¹⁸ SHECARIA, Sérgio Salomão e outro. *Pena e Constituição* – aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 29.

A segunda parte somente agora é tratada na Lei Magna. Até então, constava da lei ordinária. Ver-se-á (cf. "Conceito"), o constituinte reuniu em um só dispositivo a garantia penal e a garantia civil¹¹⁹.

Escorço histórico, digno de registro, por Nilo Batista, se torna indispensável:

Quando lemos hoje, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 5,1,3) ou em nossa Constituição (artigo 5º, inciso XLV), proibições de que a pena ultrapasse a pessoa do delinqüente, o quando encontramos no Código Penal regras que não só, relacionando-se àquelas proibições, circunscrevem a imputação objetiva de resultados (como o art. 13 CP) mas também exigem a intervenção seja de uma vontade consciente, seja de uma relevante negligência (como os artigos 18 e 19 CP), devemos compreender que um longo processo, certamente inconcluso, transformou radicalmente as bases da responsabilidade pessoal. O ponto mais importante desse processo é a produção histórica do princípio da culpabilidade.

E em outra passagem:

Em segundo lugar, temos a personalidade da responsabilidade penal, da qual derivam duas conseqüências: a intranscendência e a individualização da pena. A intranscendência impede que a pena ultrapasse a pessoa do autor do crime (ou, mais analiticamente, dos autores e partícipes do crime). A responsabilidade penal é sempre pessoal. Não há, no direito penal, responsabilidade coletiva, subsidiária, solidária ou sucessiva. Nada pode, hoje, evocar a infâmia do réu que se transmitia a seus sucessores [...] ¹²⁰.

Na Constituição lusitana, há dispositivo com teor similar, segundo o artigo 30º

verbis:

As penas são insuscetíveis, estando sujeitas ao princípio da pessoalidade, o que implica: a) extinção da pena e do procedimento criminal com a morte do agente; b) proibição da transmissão da pena para familiares, parentes ou terceiros; c) impossibilidade de sub-rogação no cumprimento das penas.

Antolisei, tecendo comentários sobre o caráter personalíssimo da pena, finaliza com maestria:

¹¹⁹ CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 89.

¹²⁰ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica do Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Renavan, 2001, p. 102-104.

È personalissima (c. d. personalità della pena) ; essa colpisce soltanto l'autore del reato. Questo principio è un risultato del progresso umano, perché nelle epoche passate la pena si infliggeva non poche volte a persone estranee al fatto criminoso: ai componenti del gruppo sociale o della famiglia a cui il reo apparteneva. Un residuo di questa iniqua estensione della pena si riscontra ancora nelle rappresaglie di guerra e politiche.

Il carattere strettamente personale, assunto dalla pena, ha portato all'abolizione di sanzioni, come la confisca del patrimonio, che si ripercuotevano direttamente sui congiunti del reo e all'affermazione del principio generale per cui la pena si estingue con la morte del colpevole¹²¹.

Impende salientar, também, a importância, na aplicação da pena, para os Princípios da legalidade, da irretroatividade da lei penal, da individualização da pena, da proporcionalidade (Beccaria já sustentava em seu tempo- 1764), da humanidade (5º, III CF), da dignidade, da necessidade concreta da pena, da suficiência (se a pena menos aflictiva for suficiente, não se deve aplicar a mais gravosa e para o princípio da inderrogabilidade.

Sintetiza, com clareza, o Professor Romeu:

O princípio da legalidade aplica-se às penas, já que deve a reprimenda estar prevista em lei (CP, art. 1º), dirigindo-se a todos como advertência: a pena deve ser imposta ao infrator, não podendo atingir pessoa inocente de modo direto, o que representa a característica da personalidade; a pena deve ser proporcional ao delito, ou seja, representando retribuição pelo mal causado pelo crime, deve ser compatível com a gravidade do ato praticado; finalmente, aponta a doutrina a característica denominada inderrogabilidade penal, que se resume na certeza de punição. Diz Noronha (*Direito penal*, cit, v. 1) que a eficácia do sistema depende mais da certeza de punição que da severidade das penas prevista¹²².

4.3 Sanção penal e sanção civil

Antes de adentrarmos no complexo da pena pecuniária, fundamental estabelecer a distinção entre sanção civil e sanção criminal.

¹²¹ ANTOLISEI, F.. *Manuale de Direito Penale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1997, p. 697.

¹²² SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Curso completo de Direito Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 81.

Não só a sanção penal, mas também a sanção civil decorre da transgressão a um ilícito que, em sentido lato, é a transgressão ao ordenamento jurídico.

Assim, o ilícito é o gênero que ganhará especificidades de acordo com a espécie de lesão.

Discutirá-se reparação civil por danos materiais (lucros cessantes e/ou danos emergentes) e danos morais na esfera cível examinando-se, fundamentalmente, o resultado, já que a indenização deflue, necessariamente, do prejuízo efetivo, e não de sua potencialidade.

No Juízo Criminal, outrossim, a conduta ganha destaque especial, sendo relevante a análise da potencialidade da conduta criminosa – comissão ou omissão – porque poderá ter sido objeto de tipificação penal pelo legislador. A sanção penal decorre, portanto, da resposta prolanada da sociedade pela prática delitiva.

Com propriedade, Jair Leonardo Lopes:

O fato, para vir a ser punível, como foi dito de início, há de consistir, antes de tudo, em um dano ou probabilidade do dano a um dos bens ou valores objeto de proteção.

O dano, como definiu Heleno Cláudio Fragoso, “é a alteração prejudicial de um bem: a destruição, subtração ou diminuição de um bem: o sacrifício ou restrição de um interesse jurídico.

O perigo é a probabilidade do dano. Esta probabilidade se deduz da experiência do que comumente acontece. Antolisei, com a clareza que lhe é peculiar, ensinou que a doutrina moderna liga o perigo ao conceito de probabilidade que é uma das noções a que se recorre mais freqüentemente nos juízos da vida humana. Como é sabido, a probabilidade é uma conjectura que se funda sobre a “experiência dos casos semelhantes”. Uma vez que proceder dos fenômenos da natureza existe uma uniformidade constante, é possível sobre a base da experiência, estabelecer *a priori* a capacidade de um fato para causar um outro fato¹²³.

¹²³ LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal* - parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 103.

4.4 Sanção penal – características da pena – norma penal

A norma penal se constitui no comando legislado de direito penal que, em seu conjunto, integra o direito positivo.

A existência do direito positivo, outrossim, se afigura garantia em favor das pessoas.

De outra feita, através da norma penal é possível identificar a valoração por ela acolhido e, por conseguinte, identificar, controle social exercido pelo Estado.

As normas penais em sentido estrito possuem preceito primário com identificação da conduta, mediante valoração negativa, v.g. a exemplo do “não matarás” que constitui figura típica do artigo 121 do Código Penal – “matar alguém” e preceito secundário com imposição de pena isolada ou cumulativa, eleitas dentre as espécies cominadas no artigo 32 do Código Penal.

As normas penais em sentido amplo não possuem preceito secundário, posto serem explicativas ou autorizativas, a exemplo, respectivamente, do artigo 128 do C.P., quando o aborto não é punido e do artigo 327 do C.P., que estabelece o conceito de funcionário público para fins penais.

Assim, é errado afirmar que a norma penal não prescinde de sanção, como também errada a afirmação de se tratarem de normas penais incompletas.

Como normas penais incompletas encontramos todas as que demandam complementação, da mesma ou diversa instâncias legislativas, apenas do preceito primário, isto é, da conduta a que se imputa resposta penal. Neste caso, trata-se das normas penais em branco. Exemplo típico de norma penal em branco, outrossim, são as que indicam as espécies de substâncias entorpecentes para fins de aplicação, principalmente, dos artigos 12 e 16 da Lei

n. 6368/76, que dispõe sobre as medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências.

Imprescindível, citar Aníbal Bruno, ao certo, uma das maiores autoridades no assunto:

Norma penal é a norma de Direito em que se manifesta a vontade do Estado na definição dos fatos puníveis e cominação das sanções. Definida assim, é a norma incriminadora, norma penal em sentido estrito. Mas normas penais são também aquelas que completam o sistema penal com os seus princípios gerais e dispõem sobre a aplicação e os limites das normas incriminadoras.

Como toda norma jurídica, a norma penal compreende o preceito e a sanção; o preceito, que contém o imperativo de proibição ou comando, e a sanção, que ameaça de punição a violação do preceito. No preceito se exprime a vontade estatal de estender a determinados bens jurídicos a proteção penal, proibindo ou ordenando atos, em conformidade com essa proteção; na sanção manifesta-se a coercibilidade do preceito, que é uma das características da norma jurídica. São dois termos que se prendem indissoluvelmente um ou outro, para integrar a unidade de conteúdo da norma de Direito.

Na norma penal moderna, o preceito está geralmente implícito; o que vem expresso é a sanção e o seu pressuposto. Já não se encontram nos códigos atuais os comandos diretos *não matarás, não furtarás*, como nas legislações antigas. A técnica legislativa que hoje se emprega constrói a norma penal segundo um fórmula que supõe a infração do preceito e comina a respectiva sanção-matar *alguém, tal pena*; em vez de enunciar o preceito, constrói a figura típica do crime que constitui a sua transgressão. A lei penal em conjunto é essencialmente um quadro de tipos delitivos, com as penas correspondentes e os princípios que regulam o sistema. É na descrição desses tipos delitivos com a ameaça da sanção que lhes corresponde, que está implícito o preceito¹²⁴.

As normas penais caracterizam-se, outrossim, por serem gerais e dotadas de abstração. São, também, coercitivas, já que não se trata de simples preceito de ordem moral e imperativas. Característica singular da norma penal é a sua inderrefragabilidade, isto é, não pode ser suprimida, ou reduzido seu alcance, por obra do seu aplicador.

¹²⁴ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal* – parte geral. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003, p. 117-118.

Nessa linha, indispensável a lição eternizada de Heleno Cláudio Fragoso¹²⁵:

O direito é um conjunto de regras de conduta impostas coativamente pelo Estado. Tais regras chamam-se normas jurídicas. As normas jurídicas caracterizam-se por emanarem do Estado; pelo seu caráter de generalidade e abstração (no sentido de constituírem uma regulamentação genérica de relações ou fatos, sem referência a casos concretos); pela sua bilateralidade, já que estabelecem sempre direitos e correspondentes deveres jurídicos; pela sua coercibilidade e imperatividade. São normas asseguradas coativamente pelo poder público, constituindo um conjunto de imperativos dirigidos aos súditos. Caracterizam-se ainda as normas jurídicas por sua irrefragabilidade, o que significa que somente através de outra norma jurídica poderão deixar de ser aplicadas.

Por fim, citando Binding, registra Kaufmann:

Binding considera que son tareas de la ley penal:

- 1) determinar cuáles son las normas cuya violación requiere pena,
- 2) establecer en qué medida las violaciones de normas son crímenes, ya que sólo excepcionalmente las violaciones culpables de normas se presentan como punibles,
- 3) asignar a los distintos crímenes y , dentro de un mismo género de crímenes, a las distintas manifestaciones de aquéllos, el grado de punibilidad, es decir, la correspondiente pena, según la gravedad de los delitos.

Las leyes penales determinan, pues, qué delito es punible y cómo ha de ser medida la pena. Binding llama al delito punible crimen¹²⁶.

Sobre a prisão privativa de liberdade, registre-se:

Montesquieu assinala que os templos eram os refúgios dos delinquentes, sobretudo na Grécia, onde os homicidas, expulsos da cidade e da presença dos homens, não tinham outro asilo senão os templos, nem outros protetores senão os deuses. Referindo-se a Tácito, diz que “os magistrados tinham dificuldades para exercer a função de polícia, pois o templo protegia os crimes dos homens, como as cerimônias dos deuses.

O templo permitia o delincente sobreviver, Se a prisão é considerada uma suavização da pena de morte, como vimos, também constitui nesse sentido um refúgio. Entretanto, o templo cumpria a mesma função que a prisão atual: ocultar o delincente, ocultá-lo de nossos olhos. A lei mosaica considerava inocentes os homicidas voluntários mas os ocultava aos olhos

¹²⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal* - parte geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993, p. 73.

¹²⁶ KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1977, p. 19.

dos pais do morto. Seguindo Montesquieu, poderíamos aventar que, assim como no templo se protege a cerimônia divina, na prisão se protege o delinqüente (não seria a sociedade a protegida, como usualmente se afirma,mas sim o delinqüente)¹²⁷.

¹²⁷ MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 41.

5 PENA DE MULTA

5.1 Conceito e natureza jurídica

A pena de multa consiste na condenação, em determinada soma em dinheiro, pela transgressão a um tipo penal. Trata-se de preceito secundário do tipo penal, isto é, trata-se de pena cominada a determinados tipos penais de gravidade menos expressiva no contexto social.

Costa e Silva, citado por Heleno Cláudio Fragoso, em bom momento, afirma que a pena de multa não consiste no pagamento, já que esse é sua execução¹²⁸.

Pela natureza jurídica da multa, pode-se afirmar que é pena pecuniária e, portanto, sanção de natureza penal, regida pelos princípios publicísticos da matéria.

Eventual correção monetária, saliente-se, não descaracteriza a natureza dessa espécie de pena sob o pretenso argumento de violação ao princípio da anterioridade da lei penal, eis que dita correção dar-se-á, também, por lei.

Nesse sentido, averba Jair Leonardo Lopes:

Além do mais, o valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária (& 2, do art. 49).

Poder-se-ia supor que esta correção monetária viria ferir o princípio da anterioridade da lei, contudo, em reflexão mais detida, ver-se-á que, em verdade, a regra é respeitada, porque a previsão da correção está na lei e aplicar-se-á aos fatos que se verificarem após a sua vigência¹²⁹.

¹²⁸ Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal* - parte geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993, p. 315.

¹²⁹ LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal* - parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 194.

Importante, também, destacar que a pena de multa, não raras vezes é objeto de críticas sob o argumento de não se coadunar com o princípio da isonomia, eis que os transgressores do tipo penal que forem detentores de situação econômica mais privilegiada serão beneficiados, já que, seguramente, não irão quedar-se inadimplentes, ao contrário da grande camada economicamente pobre que se encontrar na mesma situação jurídico-penal.

A situação se agravava, outrora, quando havia a previsão de **conversão da pena de multa** inadimplida em **pena privativa de liberdade**¹³⁰. Nesse caso, ficava mais evidente a quebra da isonomia.

Nesse sentido, Fragoso:

As vantagens da pena de multa são evidentes, precisamente porque não retira o condenado de seu círculo social, permitindo individualização de acordo com a sua situação econômica. O principal argumento contra a pena de multa é o de que ela atinge diferentemente os pobres e os ricos. É verdade também que ela afeta a família do condenado, mas, como observa Jescheck, a pena de prisão tem, sobre aquela, efeito muito mais grave. **A conversão da multa em pena de prisão igualmente revela desigualdade manifesta em prejuízo dos pobres.** Na União Soviética, a conversão da multa é proibida. **Essa conversão, no entanto, é o que caracteriza a multa como pena criminal distinguindo-a das sanções do direito administrativo ou fiscal.** O sistema de dias-multa, que permite uma individualização mais adequada, serve para diminuir a desvantagem da desigualdade entre pobres e ricos, que é afinal, uma característica de todas as penas¹³¹. (grifos nossos)

Sucedo, porém, que a Lei n. 9268, de 1 de abril de 1996, alterando o artigo 51, e seus parágrafos, do Código Penal, **proibiu a conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade**, tornando, inclusive, a pena de multa em dívida de valor. Assim, eventual inadimplemento a cargo do condenado não redundará em acréscimo de pena

¹³⁰ Relembre-se que o direito à liberdade é encartado entre os de 1ª geração. Assim, averba Bonavides: “Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade, traduzem-se como faculdade ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1994, p. 517.

¹³¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal* - parte geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993, p. 314-315.

privativa de liberdade, senão na formação de título executório para cobrança do valor devido, em dinheiro, aos cofres do fundo penitenciário.

Exsurge daí questão de alta indagação relativa à natureza jurídica da pena de multa após a inovação legislativa sob comento.

Ousamos divergir do Professor Fragoso, inobstante ter falecido em período anterior à publicação da Lei n. 9268/96, vez que entendemos que a conversão ou não conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade não é o que, primordialmente, caracteriza a sanção penal. De outra feita, a conceber essa característica como fundamental à caracterização da natureza penal, chegar-se-ia à conclusão de, hoje, existir a multa penal como sanção civil ante à revogação do parágrafo segundo do artigo 51 do Código Penal, o que seria inconcebível.

O caráter publicístico da pena de multa permanece incólume, mesmo diante das últimas alterações legislativas, vez que todos os princípios de natureza penal continuam sendo aplicados, merecendo especial destaque para o princípio da intranscendência da pena.

5.2 Sistemas

Os sistemas clássico, temporal e de dias-multa são apontados como os principais no estudo da multa.

Assim, o sistema clássico de multa, também conhecido como sistema de multa total ou global, é o que atribui ao magistrado o dever de fixar o *quantum*, de forma objetiva, o valor devido. Deve, contudo, pautar-se em limites estabelecidos pelo legislador ordinário,

mediante a necessária fundamentação quanto à existência de circunstâncias atenuantes e agravantes, o grau de culpa e a situação econômica do condenado.

Por constarem, em abstrato, de valores especificados, em países de economia inflacionária e intenso déficit da moeda nacional, tal sistema se torna inócuo ante a consequente defasagem.

Nesse sentido, Alberto Silva Franco:

Tal sistema possui, sem dúvida, diversos inconvenientes. Os valores da pena pecuniária, prefixados em abstrato, mostram-se rapidamente desatualizados nos países de estrutura econômica instável. O processo inflacionário corrói, com extrema velocidade, tais valores, de forma que a carga aflitiva, que deve estar ínsita na pena pecuniária, perde, a curto prazo, todo e qualquer significado, transformando-a numa sanção inteiramente desmoralizada. O apelo ao critério de atualização monetária ofende ao princípio da legalidade e a única fórmula salvadora para o sistema seria a de uma contínua e vigilante atuação legislativa- o que não ocorre na realidade- para efeito de não descaracterizar as finalidades precípuas da pena pecuniária. Por outro lado, o próprio critério de limitar abstratamente, no mínimo e no máximo, a quantidade de pena pecuniária pode conduzir à determinação de pena socialmente injusta. O máximo pode representar uma ridícula em relação a pessoas de rendas altíssimas ou de patrimônio avantajado e o mínimo, um exagero absurdo, no que tange a pessoas de escassos ou mínimos recursos e de nenhum patrimônio [...]¹³².

Quanto ao sistema temporal de multa, também conhecido como o de multa escalonada, pode-se afirmar que há absoluta correspondência temporal com a pena privativa de liberdade. Assim, a condenação inerente à reclusão, ou detenção, do condenado deverá guardar identidade com a pena pecuniária.

Assevera Luiz Regis Prado:

Por esse sistema, a pena de multa é fixada em um número preciso de dias, semanas ou meses-tipo correspondentes a cada delito. O magistrado individualiza *in concreto* a quantia equivalente a cada tipo, segundo as

¹³² FRANCO, Alberto Silva. *Temas de Direito Penal* – breves anotações sobre a lei 7. 209/84. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 165-166.

condições pessoais e econômicas do autor, reservando-lhe um mínimo indispensável à sua manutenção e à de sua família¹³³.

5.2.1 O sistema de dia-multa

Considerado como um sistema moderno para à sua época, o sistema de dia-multa é criação brasileira, não obstante haja quem atribua à sua existência inspiração ou sucessão do sistema nórdico ou escandinavo na fixação do dia-multa.

O Código Criminal do Império, registre-se, publicado sob a vigência da Constituição de 1824, de forma rudimentar, já previa o sistema do dia-multa no artigo 55-*verbis*:

A pena de multa obrigará os réos ao pagamento de uma quantia pecuniária que será sempre regulada pelo que os condenados puderem haver em cada um dia pelos seus bens, empregos ou industria, quando a lei especificadamente a não designar de outro modo.

Nesse diapasão, impera Cézair Bitencourt:

Não têm razão Cuello Calón, Jescheck, Sebastian Soler, Mapelli Caffarena e tantos outros, quando afirmam que o critério dias-multa é um sistema nórdico e atribuem a sua criação ao sueco Johan C. W. Tyren, com seu projeto preliminar de 1916.

Quase um século antes, o Código Criminal do Império, em 1830, criou o aludido dias-multa, que foi mantido no primeiro Código Penal republicano de 1890 e na Constituição de Piragibe. Também é verdade que o Código Criminal do Império regulava o instituto de forma defeituosa, o que não invalida sua iniciativa pioneira. O art. 55 do referido diploma legal dispunha: “A pena de multa obrigará os réus ao pagamento de uma quantia pecuniária que será sempre regulada pelo que os condenados puderem haver em cada um dia pelos seus bens, empregos ou indústria, quando a Lei especificadamente não a designar de outro modo.

A legislação brasileira antecipou-se, assim, não só à proposta de Von Listz, no Congresso da União Internacional de Direito penal de 1890, como também ao projeto de Thyren. O que ocorreu efetivamente foi que Finlândia (1921), Suécia (1931) e Dinamarca (1939) adotaram, desenvolveram e aperfeiçoaram o sistema, daí ter ficado conhecido como um sistema nórdico. Tanto é verdade que o próprio legislador brasileiro na Exposição de Motivos do Código Penal de 1969 reconheceu-o, equivocadamente, como escandinavo. Em realidade, o sistema dias-multa é genuinamente brasileiro.

¹³³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. v. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 516.

Mais recentemente passaram a adotar o sistema dias-multa várias legislações, tais como Costa Rica em 1971 (art. 53), Bolívia em 1972 (art. 29), Áustria em 1975 (art. 19), Alemanha Ocidental em 1975 (art. 40) e Portugal em 1982 (art. 46)¹³⁴.

O valor do dia-multa deve refletir a situação econômico-financeira do réu e, de outra feita, o número de dias-multa deve refletir a gravidade do tipo penal violado.

A denominada Reforma Penal- Lei n. 7209/84 alterou o então disposto no artigo 43 do antigo *codex*- atual artigo 60 – aditando o advérbio “principalmente”.

Assim, *verbis*: “Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, **principalmente**, à situação econômica do réu”.

Ora, desta forma, estar-se-ia impondo prevalência de um dos critérios, que é o inerente à situação econômica do réu. Parece-nos clara a posição do legislador.

Nesse contexto, segundo Mirabete, grassa dissídio doutrinário:

O disposto no art. 43 da lei anterior, reproduzindo o art. 60 da lei vigente, deu margem a duas correntes jurisprudenciais. Em uma primeira posição entendia-se que a pena de multa deveria ser imposta tendo em vista apenas a situação econômica do condenado e não as outras circunstâncias, como a natureza do crime, a reincidência, os maus antecedentes, etc. Não se acompanharia, assim, a exacerbação da pena privativa de liberdade por outras circunstâncias, e se permitiria a aplicação do máximo da pena prevista quando de sentenciado abastado, independentemente de outros fatores. De outro lado, afirmava-se que a condição econômico-financeira é de ser levada principalmente (e não unicamente) em conta, devendo a dosimetria da pena pecuniária atender também a outras circunstâncias, em paralelismo com a pena privativa de liberdade.

Quanto à nova lei, deve-se aceitar irrestritamente a segunda orientação. Não bastasse o advérbio utilizado pelo legislador – principalmente-, **é evidente que a pena de multa deve atender também à natureza do crime, já que não há mais, na parte especial, limites mínimos e máximos abstratamente considerados para cada tipo penal.** Não atende aos princípios da justiça fixar-se a multa tendo em vista apenas a condição econômica do sentenciado sem atender a gravidade do crime por ele praticado. Pela mesma razão devem ser consideradas também as demais

¹³⁴ BITENCOURT, César Roberto. *Manual de Direito Penal* - parte geral. v. I. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 495.

cricunstâncias do crime para se aferir a culpabilidade do sentenciado, bem como a necessidade da maior prevenção e repressão penal. (grifo nosso)

Importante reflexão aqui se consigna:

O legislador, embora tenha atribuído ao sistema do dia-multa uma configuração bifásica, não foi suficientemente explícito na enunciação dos parâmetros que devem reger a atividade do juiz nas duas etapas de individualização, dando até a inequívoca impressão de que estabeleceu critério único. A tanto conduz, sem dúvida, a leitura apressada do art. 60 da Parte Geral do Código Penal, em que ficou consignado que, na fixação da pena de multa, o juiz deve atender principalmente à “situação econômica do réu”. A acolhida desse parâmetro, quer para a quantificação do número de dias-multa, quer para a fixação do valor de cada dia-multa, pode gerar situações distorcidas e de manifesta injustiça, não apenas na aplicação do Código Penal, como também nas regras do Código de Trânsito, posto que em ambos os sistemas há coincidência de dispositivos regulamentares do tema.

A dupla incidência do critério leva a punir com um número maior de dias-multa e com um valor maior de cada dia-multa o agente que possua uma situação econômica mais favorável, embora tenha praticado fato de mínima relevância e a sancionar com o número mínimo de dias-multa e com o valor menor de cada dia-multa quem esteja em situação econômica deteriorada, apesar de ter realizado delito de enorme gravidade. Bem por isso deve o intérprete recorrer a parâmetros diversos em relação a cada fase individualizadora.

Seja para aplicação da pena de multa criminal propriamente dita, seja para a fixação da pena de multa reparatória, os critérios não podem ser colidentes entre si. No que tange ao número de dias-multa, o parâmetro mais adequado não é o da “situação econômica do réu”, mas, sim, o do art. 59 da Parte Geral do Código Penal. Assim, para fixar o número de dias-multa, entre o mínimo de 10 dias-multa e o máximo de 360 dias-multa, nada melhor do que chamar à colação as regras arroladas no ordenamento penal para a individualização da pena privativa de liberdade e que eram extensíveis à pena restritiva de direitos e o são agora também para a pena de multa reparatória¹³⁵.

Alberto Silva Franco faz registrar crítica ao sistem do dia-multa:

O sistema do dia-multa contém, contudo, perigos e pode apresentar inconveniências. Se, no balanceamento das fases em que se desdobra a aplicação da pena pecuniária, o juiz permitir que, na determinação do número de dias-multa, se infiltre, como fator preponderante, o critério da situação econômica do agente, a pena pecuniária que poderá advir desta atitude será profundamente injusta. Assim, seria de todo incompreensível a aplicação do número máximo de dias-multa em relação a uma pessoa que praticou ação criminosa de pequena gravidade embora possua rendas

¹³⁵ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Crimes de trânsito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 136.

elevadas ou vasto patrimônio. Tal observação evidencia o perigo a que pode conduzir o sistema e deixa patente a importância de não sofrer o primeiro estágio de determinação da pena pecuniária a influência da condição econômica do agente. Por outro lado, o sistema do dia-multa mostra-se impróprio, por ser particularmente aflitivo, em relação a pessoas de rendas escassas ou de nenhuma renda. Nessas hipóteses a pena pecuniária não tem, na realidade, condições de aplicabilidade. Bem, por isso, Zaffaroni pleiteia que haja outros meios substitutivos da própria multa quando não possa ela ser aplicada porque incobrável. Por fim, o ponto mais vulnerável do sistema reside nas dificuldades para a verificação das condições econômicas e pessoais do agente, dificuldades que só poderão ser removidas através de uma atuante intervenção judicial para a apuração dessas condições. No entanto, mesmo com os inconvenientes apontados, é de se reconhecer que o sistema do dia-multa, se comparado com o da multa global, constitui sem dúvida um paradigma de mensuração sob qualquer aspecto mais preciso, mais completo e mais evolvido¹³⁶.

Discordamos, contudo, do entendimento acima esposado por entender que a atenção prioritária às condições econômicas do réu, ao contrário, auxilia na redução de situações iníquas e atende, por conseguinte, ao princípio da isonomia ante às naturais diferenças sócio-econômicas das pessoas.

Quanto à adoção dos mesmos critérios para quantificação da multa penal serem os mesmos da multa reparatória, *data venia*, não concordamos porque são institutos absolutamente diversos. A multa reparatória é **sanção de natureza civil** porque antecipa valores inerentes à reparação civil diante, todavia, de critérios perfunctórios e mediante a iniciativa da parte interessada. O destino da receita, ao contrário da pena de multa, não será o cofre estatal, como, inclusive, apresentamos maiores delongas em linhas próximas.

Questão interessante e de importância prática diz respeito à forma de quantificar o dia-multa, vez que o Código Penal apenas impôs a fixação mínima – 10 dias – multa – e a máxima – 360 dias-multa.

¹³⁶ FRANCO, Alberto Silva. *Temas de Direito Penal* – breves anotações sobre a lei 7. 209/84. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 171.

Dentro desses limites, indagar-se-ia: como o aplicador da lei penal irá fixar o número de dias-multa, isto é, quais critérios devem norteá-lo para sopesar o exato quantitativo de dias-multa aplicável ao caso concreto?

Fernando Capez, com propriedade aponta três posições a respeito do critério ideal para a fixação do dia-multa, apresentando, ao final, posição a respeito a qual nos filiamos:

a) para a primeira, deve-se levar em conta a capacidade econômica do condenado: quanto mais rico, maior o número de dias fixado (CP, art. 60);

b) para a segunda, utiliza-se o mesmo critério para a fixação da pena privativa de liberdade, previsto no art. 68, caput, do Código Penal: partindo do mínimo, o juiz levará em consideração as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal; em seguida, as agravantes e atenuantes genéricas; e, numa última fase, fará incidir as causas de aumento e diminuição (critério trifásico);

c) para uma terceira, o número de dias-multa é fixado de acordo com a culpabilidade do agente, mas levando em conta apenas o art. 59, *caput*, do Código Penal, que equivaleria à primeira fase de fixação da pena.

Nossa posição: até a entrada em vigor da Lei n. 9268/96, entendíamos que a posição mais correta era a segunda (sendo também aceitável a terceira), uma vez que, em caso de conversão, cada dia-multa corresponderá a um dia de detenção. Nesse caso, haveria injustiça, pois o rico ficaria mais tempo preso do que o pobre. Com a alteração legislativa e a impossibilidade de conversão da multa em pena privativa de liberdade, acabou o grande argumento para dosar o número de dias-multa de acordo com a culpabilidade. Assim, atualmente, entendemos que somente deve existir um critério tanto para o cálculo do número de dias-multa quanto para a aferição do seu valor; o fixado pelo art. 60, caput, do Código Penal, ou seja, principalmente a capacidade econômica de cada condenado¹³⁷.

Comentando o sistema anterior, averba Pierangelli:

Para nós, a adoção do dia-multa apresenta muitas vantagens sobre o sistema vigente, principalmente com o esquema de atualização estabelecido. São notórias as desvantagens que cercam essa espécie de reação penal. Contudo, se bem administrada, poderá a pena pecuniária se constituir em valioso recurso substitutivo da pena privativa de liberdade¹³⁸.

¹³⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal - parte geral*. v. I. São Paulo: Editora Saraiva, 2000. p. 381.

¹³⁸ PIERANGELLI, José Henrique. Das penas e sua execução no Novo Código Penal. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 23, p. 41.

O critério de fixação do valor do dia-multa, acreditamos, outrossim, ser o mais indicado para a correta identificação do número de dias-multa por ser mais eqüânime e mais coerente com a nova legislação em vigor.

5.2.2 Outros sistemas

De importância histórica, cite-se o sistema clássico e o sistema temporal na fixação da pena de multa.

O sistema clássico, ou da multa global, autoriza o juiz à fixação da pena de multa mediante valor único, com base na gravidade do delito e na situação econômica do réu. Dois são os critérios, pois, que devem nortear o magistrado na identificação do *quantum* devido.

Ao final chega-se a soma aritmética correspondente à denominada multa global, que é fixada em pecúnia, e não em valores referenciais.

Esse sistema foi criticado, a nosso ver com razão, ante à possível defasagem da moeda corrente do país, que redundaria na completa ineficácia da pena de multa, porquanto não passível de atualização.

Apesar de hoje, o Brasil ter experiência de relativa estabilização da moeda com o “real”, fato certo que é conhecido como país de experiência de altos índices inflacionários e de economia vacilante e instável. Daí porque não ser o melhor sistema a ser adotado.

O sistema temporal, ou da multa escalonada, ao revés, estabelece a pena de multa adotando-se critérios relacionados ao padrão de vida econômico do condenado, o que ensejará dilação probatória para a correta fixação da base pela qual a pena de multa deve incidir.

A seu turno, referida dilação probatória se torna incompatível com os fins supremos do processo penal, a par da sua grande relatividade. O resultado final, pois, poderá ser iníquo, o que a nosso ver também é um sistema falho.

5.3 A multa como substitutivo às penas privativas de liberdade

Avanço ímpar no direito penal brasileiro, sensível aos malefícios que as penas privativas de liberdade de curta duração provocam ante as marcas, muitas vezes indeléveis, provocadas com o encarceramento, a substituição por multa às penas privativas de liberdade aplicadas em período não superior a seis meses é medida consentânea ao movimento de política criminal do mundo, como já dispunha o Código Penal no parágrafo segundo do artigo 60- *in verbis*: “A pena privativa de liberdade aplicada, **não superior a 6 (seis) meses** pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste Código” (grifos nossos)

Destarte, a Lei nº 9714/98 que cuida das denominadas “penas alternativas” inova, segundo disposto no artigo 44, § 2º:

As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

§ 2º - Na condenação igual ou inferior a um ano a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; **se superior a um ano**, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. (grifos nossos)

Verificando, pois, que há Lei posterior mais benéfica que cuida da mesma matéria, assevera Damásio:

O art. 60§2º, do CP foi revogado pelo §2º do art. 44, com redação da lei nova. Agora, a multa substitutiva pode ser aplicada quando a pena privativa

de liberdade fixada na sentença é igual ou inferior a um ano. No dispositivo revogado só era admissível a substituição em relação a pena detentiva de até seis meses. A lei nova, mais benéfica, é retroativa¹³⁹.

No mesmo sentido:

Expressamente o § 2º não foi revogado. De qualquer modo, não se pode sustentar sua subsistência. O novo art. 44, §2º, disciplinou integralmente essa matéria. Logo, está tacitamente revogado (LICC, art. 2º). Já dissertamos sobre a multa substitutiva (v. comentários ao art. 44, §2º, item 6 supra) e na oportunidade procuramos enfatizar que agora ela é cabível quando a pena de prisão seja igual ou inferior a um ano. Quanto aos requisitos necessários, v. art. 44, incs. II e III. Também já enfocamos a questão da impossibilidade de sua conversão em prisão (v. item 6 supra)¹⁴⁰.

Averba César Roberto Bitencourt: “O legislador deu dimensão mais abrangente à pena de multa. Ela não só aparece na condição de pena comum, como também na condição de pena substitutiva ou multa substitutiva”¹⁴¹.

Fato que no Direito Penal Brasileiro, a pena de multa substitutiva fora prevista no Código Penal de 1969 – Decreto-lei n. 1004, de 21.10.1969 –, que nunca, porém, entrou em vigor.

Assim, nos termos do artigo 46 era disposta:

A pena de detenção não superior a seis meses pode ser substituída pela de multa, desde que o condenado seja primário, de escassa ou nenhuma periculosidade e tenha realizado, salvo impossibilidade econômica, a reparação do dano antes da sentença, se é de se esperar que a multa baste para servir de advertência. Na conversão, cada dia de detenção corresponderá um dia-multa.

¹³⁹ JESUS, Damásio Evangelista de. *Penas alternativas*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 126.

¹⁴⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 156-157.

¹⁴¹ BITENCOURT, César Roberto. *Manual de Direito Penal - parte geral*. v. I. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 501.

Extraí-se daí que a reparação do dano, isto é, a indenização correspondente ao ilícito praticado, deveria ser realizada, sendo submetida a prévio exame à concessão da multa substitutiva. Fidelidade também à conversão da multa penal em detenção pode se observar.

As mais recentes reformas européias consagram a pena de multa como substitutiva da pena privativa de liberdade, como ocorre na Alemanha, França e Itália, entre outros países”.

Contribuição de escol no direito comparado, registre-se:

A pena de multa substitutiva apareceu em diversas legislações: na Espanha, na Novíssima Recompilação, de 1805, nota 1 a l. 3, título 40 e art. 5 da 21, título 51 do L. 12; no Código Penal português de 1886, art. 86; no Código penal paraguaio, de 1914, art. 88; na Lei holandesa, de 29. 06. 1925; no Código penalmexicano de 1931, art. 74; no Código Penal chileno, de 01. 01. 1935; no Código Penal guatemalteco, de 1936; no Código Penal grego, de 1950, art. 82; no Código Penal alemão, de 1973; na lei italiana n. 689, de 1981; no Código Português, de 1982, art. 46; e no Código Penal-tipo para a América Latina, art. 80¹⁴².

Tratando-se de verdadeiro direito subjetivo do réu, e não de mera liberalidade judicial, a pena de multa substitutiva é instituto mais benéfico do que a conversão da pena privativa de liberdade em *sursis*.

Questões não solucionadas pelo parágrafo segundo do artigo 60 do Código Penal, contudo, não foram resolvidas.

Assim, questiona-se eventual impedimento à substituição quando **aplicada** pena privativa de liberdade e no mesmo tipo penal houver **cominação** de sanção pecuniária. Possível, então, referida apenação somando-se as penas pecuniárias, *in casu*, simples, a qual denominaremos original e substitutiva?

¹⁴² BRAGA, Vera Regina de Almeida. *Pena de multa substitutiva no concurso de crimes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 30.

Entendemos que não atinge aos fins da norma que é, em última análise, evitar o encarceramento, quando no preceito secundário já for prevista a sanção pecuniária.

De outra feita, seria colocar no mesmo pé de igualdade o apenado que transgrediu a um tipo penal cuja sanção for, apenas, a privativa de liberdade, com outro apenado que transgrediu a outro tipo penal sancionado por duas espécies de penas, a saber, a pena pecuniária e a pena privativa de liberdade.

Irrefutável que as situações são diversas e, conseqüentemente os apenados também o são, quando analisados os requisitos objetivos para a concessão da multa substitutiva.

Considere-se, por fim, que legislador positivo sanciona de forma mais gravosa os tipos penais mais graves o que se consubstancia na previsão, no preceito secundário, de **pena privativa de liberdade e multa**, independentemente do *quantum* cominado àquela, vez que parágrafo segundo do artigo 60 em comento se refere, tão-somente, a aplicação.

Registre-se, por oportuno, que para os que admitem a **multa substitutiva (ou vicariante)** mesmo nos casos em que o preceito secundário constar sua cominação como **multa não substitutiva, ou multa simples**, há linha de pensamento que preconiza a aplicação exclusiva da pena de multa substitutiva com a consequente absorção da multa originalmente cominada.

Nesse sentido, citando Damásio E. De Jesus, assevera Romeu Salles:

[...] Damásio E. de Jesus (CP anotado, 5. ed., Saraiva, 1995, p. 161) apresenta sua posição, nos seguintes termos:

A reforma não contém dispositivo solucionando a questão. Cremos que deve ser aplicada uma só multa, na operação reservada à substituição, prejudicada a abstratamente cominada. Quando imposta cumulativamente na Parte Especial, o fundamento da multa reside, com atenção à prevenção geral e especial, geralmente no comportamento subjetivo do sujeito, que agiu movido pela cobiça ou pela cupidez. Assim, essa finalidade da cominação estaria satisfeita na primeira operação, quando o juiz aplica a pena pecuniária em substituição à privativa de liberdade. Alcançando o fim da

imposição da multa, resta prejudicada a segunda cominação (v. jurisprudência logo após os comentários ao art. 60)¹⁴³.

Divergimos do douto posicionamento porque não há qualquer fundamento legal que justifique a não aplicação da pena de multa original. O simples fato de, admitindo-se tal hipótese, ser aplicada em conjunto com a multa substitutiva não a descaracteriza em absolutamente nada, eis que se na origem os fundamentos são diversos, no momento da aplicação serão submetidas ao mesmo critério para sua quantificação, isto é, o sistema do dia-multa. Após, portanto, restará finalizar com simples operação aritmética, nada mais. Não há, pois, qualquer obstáculo à junção das multas original e substitutiva.

Nesse sentido: RT, 608/341, 627/324, 640/306 e 656/306.

Importante, outrossim, consignar que há súmula do Superior Tribunal de Justiça-verbete da súmula n. 171- vedando a aplicação da multa substitutiva quando no preceito secundário do delito já houver cominação de pena pecuniária¹⁴⁴.

Em sendo assim, filiamo-nos aos que não admitem a substituição da pena pecuniária quando no preceito secundário já houver cominação desta, porque acreditamos que quando o legislador faz opção para a imposição da pena privativa de liberdade sua vontade deve ser respeitada, salvo em situações excepcionais, taxativas, a exemplo do *sursis*¹⁴⁵ (artigo 77 do Código Penal), que não gera dúvida. Do contrário, por esse expediente estaria legislando, criando novas respostas penais a tipos penais, cuja sanção, abstratamente cominada, era completamente diversa.

¹⁴³ SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Curso completo de Direito Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 96.

¹⁴⁴ Súmula n. 171 do STJ - “Cominadas, cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa”.

¹⁴⁵ Artigo 77. “ A execução da pena privativa de liberdade não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que [...]”

Destaque-se, outrossim, que há entendimento fiel à letra da súmula n. 171 do STJ no sentido de que a vedação seria apenas para a lei especial, isto é, a multa vicariante só não poderia ser aplicada se determinado tipo penal previsto em lei especial previsse, de forma abstrata, pena privativa de liberdade e pena pecuniária, ficando à margem dessa determinação todos os tipos penais, na mesma condição, previstos na parte especial do Código Penal.

Por fim, para os que admitem a existência da pena vicariante, é indubitável que deve se subsumir aos preceitos da nova multa penal, no que tange à sua nova forma de execução, aos novos prazos prescricionais e à submissão do rito estabelecido pela Lei nº 6830/80.

6 EVOLUÇÃO DA PENA DE MULTA

6.1 Pena de multa – *ratio*

A pena de multa foi idealizada para os delitos de menor gravidade pretendendo, com essa sanção, não levar ao cárcere pessoas, em tese, com menor periculosidade e mais afeitas ao processo de ressocialização sem a prévia segregação. Atendidas estariam as funções punitiva e educativa/ressocializadora da pena.

Somada a essa vantagem, com vistas ao Poder Público, também se vislumbram pontos positivos, já que não haveria qualquer tipo de gasto com a manutenção do apenado, que não foi levado ao cárcere, como também não procederia a velha observação de Basileu Garcia, segundo a qual o Estado estaria se locupletando ilicitamente ao admitir o ingresso dessa receita nos cofres públicos, diante da sua omissão em prevenir delitos, em maior ou menor grau, de acordo com cada caso em concreto.

Deflue, dentre os aspectos positivos, o não rompimento do réu com sociedade e família, evitando o contato deletério existente na prisão.

Como pontos negativos cite-se, também, a inocuidade da pena de multa relativamente aos crimes mais graves no aspecto preventivo, a ineficácia da execução posta em Juízo diante da grande massa carcerária ser desprovida de recursos financeiros e, portanto, insolvente e poder, se mal aplicada, nada representar para os abastados economicamente e ser um pesado fardo para os pobres.

Segundo Mirabete:

A pena de multa, largamente empregada no direito penal contemporâneo, originou-se da composição do direito germânico. Aponta-se como maior vantagem da pena pecuniária, em confronto com a pena privativa de liberdade, não ser levado o criminoso à prisão por prazo de curta duração, privando-o do convívio com a família e de suas ocupações, mesmo porque não seria suficiente para a recuperação do sentenciado e apenas o corromperia e o aviltaria. Assinala-se, também, que a pena de multa não acarreta despesas ao Estado e que é útil no contra-impulso ao crime nas hipóteses de crimes praticados por cupidez, já que ele atinge o núcleo da motivação do ato criminoso¹⁴⁶.

Afeta ao processo de descarcerização, a pena de multa, porém, é alvejada por muitos por ser discriminatória ante à diversidade, e desnivelamento intenso, da sociedade brasileira. Sob esse prisma, a pena de multa seria um pesado fardo para os menos afortunados enquanto que, para outros, sequer as funções da pena seriam atendidas ante à irrisoriedade de seu valor.

Trabalhando, contudo, com o senso médio, já que na aplicação do texto abstrato da Lei, possível, também, encontrarmos discrepâncias na aplicação da pena privativa de liberdade. Pode-se afirmar, destarte, que após a Reforma Penal de 1984 -Lei n. 7209/84- houve o cuidado no enfrentamento dessa tormentosa questão, quando modificados o *caput* e parágrafos do artigo 49 do Código Penal de modo a admitir maior discricionariedade judicial na fixação dos dias-multa (“... mínimo de 10 e máximo de 360 dias-multa”) e na valoração dos mesmos (“... não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 vezes esse salário”).

Há situações peculiares na pena de multa, vez que, como qualquer pena, ela deve incidir apenas na pessoa do réu. Assim, imposto determinado valor pecuniário para o seu pagamento, o réu pode deixar de fazê-lo à medida em que terceira pessoa o faz.

¹⁴⁶ MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de Direito Penal* - parte geral. v. I. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 284.

Citando Ferrajoli, afirma Greco: Ferrajoli, com a precisão que lhe é peculiar, aduz que “a pena pecuniária é uma pena aberrante sob os vários pontos de vista. Sobretudo porque é uma pena *impessoal*, que qualquer um pode saldar¹⁴⁷.”

6.2 A nova pena de multa

A pena de multa a partir do ano de 1996 sofreu grandes mudanças, principalmente, no que tange à sua cobrança, consoante Lei n. 9268, de 01 de abril de 1996.

Adjetivada como **dívida de valor**, aplicando-se-lhe as **normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública**, vedando-se a **conversão em prisão** nos casos de inadimplemento, a pena de multa, com as novas características, constitui inovação no direito brasileiro.

Outrora, por muitos criticada, principalmente pela conversão em pena privativa de liberdade da multa impaga, registre-se:

Anteriormente à Lei n. 9268, de 1996, admitia-se a conversão da pena pecuniária em pena privativa de liberdade (detenção), quando o condenado, solvente, deixasse de pagá-la ou frustasse sua execução.

Assim, cada dia-multa era convertido em um dia de detenção, atentando-se para a limitação de um ano de prisão.

Paga a multa a qualquer tempo, era possível revogar a conversão retromencionada.

Eram severas as críticas com relação à citada conversão da pena pecuniária em detenção. Duas delas merecem destaque: a primeira é que, se o magistrado decidiu que a pena mais adequada era a pecuniária, não se justifica possa ser aplicada a posteriori, por falta de pagamento, a pena privativa de liberdade, que se mostrou inadequada até então. A segunda crítica diz respeito à absoluta falta de parâmetro para que se possa mensurar, em valores pecuniários, a liberdade. Dessa forma, apresenta-se abusivo o critério de que cada dia-multa equivale a um dia de detenção.

¹⁴⁷ Apud GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal* – parte geral. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2003, p. 90.

Enfim, todos esses inconvenientes da conversão da pena pecuniária em detenção foram superados pela alteração legislativa operada, que forneceu à pena de multa a vestimenta de crédito tributário¹⁴⁸.

Bettiol, avante em seu tempo, já alertava para a necessidade de maior reflexão sobre a conversão em prisão da multa impaga:

A pena pecuniária (multa para os delitos, coima para as contravenções)-É uma pena conhecida pela generalidade das legislações, que não se deve confundir com a reparação do dano. Trata-se duma autêntica pena que pretende conservar o seu caráter de sanção pessoal, afliitiva e proporcionada. E isto sob dois ângulos: antes de mais, nos crimes determinados por motivo de lucro ou quando, pelas condições económicas do réu, a pena seria ineficaz (enquanto não sentida pelo culpado), será aumentada até o triplo. Em segundo lugar, se o delinqüente não tem condições de pagar, a pena pecuniária converte-se em pena detentiva na base do princípio segundo o qual *qui non habet in aere luat in corpor*. Já se levantaram dúvidas quanto à legitimidade constitucional desta conversão porque, deste modo, vem a estabelecer-se uma desigualdade entre condenado possidente e não possidente. Este último está exposto à possibilidade de uma pena detentiva de que o primeiro estaria graças às suas disponibilidades económicas, isento. A observação não é infundada e deveria ser objecto de reflexão por parte do Tribunal Constitucional. Não se harmoniza com as exigências de justiça social que, quem é privado de meios, corra o risco de sofrer uma pena em concreto mais afliitiva- como é a pena detentiva em confronto com a pena pecuniária- que a sofrida por quem tem possibilidades¹⁴⁹.

Grandes celeumas foram travadas com a nova Lei e, muitas, até hoje, não foram pacificadas, a par da necessidade de serem rediscutidas questões inerentes à aplicação da pena de multa nos novos moldes implementados.

Destarte, o novo texto normativo é peremptório, *in verbis*:

Artigo 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.

§ 1º - Na conversão, a cada dia-multa corresponderá a um dia de detenção, não podendo esta ser superior a um ano.

Revogado pela Lei n. 9268/96

¹⁴⁸ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal* – curso completo. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 156.

¹⁴⁹ BETTIOL, G. *Instituições de Direito e Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1974, p. 177-178.

§ 2º- A conversão fica sem efeito se, a qualquer tempo, é paga a multa.

Revogado pela Lei n. 9268/96

Diante do dispositivo legal mais importante modificado pela Lei n. 9268/96, concluímos que não restam dúvidas que o legislador infraconstitucional determinou que a pena de multa está subsumida aos ditames legais previstos na Lei de Execuções Fiscais- **Lei n. 6830/80-**, que “**dispõe sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública e dá outras providências**”, nos termos, também, do *caput* do artigo 51 do Código Penal, que prevê a aplicação das “normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública”.

Sem razão, *data venia*, para os que insistem em afirmar que a cobrança da pena de multa continua sendo efetivada pelo rito estabelecido na Lei de Execuções Penais- Lei n. 7210/84-, segundo os artigos 164 e seguintes.

Nesse sentido, César Roberto Bitencourt:

A Lei n. 9268/96 não alterou a competência para a execução da pena de multa, como pode parecer à primeira vista. O processo executório, inclusive, continua sendo regulado pelos arts. 164 a 169 da LEP, que, propositadamente, não foram revogados¹⁵⁰.

Entendemos que o **caráter penal** da multa criminal subsiste. Pelo fato de ser **pena**, todavia, **não autoriza o aplicador da Lei se valer do rito para a execução da pena previsto na Lei n. 7210/84** porque será considerada dívida de valor a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória, nos termos do novo artigo 51 do Código Penal.

Ademais, segundo nosso aviso e, como acima transcrito, o texto legal é claro quando determina que sejam aplicadas “as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição”.

¹⁵⁰ BITENCOURT, César Roberto. *Manual de Direito Penal* - parte geral. v. I. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

Portanto, trata-se de pena que não será executada pelo rito próprio da “execução das penas”, mas pelo traçado pela Lei n. 6830/80, segundo o novo comando legal estabelecido pelo artigo 51 do Código Penal.

Neste diapasão, estariam revogados, no todo, os dispositivos inerentes à execução da pena de multa e consequentemente à sua conversão em pena privativa de liberdade, consoante artigo 164 *usque* 170 e artigo 66, inciso III, “b” da Lei de Execução Penal- Lei n. 7210/84.

Com maestria, Zaffaroni e Pierangeli analisam:

Desse modo, não paga a multa depois de dez dias após o trânsito em julgado (art. 50 *caput*), será a mesma considerada dívida de valor e executada conforme os trâmites previstos na Lei 6. 830/80, que disciplina a execução fiscal.

Inúmeros problemas advieram a partir dessa reforma legislativa, a começar pela não indicação expressa do titular com legitimidade processual para promover a execução da multa penal, se o Ministério Público, se os procuradores da Fazenda Pública. Outrossim, o sistemático e engenhoso roteiro para a execução da pena de multa anteriormente estabelecido pela Lei nº 7. 210/84 (Lei de execução penal)- arts. 164 a 170- não foi alterado pelo legislador que instituiu o novo regime para a pena de multa, acentuando paradoxos¹⁵¹.

Chega-se a conclusão que a pena de multa só será considerada dívida de valor para fins eminentemente executórios, para ser instrumentalizada através do rito estabelecido pela Lei nº 6830/80.

Corroborar essa assertiva o disposto no artigo 50 do *codex* quando prevê o prazo de 10 dias para o réu efetuar o pagamento. Antes do curso desse prazo, portanto, não é lícita a propositura do executivo fiscal, como também é errado considerar a pena de multa dívida de valor, inobstante o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

¹⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro* - parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 817.

Quanto aos prazos prescricionais, importante digressão deve ser feita.

A Lei n. 9268/96 alterou, também, dispositivo legal específico que tratava sobre a prescrição da pena de multa no Código Penal. Assim, o novo artigo 114 passou ter a seguinte redação:

A prescrição da pena de multa ocorrerá:

I – em 2 (dois) anos, quando a multa for a única cominada ou aplicada;

II – no mesmo prazo estabelecido para prescrição da pena privativa de liberdade, quando a multa for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada.

Verifica-se, assim, que os **prazos prescricionais** da nova pena de multa continuam sendo regulados pelo **Código Penal**, segundo o dispositivo legal acima transcrito.

Agredindo as regras de sistema, contudo, foram previstas para as **causas de suspensão e interrupção** da prescrição a aplicação da **Lei n. 6830/80**, que é, como já ressaltado, a Lei relativa à dívida ativa da Fazenda Pública.

Assim, temos, paradoxalmente, a aplicação de dois diplomas normativos relativamente ao mesmo instituto.

Posicionamo-nos contrariamente a essa ambiguidade legislativa, **a uma** pelas regras de sistema terem sido violadas; **a duas** porque mais consentâneo com o espírito do legislador hodierno seria a aplicação da prescrição, como instituto, e no todo, de acordo com “as normas relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, já que, do contrário, o reforço enfático do advérbio “inclusive” perderia sua razão gramatical. Ademais, não estaria sendo negada vigência à prescrição anterior ao trânsito em julgado da sentença, que continuaria sendo regulada pelo Código Penal, vez que a pena de multa não seria dívida de valor nessa fase.

Em síntese, o diploma normativo deveria ser homogêneo quando analisada a pena de multa antes ou depois do trânsito em julgado, atentando-se para a natureza jurídica, imposta pelo legislador, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Revelando perplexidade, doutrina Bitencourt:

Ficou interessante, por fim, a confusão criada por essa nova lei: o lapso prescricional continua sendo regulado pelo Código Penal (art. 114), mas as causas interruptivas e suspensivas da prescrição são as previstas pela Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6830/80), com exceção, é claro, da morte do a agente¹⁵².

Sobre prescrição, importantante trazer à lume ponderações de de Luiz Carlos Betanho:

A regra proposta para o art.. 51 só seria razoável se o art. 114 ficasse destinado exclusivamente a regular a prescrição da pena de multa antes do trânsito em julgado, ou seja, a prescrição da pretensão punitiva, inclusive sua modalidade retroativa.

Para evitar a contradição, portanto, poderia o tratamento da pena de multa ser o seguinte: a) prazo prescricional de dois anos, *in abstracto*, quando a multa é a única sanção cominada ou quando foi a única aplicada, desde que não tenha ocorrido o trânsito em julgado, sendo aplicáveis as causas suspensivas e interruptivas do Código Penal; b) Prazo prescricional da pretensão punitiva igual ao da pena privativa de liberdade, quando a multa é cominada alternativa ou cumulativamente, com a possibilidade de suspensão e interrupção do prazo, nos termos do Código Penal; c) Prazo prescricional de cinco anos, a contar do trânsito em julgado, para a prescrição da pretensão executória, sujeita, nesse caso, às causas de suspensão e interrupção previstas na legislação tributária. Isso para se manter a idéia de tirar da multa definitiva o caráter penal. Mas convenha-se, de todo modo, que é estranho considerar a pena de multa não mais como pena, justamente quando ela se torna efetiva, através da execução. Seria muito mais razoável estabelecer a forma de execução a nível de processo penal, apenas sem a possibilidade de conversão.

E além do mais não teria sentido sujeitar a multa a dois sistemas diversos de prescrição¹⁵³.

¹⁵² BITENCOURT, César Roberto. *Manual de Direito Penal* - parte geral. v. I. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 510.

¹⁵³ BETANHO, Luiz Carlos. A pena de multa na reforma parcial do C. P.. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 33, p. 11-12, set. 1995.

Não concordamos, contudo, com os prazos apontados por acreditar que o prazo de dois anos, na forma anteriormente disposta pelo Código Penal estava de acordo com o tipo de sanção, que é estabelecida, via de regra, de forma isolada para os delitos considerados menos graves e, como segunda sanção, para outros delitos.

Ademais, importante atentar para o rito estabelecido na Lei de Execuções Fiscais que prevê, inclusive, a denominada “prescrição intercorrente”, consoante artigo 40-*verbis*:

O juiz suspenderá o curso da execução enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora e, nesses casos, não correrá a prescrição.

§ 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

§ 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º - Encontrados que sejam, **a qualquer tempo**, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução (grifo nosso)

Não há como se esquivar da aplicação do citado dispositivo legal ante à peremptoriedade do *caput* do artigo 51 Código Penal. Todavia, em matéria penal, causa estranheza admitir hipótese de imprescritibilidade **não prevista na Constituição da República**, consoante artigo 5º, incisos XLII e XLIV, o que seria comum a **todos os crimes** cuja sanção fosse a de natureza pecuniária. Assim, na ordem:

A prática de racismo constitui crime inafiançável e **imprescritível**, sujeita à pena de reclusão, nos termos da lei;

Constitui crime inafiançável e **imprescritível** a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. (grifos nossos)

Importante frisar, porém, que há quem sustente a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, em especial, do parágrafo 3º, mas apenas no que tange às dívidas de natureza tributária. Nessa linha:

O art. 40 tem sido acoimado de inconstitucional quando aplicado à cobrança de dívida ativa de natureza tributária, por prever, via lei ordinária, uma causa de suspensão da prescrição, matéria reservada à lei complementar (art. 146, III, b, CF de 1988).

Outra crítica que tem sido feita ao dispositivo é a de ter criado, na cobrança da dívida tributária e não tributária, uma exceção ao princípio geral da precritibilidade das Obrigações¹⁵⁴.

Postas essas questões, extrai-se que o réu teria contra si um processo judicial *ad eternum*, se não efetuado o pagamento da pena pecuniária, nos moldes do §3º do artigo 40, cuidando-se aqui de sanção penal desde à origem, mas assumindo feição, também, de dívida não tributária, já que dívida de valor para os fins de executoriedade fiscal.

Indaga-se: está afinado ao texto constitucional a execução da pena de multa, dessa forma, de acordo com os textos legais – infraconstitucionais – em vigor?

Exsurge outra questão de relevo e de fácil ocorrência na prática: E se sobrevier a morte do agente, devedor da multa penal, antes da propositura do executivo fiscal, mas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória? Pode o Juízo do Conhecimento determinar a inscrição do débito pecuniário na Dívida Ativa da Fazenda Pública e, ato contínuo, declarar a extinção da punibilidade, pela morte, no que se refere à pena privativa de liberdade, caso aplicada, nos moldes do artigo 107, inciso I do Código Penal? E se o réu já tiver dado início ao cumprimento da sanção corporal, caso também aplicada, poderia da mesma forma proceder o Juízo da Execução Penal?

¹⁵⁴ ABRÃO, Carlos Henrique e outros. *Lei de execução fiscal comentada e anotada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 248.

A resposta para os dois questionamentos deve ser a mesma, por coerência, já que em ambas as hipóteses houve o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, aplicando-se a Lei n. 9268/96.

Assim, há de ser analisado o disposto no artigo 5º, inciso XLV da Carta Magna-*verbis*: “Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

O princípio da pessoalidade da pena seria violado se inaugurado o executivo fiscal, para cobrança da pena de multa, após o falecimento do réu? E se referida execução fiscal atingisse os bens do réu, *in casu*, espólio, segundo “as forças da herança”, haveria afronta à Constituição?

O princípio da intangibilidade ou pessoalidade da pena impõe que nenhuma pena ultrapasse à pessoa do réu.

Refirindo-se ao princípio da pessoalidade, averba Luiz Luisi:

É princípio pacífico do direito penal das nações civilizadas que a pena pode atingir apenas o sentenciado. Praticamente em todas as nossas Constituições está disposto que nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. A vigente Carta Magna contém essa norma no inciso XLV do artigo 5º: Nenhuma pena passará da pessoa do condenado... Ao contrário do ocorrido no direito pré-beccariano a pena não pode se estender a pessoas estranhas ao delito, ainda que vinculadas ao condenado por laços de parentesco¹⁵⁵.

Em importante passagem, continua Luisi deixando definitivamente claro que pena de multa não é dívida ou obrigação civil:

Não sendo a pena uma forma de reparação econômica do dano causado pelo delito, mas um castigo, impensável é como afirma G. Battaglini, o seu

¹⁵⁵ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Editora Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 36.

cumprimento por representação , ou substituição subjetiva, como ocorre em outros ramos do direito¹⁵⁶.

Acentua, respondendo à questão, Frederico Marques:

A pena de multa é personalíssima, pelo que não atinge a herança deixada pelo condenado. Com a morte extingue-se o jus puniendi (artigo 107, I), mesmo se houver sentença condenatória e título penal executório. Sendo a multa uma sanção penal que o Estado aplica no exercício de seu direito de punir, desaparecida a punibilidade com a morte do delinqüente, é claro que o Estado não pode mais exigir o pagamento da pena pecuniária¹⁵⁷.

Visto isso, persiste o questionamento: a pena de multa poderia atingir bens do réu *pos mortem*? Nessa hipótese estaria sendo violado o princípio da intranscendência da pena?

O ponto de vista de Luisi e Frederico Marques é claro porém, há de se frisar que à época não vigorava a Lei n. 9268/96 dando novas características à pena de multa.

Rogério Greco leciona:

Em virtude do princípio da responsabilidade pessoal também conhecido como princípio da pessoalidade ou da intranscendência da pena, somente o condenado é que terá de se submeter à sanção que foi aplicada pelo Estado. Já se foi o tempo em que não só o autor do fato respondia pelo delito cometido, como também pessoas ligadas ao grupo familiar ou social.

Quer o princípio constitucional dizer que, quando a responsabilidade do condenado é penal, somente ele, e mais ninguém, poderá responder pela infração praticada. Qualquer que seja a natureza da penalidade aplicada-privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa- somente o condenado é que deverá cumprir-la. Na lição de Zaffaroni:

nunca se pode interpretar uma lei penal no sentido de que a pena transcenda da pessoa que é autora ou partícipe do delito. A pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, haja vista ser uma ingerência ressocializadora sobre o condenado¹⁵⁸.

Havendo o falecimento do condenado, a pena que lhe fora infligida, mesmo que seja de natureza pecuniária, não poderá ser estendida a ninguém, tendo em vista o seu caráter personalíssimo, quer dizer somente o autor do delito é que pode submeter-se às sanções penais a ele aplicadas.

¹⁵⁶ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Editora Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 36.

¹⁵⁷ MARQUES, José. *Tratado de Direito Penal*. v. III, São Paulo: Editora Millennium, 2000, p. 193.

¹⁵⁸ Apud GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal* – parte geral. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2003, p. 88.

Todavia, se estivermos diante de uma **responsabilidade não penal**, como, v. g., a obrigação de reparar o dano, nada impede que, no caso de morte do condenado e tendo havido a transferência de seus bens aos seus sucessores estes respondam até as forças da herança, conforme preceituam o inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal e o art. 1. 997 *caput*, do Código Civil (Lei nº 10. 406/02), este último assim redigido:

A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube. (grifos nossos)

Mesmo com a edição da Lei nº 9. 268/96, de 1º de abril de 1996, que além de dar nova redação ao art. 51 do Código Penal, revogou os seus antigos §§ 1º e 2º e passou a considerar a pena de multa como dívida de valor, aplicando-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, impedindo, ainda a sua conversão em pena privativa de liberdade, entendemos que a multa não perdeu seu caráter penal.

Desse forma, em caso de morte do condenado, não poderá o valor correspondente à pena de multa a ele aplicada ser cobrado de seus herdeiros, uma vez, que neste caso, estaríamos infringindo o princípio da responsabilidade pessoal, insculpido no inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal, que diz que *nenhuma pena passará da pessoa do condenado*.

Mesmo considerada legalmente como dívida de valor, a multa é ainda uma das três modalidades de pena previstas pelo art. 32 do Código Penal, razão pela qual pelo simples fato de, a partir da vigência da Lei nº 9. 268/96, ser inscrita como dívida ativa da Fazenda Pública, passível tão-somente de execução, não sendo mais permitida sua conversão em pena privativa de liberdade, não perdeu ela sua natureza penal, e como tal deverá ser tratada, **impedindo sua cobrança após a morte do autor da infração.** (grifo nosso)

Para reforçar esse entendimento diz o art. 107, I do Código Penal que a morte do agente extingue a punibilidade. Assim, a cobrança da pena de multa aplicada, mesmo sendo considerada dívida de valor, somente pode ser levada a efeito enquanto não houver ocorrido a extinção da punibilidade¹⁵⁹.

Reconhecendo a profundidade do tema abordado pelo arrojado doutrinador discordamos, contudo, quando se refere à possibilidade dos bens do réu falecido serem atingido quando se tratar, **apenas**, de responsabilidade não penal, de acordo com o artigo 5º, inciso XLV da Constituição Federal, *in casu*, **da obrigação de reparar o dano** porque

¹⁵⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal* – parte geral. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2003, p. 88-89.

referido dispositivo legal se refere, também, ao perdimento de bens, que deriva de **responsabilidade penal**, consoante artigo 43, inciso II do Código Penal.

Entendemos que não há qualquer violação ao texto constitucional porque, como de curial sabença, a Constituição pode trazer exceções a ela mesma e aqui o fez quando reconhece o princípio da pessoalidade da pena e, ato contínuo, admite que os bens do réu sejam, atingidos *pos mortem* em responsabilidades penal (perdimento de bens) ou não penal (obrigação de reparar o dano).

No que se refere à pena de multa seria possível o mesmo raciocínio por extensão?

A rigor não seria atingida terceira pessoa, que é o fim do princípio da pessoalidade da pena, se a condenação recaísse sobre bens do réu após o evento morte.

Assim, não só a pena de multa, mas a penas restritivas de direitos nas espécies prestação pecuniária e a perda de valores poderiam ser alvo de cobrança contra o espólio do réu porque encartadas na categoria “penas patrimoniais”.

A par disso, é imperioso concluir que essa digressão nos afigura possível, mas não é constatada de forma expressa no texto constitucional como exceção à regra.

Desta forma, exsurge a inviabilidade das referidas penas serem objeto de cobrança *pos mortem* porque, do contrário, estaríamos criando regra restritiva de fundo penal não autorizada.

Na pena de multa, destarte, a questão é mais complexa porque o *novel* artigo 51 do CP deixa claro que as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública serão aplicadas sendo, pois, absolutamente viável realizar a cobrança *pos mortem* contra o

espólio do réu, ora executado, nos moldes da Lei n. 6830/80. Indagar-se-á: o texto constitucional, aqui, é respeitado?

Nesse aspecto, não há dúvida que se trata de *novatio legis in pejus* porque agravada a situação jurídico-penal do réu. Não há dúvida, também, que a pena de multa e as penas restritivas de direitos “patrimoniais” não estão encartadas nas exceções do artigo 5º, inciso XLV da Constituição Federal. Não há dúvida, por fim, que não só sedutor, mas real o argumento de que a função ressocializadora da pena não seria efetivada na hipótese de cobrança *pos mortem* porque o raciocínio comparativo às obrigações e direito ao crédito aqui são falhos por se tratar, primacialmente, de PENA.

Outrossim, sem razão para os que de forma precipitada admitem tal cobrança para a pena de multa sob o argumento de se tratar de “dívida de valor” após a edição da Lei n. 9268/96. O caráter penal é absolutamente indissociável, se tornando “dívida” e, de outra feita, crédito, tão-somente para fins executórios.

Urge salientar, que não raro encontram-se decisões monocráticas nesse sentido, na Vara de Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro (doc. em anexo).

Como se não bastasse, a polêmica não se encerra porque o legislador infraconstitucional determinou que a execução da pena de multa se subsumisse a todo o rito da Lei de Execução Fiscal. Nesse aspecto, por conseqüência, entendemos padecer de inconstitucionalidade a Lei nº 9268/96.

Nessa esteira, segundo pensamos, não haveria violação ao fundamental princípio, caso a incidência da **pena de multa** recaísse apenas sobre os bens deixados pelo réu. Inobstante isso, devemos observar a imprescindível adequação constitucional.

Entendemos, segundo inciso XLV do artigo 5º acima transcrito, que pena encartada- perdimento de bens (art. 43,II CP), sendo acolhida, também, a reparação de dano veiculada mediante a ação civil *ex delicto*, são como hipóteses de admissão

Importante trazer à colação os Enunciados ns. 02 e 03, relativos aos estudos dos Juízes da Vara de Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro, com vistas à uniformização de decisões, *in verbis*:

Enunciado n. 02 – A pena de multa imposta por sentença criminal condenatória, mesmo quando transformada em dívida de valor, após o trânsito em julgado de sentença condenatória, continua tendo o caráter penal, submetendo-se as regras da prescrição executória estabelecias no artigo 114 do Código Penal, ressalvadas as causas interruptivas e suspensivas previstas na Lei n. 6830/80.

Enunciado n. 03 – Compete ao Juízo da Vara de Execuções Penais determinar a extração de certidão para inscrição da multa impaga na dívida ativa, guardada a competência do Juízo especializado da Fazenda Pública quanto ao procedimento da Lei n. 6830/80.

Fica claro diante dos referidos enunciados que a magistratura de primeira instância da Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro, **relativamente à nova pena de multa**, admite sua natureza jurídica como sanção penal, a prescrição híbrida regulada pelo Código Penal e pela Lei de Execuções Fiscais e que o rito para a execução se dará, também, através da Lei de Execuções Fiscais- Lei n. 6830/80-, não obstante a falta de consenso nas demais Cortes do país.

Com razão Geraldo Prado quando registra:

Importante questão, concernente à competência, criou-se com a mudança de redação do artigo 51 do Código Penal por força da Lei n. 9268/96, que conferiu à multa a natureza jurídica de dívida de valor e mandou aplicar as normas relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas de interrupção e suspensão da prescrição.

Vale dizer que a execução da multa não obedece mais o disposto nos artigos 164 e seguintes da Lei de Execução Penal, com a devida *vênia* dos que defendem posição diversa. Isto não significa, porém, que perdeu a sua

natureza penal, até porque está é ditada pelo campo do direito que cuida da constituição da multa. **Trata-se , sem dúvida, de sanção penal, pois a sua aplicação corresponde ao reconhecimento da responsabilidade penal do agente, que terá de suportá-la como consequência da prática da infração penal.**

Disto será possível afirmar que, ressalvada a disciplina da prescrição, todas as regras de direito material que incidem, inclusive a da não transcendência que impede sejam os sucessores do condenado alcançados diretamente pela condenação, são de natureza penal. Só é alterado o procedimento pelo qual o processo de execução desenvolve-se. Nada mais¹⁶⁰. (grifos nossos)

Levamos à reflexão, contudo, que deve se perquirir a verdadeira natureza jurídica da nova multa criminal. Questionar-se-ia: dívida de valor com caracteres de sanção penal? Sanção de natureza civil? Sanção penal e sanção civil, de acordo com o momento de sua aplicação? Sanção penal?

Como os demais pontos destacados, trata-se aqui, também, de matéria divergente.

A nova multa penal, assim como dantes, em momento anterior à vigência da Lei n. 9268/96, **é sanção penal** pelas principais razões que passamos a elencar:

- a) É resposta penal à transgressão de um ilícito penal traduzido em preceito penal secundário;
- b) A receita proveniente da multa penal não será destinada à vítima, senão, tão-somente, ao Estado-Administração enquanto titular do *ius puniendi*;
- c) Está subsumida a todos os princípios afetos às demais penas – privativa de liberdade e restritiva de direitos, principalmente, aos **princípios da reserva legal, princípio da intranscendência e da inderrogabilidade em matéria de sanção penal a final aplicada.**

A dívida de valor adicionada à nova multa penal facilita sua submissão à correção monetária, já que o sistema dia-multa se tornava deficitário ante à intensa desvalorização da

¹⁶⁰ PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. Org. Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. *Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2002, p. 320-321.

moeda no Brasil tornando, assim, inócua a pena de multa aplicada, consoante artigo 49, § 1º – “O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária”.

Sucedendo que em momento anterior à execução da pena de multa, para alguns, não poderia ser aplicada a correção monetária porque em desacordo com o citado dispositivo legal.

Para estes, com aplausos é recebida a Lei n. 9268/96 porque seria a singular característica da pena de multa sujeita aos índices de correção monetária.

De forma isolada, ou quiçá, minoritariamente, entendemos que não haveria qualquer obstáculo à aplicação da correção monetária à pena de multa em momento anterior à sua nova natureza jurídica como dívida de valor, isto é, **antes ou após o processo de execução**, já que não importa em qualquer acréscimo pecuniário, mas atualização do valor imposto no tempo e no espaço.

Nesse contexto, contudo, dispõe o artigo 49, § 2º do Código Penal: “O valor da multa será atualizado, **quando da execução**, pelos índices de correção monetária”.

Ao certo, vozes haverão no sentido de que o entendimento supra seria prejudicial ao réu porque importaria “correção monetária dupla”, não exigida pelo texto legal.

Nesse sentido:

O § 2º do art. 49 possibilita, ao ser executada a pena de multa, a atualização do valor do dia-multa, conforme os índices de correção monetária. Desnecessário o dispositivo. Se o valor do dia-multa é fixado com base no salário vigente e se este é atualizado mensalmente, não se concebe, afora o reajuste inflacionário estabelecido pelas autoridades financeiras, um outro, a ser determinado pelo juiz da execução. **O índice de correção monetária não poderá operar duas vezes, em detrimento do réu**¹⁶¹. (grifo nosso)

¹⁶¹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal objetivo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 116.

Apesar de se tratar de ponderação que merece reflexão detida, não comungamos, todavia, porque a pena de multa deve ter bases corrigidas, a qualquer tempo, sem que importe qualquer violação ao princípio da lei penal no tempo, já **que não seria reduzida ou majorada a apenação**, mas aplicada adequando ao seu tempo e espaço.

Mirabete ressalta:

Dispõe, porém, o art. 49§2º que o valor da multa será atualizado pelos índices da correção monetária. Não há nessa disposição qualquer ranço de inconstitucionalidade, já que a pena é fixada de acordo com os valores do salário mínimo vigente ao tempo do crime, incidindo a correção monetária apenas sobre o valor da quantia fixada pelo juiz para sua atualização em face da desvalorização da moeda. A correção monetária não modifica o valor da multa. Apenas atualiza sua expressão monetária.

Não se estabelecia na lei o índice de correção monetária que deveria ser utilizado na cobrança da pena de multa. Por essa razão, foram utilizados, sucessivamente os índices oficiais ORTN, OTN, BTN, TR, Ufir. Entretanto após a vigência da Lei nº 9268/96, de 1º-4-96, a multa aplicada em sentença irrecorivelmente é considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas relativas às dívidas da Fazenda Pública (art. 51 do CP, com a nova redação). A correção monetária está prevista no art. 49,§2º, do CP, e é exigida pelos arts. 2º,§2º, e 32, e seus §§ 1º e 2º da Lei n. 6830/80. A correção é calculada de acordo com índices da Ufir (Lei n. 8. 383/91)¹⁶².

Nesse aspecto, outrossim, reconhecemos ponto positivo da nova lei, no sentido de espancar dúvidas com relação ao índice a ser aplicado. Contudo, reconhecemos, também, que trata-se de ponto extremamente tímido diante da verdadeira proposta de revolução legislativa, nesse tema, inaugurada com a Lei n. 9268/96.

E quanto ao momento em que incidiria a correção monetária da pena de multa, houve inovação legislativa?

Dissídio era verificado em momento anterior à vigência da Lei n. 9268/96 com relação ao termo *a quo* da correção monetária. Para uns, a correção monetária deveria incidir

¹⁶² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal* - parte geral. v. I. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 286.

após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, para outros se daria após o primeiro dia após o décimo de prazo para o pagamento voluntário, na esteira do artigo 164 da LEP. Colhe-se, ainda, as seguintes posições de relevo: a data do fato, a partir da citação e a data da sentença.

Mirabete afirma que

nos termos do art. 49 § 2º, do Código Penal, o valor da multa deve ser atualizado pelos índices de correção monetária, agora de acordo com os cálculos da UFIR. Os cálculos devem ser feitos pelo servidor judicial, aplicando-se, por analogia o disposto para a execução civil (art. 52,II)¹⁶³.

Nesse diapasão, indaga-se: **a Lei n. 9268/96 solucionou essa questão fixando o correto termo *a quo* para incidência da correção monetária na pena de multa?** A resposta é negativa, perdurando as mesmas indagações, lamentavelmente.

Entretando, o exegeta deverá atentar para a nova qualidade da pena de multa como dívida de valor, sem perder o caráter penal, para fixação do importante termo inicial.

Discorre Capez:

Correção Monetária: como a lei manda tomar por base o valor do salário mínimo vigente na data do fato (princípio da anterioridade da pena), por equidade também determina a sua atualização de acordo com os índices de correção monetária. Quanto ao termo inicial dessa atualização, a questão é polêmica, tendo só há pouco sido fixada a posição final do STJ.

Termo inicial para incidência da correção monetária: há sete posições:

- a) a partir da data do fato: como se trata de simples atualização do valor, este deve equivaler ao da data em que foi praticada a infração penal. É a nossa posição. Atualmente, é a posição pacífica do Superior Tribunal de Justiça;
- b) a partir da citação do condenado devedor para pagamento da multa. Nesse sentido: RT, 631/326;

¹⁶³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Editora Atlas, 1998, p. 137.

c) a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória. Nesse sentido: RT, 667/284;

d) não incide mais, pois a correção monetária foi extinta pelo Decreto-lei n. 2. 284/86, que instituiu novo regime econômico. Nesse sentido: RT, 609/342, 631/325 e 640/326; DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código Penal anotado*, São Paulo, Saraiva, p. 131; ALBERTO SILVA FRANCO, *Temas de direito penal: breves anotações sobre a Lei n. 7209/84*, São Paulo, Saraiva, 1986, p. 180; e PAULO JOSÉ DA COSTA JR., *Comentários ao Código Penal*, São Paulo, Saraiva, 1986, v. 1, p. 298;

e) a partir do trânsito em julgado para ambas as partes: RT, 661/275, 640/325, 634/304 e 629/348;

f) a partir da sentença condenatória: Agravo em Execução n. 579. 117/1, da 10ª Câmara do TACrimSP;

g) a partir do 11º dia subsequente à citação para pagamento da multa, nos termos do art. 164 da LEP: posição inicial do STJ: RE. 20. 028, 6ª T., DJU, 3-8-92, p. 11336¹⁶⁴.

Importante trazer à colação as explicações pormenorizadas de Mirabete:

Já se tem apontado como termo inicial da correção monetária a data do trânsito em julgado da sentença para as partes, momento em que a responsabilidade do réu se torna imutável e a sanção pecuniária devida e exigível; a data da citação quando se torna certa a pena em seu montante final; a data da sentença, porque antes desta a pena não se concretiza; ou a data do fato, por entender que o fundamento da correção monetária é apenas atualizar o valor do débito, não elevando nem diminuindo seu valor, e por isso não se violam com esse entendimento os princípios da anterioridade da lei penal ou da coisa julgada. Diante da modificação operada quanto à execução da multa pela Lei n. 9268/96, a dúvida persistirá. Pode-se sustentar que deve ela ser contada a partir da data do fato com fundamento na Súmula 43 do STJ, que diz incidir correção monetária sobre dívida por ato ilícito “a partir do efetivo prejuízo”, já que não se pode negar que o crime é um ato ilícito. Pode-se entender que, em se tratando de dívida de valor e não de dinheiro e constituindo-se a sentença condenatória como título de dívida de valor e certa, deve-se corrigir o débito a partir do momento em que se tornou exigível, correspondente ao vencimento, no primeiro dia subsequente ao décimo do trânsito em julgado da sentença (art. 1º, §1º, da Lei nº 6. 899/81-LCM, c. c. o art. 50, *caput*, do CP). Por fim, entendendo-se que o título executivo só se formou com a sentença condenatória irrecorrível, excluído o art. 1º, §1º, da Lei nº 6. 899/81, o cálculo deve ser feito, nos termos do §2º desse dispositivo. O crime evidentemente é incluído na categoria de atos ilícitos em geral e, por disposição expressa, a multa passou a consistir dívida de valor, devendo ser atualizada a partir da data do fato, posição aliás que vinha predominando nas decisões de nossos tribunais.

¹⁶⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal - parte geral*. v. I. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 382.

Sem razão, portanto, para os que elencam ponto positivo à mudança legislativa a possibilidade, agora (!), de ser aplicada a correção monetária, sem olvidar da maior celeridade empreendida no processo executório, já que a execução fiscal se tornaria mecanismo hábil e célere para obter a pecúnia correspondente à pena de multa aplicada.

Levamos à reflexão, também, esta pseudo vantagem consistente no abandono do rito estabelecido na Lei n. 7210/84- Lei de Execução Penal-, uma vez que a coercitividade maior – conversão em pena privativa de liberdade até o limite temporal de um ano - foi abolida, consoante revogação do parágrafo primeiro do artigo 51 do Código Penal.

Entendemos que o sistema anterior se tornava muito mais eficaz à medida em que adimplido o débito pecuniário, com o pagamento, a pena de multa convertida em pena celular ficaria sem efeito, não restando qualquer resquício de apenação, consoante o, também, revogado parágrafo 2º do artigo 51 do Código Penal.

Para os que aplaudiram a nova multa penal, contudo, argumentava-se que havia afronta, dentre outros, ao **Pacto de São José de Costa Rica**, do qual o Brasil foi um de seus signatários, violando-se, também, o texto constitucional vigente pela instituição de prisão por dívida.

Com efeito, entendemos que sem razão tais argumentos, reconhecendo, porém, sua inicial sedução, porque a pena de multa convertida em prisão nunca foi prisão por dívida posto ser PENA.

Assim, nem poderia estar encartada entre as exceções de prisão civil por dívida - prisão do devedor de pensão alimentícia e prisão do depositário infiel-, estatuídas na Constituição Federal.

Ultrapassada essa questão, relativamente, agora, à nova multa penal, não podemos, de forma precipitada, concluir que sua natureza jurídica é civil ou que o caráter é bivalente, diante do momento de análise.

Do contrário, estar-se-ia concluindo que o proveito financeiro será destinado à vítima por um ato ilícito (ou mesmo lícito), que não constitua necessariamente crime ou delito, de acordo com o Código Civil em vigor e/ou seria negada vigência aos princípios vetores de ordem penal, o que seria, a nosso entender, totalmente incabível.

Diante da digressão feita, reconhecemos que a **dívida de valor** agregada à multa penal implicou não só a obrigatoriedade da **correção monetária**, mas, também, na aplicação da **Lei de Execuções Fiscais** para sua cobrança.

Com absoluta razão, aponta Marcellus Polastri Lima:

Ora ao dispor que serão aplicadas as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas, obviamente estabelece o dispositivo legal que se aplicará todo o procedimento regulado por tais normas, a saber, a Lei nº 6. 830/80¹⁶⁵.

No mesmo sentido, o aresto colhido no TACrimSP, AE 1. 036. 425/1, 11ª Câm. , rel. Juiz Xavier de Aquino, j. Em 9-12-1996, RT 740/621)¹⁶⁶.

Problemas sérios defluem da aplicação da Lei de Execuções Fiscais à pena de multa, considerando-na sanção penal, a exemplo do inafastável princípio da intranscendência da pena.

A partir daí, questiona-se:

¹⁶⁵ LIMA, Marcellus Polastri e outra. *Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2005, p. 156.

¹⁶⁶ “Ao considerar a multa “dívida de valor”, a Lei n. 9268/96, além de impossibilitar sua conversão em custódia carcerária, quis dizer que ela está sujeita à atualização monetária até o seu efetivo pagamento”.

- a) A lei de execuções fiscais, à exceção do prazo prescricional previsto no artigo 114 do Código Penal, seria aplicada na íntegra, sem qualquer restrição, nas execuções das multas penais?
- b) Na hipótese de aplicação irrestrita, haveria conflito com o princípio da intranscendência da pena figurar no pólo passivo, como executados, terceiros estranhos à prática do delito, na qualidade de “responsáveis”?
- c) O mesmo conflito seria verificado quando, *pos mortem*, fossem chamados, na qualidade de executados, possíveis herdeiros do réu (apenado) que falecera antes da deflagração da ação executiva? O raciocínio inerente à extinção da punibilidade quando em curso o cumprimento da pena privativa de liberdade seria aplicado para a pena pecuniária?
- d) A aplicação irrestrita do rito estabelecido para a cobrança da pena pecuniária ensejaria arguição de inconstitucionalidade quando em foco a pena pecuniária, de acordo com o disposto no artigo 5º, inciso XLV da Constituição da República?

Procurando enfrentar questionamentos de ordem prática, vislumbramos que, como primeiro passo, há de se destacar que a única restrição, de ordem legal, verificada no novel artigo 51 do Código Penal diz respeito aos **prazos prescricionais** previstos no artigo 114 do Código Penal, já que a Lei n. 9268/96 expressamente disciplinou esse dispositivo.

Relativamente à prescrição, frise-se, que as causas interruptivas e suspensivas estão previstas no artigo 2º, parágrafo 3º da Lei n. 6830/80, como também nos artigos 151 a 155 do Código Tributário Nacional.

Regras especiais de natureza extrapenal são aplicadas à pena de multa porquanto dívida de valor após o trânsito em julgado da sentença pena condenatória.

Ademais, houve **reforço legal** ao mencionar que seriam aplicadas “... as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, **inclusive no que concerne às causas**

interruptivas e suspensivas da prescrição”. Chegar-se-ia à conclusão, portanto, que o procedimento, na íntegra, previsto naquele diploma normativo deverá ser aplicado.

Daí deflue que os responsáveis, da mesma forma que o devedor – artigo 4º, incisos V e I da Lei 6830/80 –, poderiam ser executados, também, quando o crédito decorrer de multa penal.

Haveria, nesse passo, violação ao princípio da intrancendência penal? Qualquer resposta deve preceder ao exame da constitucionalidade, *in casu*, do disposto no artigo 5º, inciso XLV da Consituição Federal em vigor.

Não restam dúvidas que o legislador infraconstitucional e, conseqüentemente, a nova multa penal admite que o “terceiro” responda com patrimônio próprio. Porém, há de ser realizado o exame constitucional nessa hipótese.

Segundo o dispositivo constitucional sob exame, apenas a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens autorizariam o ingresso dos sucessores, até o limite do valor do patrimônio transferido, no polo passivo de uma ação de cobrança e/ou executiva.

E a pena de multa? Através da simples interpretação gramatical, extrai-se do texto constitucional que referida pena não foi encartada entre as duas exceções, o que redundaria afirmar que a pena de multa só pode responsabilizar àquele que cometeu a infração penal.

Com apurada reflexão acerca do tema, levamos à baila a seguinte discussão: haveria, de fato, violação ao princípio da intranscendência da pena, na hipótese dos sucessores serem chamados a integrar o polo passivo de uma demanda em cujo crédito constasse a multa penal? Aqui não pode se olvidar que os sucessores seriam chamados para pagar esse débito

pecuniário, **nos limites do valor transferido**, isto é, nos limites da herança deixada pelo *de cuius*, ora apenado. **Não haveria violação ao princípio da intrancendência porque a pena não estaria passando à pessoa do condenado sendo, pois, exemplificativas as duas hipóteses elencadas no artigo 5º, inciso XLV da Constituição.**

De outra feita, ao certo, poderia surgir raciocínio diverso no sentido de que o apenado falecido, ainda que transferisse bens aos seus sucessores, não haveria contra esses a cobrança desse crédito público pela transgressão ao princípio da intrancendência da pena, já que morto, deixaria de ser “pessoa”. Seria argumento contrário, também, a pseudo taxatividade das hipóteses previstas no referido dispositivo constitucional, por se tratar de norma de exceção e constrictiva de direitos.

Reforça esse argumento, quando o texto constitucional explicita apenas a obrigação de reparar o dano e a pena de perdimento de bens serem as únicas hipóteses, nos termos da lei, a autorizar a extensão aos sucessores nos limites do patrimônio transferido pelo apenado.

Nesse aspecto, a pena de multa no direito penal argentino, segundo Soler:

La pena de multa consiste en la obligación de pagar una suma de dinero, impuesta por el juez. Es una verdadera pena, cuyo fin es herir al delincuente en su patrimonio; en consecuencia, **al igual que las demás penas, es personal. Es inaceptable el pago de la multa por un tercero**; no hay solidaridad entre varios obligados, ni puede heredarse la obligación de pagarla. Si el autor del delito muere antes de que la sentencia haya pasado en autoridad de cosa juzgada, queda extinguida la acción penal; si muere después, y la multa no ha sido pagada o no lo ha sido totalmente, tal obligación queda extinguida, y no afecta a los herederos, según se desprende de la disposición del art. 70, C. P. , que autoriza la ejecución de los bienes propios del condenado, aun después de muerto, para el pago de las indemnizaciones pecuniarias inherentes a la pena. **La multa no tiene ese carácter.** Por otra parte, para que la multa se transforme en un crédito común sería preciso una disposición específica, ya que es evidente que, al hacerse efectiva contra los herederos, pierde su carácter de pena, pues no puede ser convertida en arresto. El fin del Estado, al imponer una multa, no

es el de aumentar sus rentas o crear-se una fuente de recursos, sino reprimir un delito en la persona de su autor¹⁶⁷. (grifo nosso)

Fundamental, também, as palavras de Carrara:

De resto, convém ter presente que a pena pecuniária deve, na lei criminal, ser sempre despida de qualquer idéia de indenização, bem como diferenciar-se desta. Tal distinção não é apenas tecnológica; ela influi sobre as consequências jurídicas da passagem em desfavor dos herdeiros, da solidariedade, e da responsabilidade de terceiros-coisas, tôdas essas, que se podem admitir quando uma “ammenda”, impròpriamente chamada pena, não seja em substância senão uma reparação do dano. Repugnam elas à multa irrogada como verdadeira pena, uma vez que, embora pecuniária, não deve esta deixar de ser pessoal¹⁶⁸.

A situação dos responsáveis se torna ainda mais complexa, eis que a lei de execução fiscal não admite o “benefício de ordem” podendo serem acionados, aleatoriamente, o verdadeiro devedor ou o responsável. Nesse caso, entendemos que haveria inconstitucionalidade do disposto no artigo 4º, inciso V da Lei n. 6830/80, na hipótese do crédito exequiundo ser a multa penal, de acordo com o supracitado dispositivo constitucional.

Quanto às fases da pena de multa, entendemos ser pertinente analisar os momentos anterior e posterior ao trânsito em julgado, uma vez que o disposto no artigo 51 do Código Penal refere-se à sua nova natureza jurídica somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Assim, somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória estará formado o título executivo hábil à instrução do processo executório, o que a torna dívida de valor, segundo o novo diploma normativo.

Contudo, cabe analisar o período que intercede ao trânsito em julgado da sentença, isto é, a fase consistente na sua aplicação e o momento relativo ao trâmite recursal.

¹⁶⁷ SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1992, p. 445-446.

¹⁶⁸ CARRARA, Francesco. *Programa de Direito Criminal* – parte geral, v. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 1957, p. 145.

Em outras palavras: Caberia execução provisória da pena de multa? Qual sua verdadeira identidade nesse período? Seria aqui, também, dívida de valor?

Desmembrando os questionamentos, passamos a análise.

A pena de multa será considerada dívida de valor **somente** após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória à luz do *caput* do artigo 51 do Código Penal.

Assim, o processo executório estabelecido na Lei de Execuções Fiscais só poderia ser utilizado após esse momento, isto é, após o trânsito em julgado da sentença.

Em momento anterior, isto é, entre a aplicação e a fase do trâmite recursal, caberia a execução da pena de multa?

Considerando que nas penas privativas de liberdade é possível a **execução provisória** quando, na sentença, o juiz negar à liberdade impondo ao réu o recolhimento ao cárcere, é possível, também, a **execução provisória da pena de multa**? Em caso afirmativo, qual seria o rito a ser obedecido?

Entendemos **não ser possível a execução provisória da pena de multa**, não pela existência de recursos em trâmite que em nada obstará à execução, mas porque haveria impeditivo legal para a utilização da Lei 6830/80 antes do trânsito em julgado da sentença condenatória na vigência do novel artigo 51 do Código Penal.

A fase de execução, portanto, somente poderá ser instaurada após o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação e para a defesa.

6.3 Destinação da pena de multa

O artigo 49 do Código Penal é claro ao dispor que “A pena de multa consiste o pagamento ao **fundo penitenciário** da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa”. (grifo nosso)

De forma didática, Mestieri: “A pena de multa é o substitutivo clássico para as penas curtas de prisão. Consiste no pagamento ao fundo penitenciário de um certo valor em dinheiro, fixado na sentença”¹⁶⁹.

Nunca se colocou em dúvida a correta e legal destinação da pena pecuniária, já que nada mais salutar do que ser destinada a um fundo que compete, principalmente, ao custeio e manutenção do sistema carcerário. In casu, trata-se da **Lei Complementar n. 79, de 7-1-94** que disciplina o Fundo Penitenciário Nacional-Funpen.

Entretanto, sem qualquer razão plausível, após a edição da Lei n. 9268/96 com novas características outorgadas à multa penal, o então Presidente da República editou a **Medida Provisória n. 2. 168, de 28-06-2001** que, no ano de 2003, encontrava-se na 38ª reedição, disciplinando o ingresso de receita proveniente da arrecadação com penas pecuniárias para o Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo, de forma absolutamente inconstitucional, já que o Código Penal, em hipótese alguma, pode ser objeto de reforma por via de medidas provisórias, na esteira clara do **artigo 22, inciso I da Constituição Federal em vigor** – “Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, **penal**, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”. (grifo nosso)

¹⁶⁹ MESTIERI, João. *Teoria elementar do Direito Criminal*. Rio de Janeiro: Edição do autor, 1990, p. 339.

Como anteriormente analisado, a pena de multa é PENA, mas a título, contudo de argumentação, a prosperar a tese da sua natureza jurídica ter se modificado para crédito tributário, mesmo assim o Chefe do Executivo Nacional não estaria autorizado a emitir medida provisória na esteira que o fez, com base no artigo 21, inciso I da Constituição Federal, eis que a União, *in casu*, o Congresso Nacional seria o único legitimado a proceder qualquer espécie de reforma.

Nesses termos, as preciosas lições de Mirabete:

As multas constituem recursos do Funpen (Fundo Penitenciário Nacional) criado pela Lei Complementar n. 79, de 7-1-94, que foi regulamentada pelo Decreto n. 1093, de 23-3-94, conforme dispõe o artigo 2º, inciso XV, do primeiro diploma. Entretanto, em mais um absurdo da legislação pátria, as “penas pecuniárias” passariam a constituir receita do serviço nacional de Aprendizagem do Cooperativismo, criado no Programa de Revitalização de Cooperativas de Produção Agropecuária, tal como consta do art. 10, inciso VI da Medida Provisória n. 2. 168-38, de 28-06-01¹⁷⁰.

6.4 Atos administrativos limitativos de valores relativamente à nova multa penal

A Administração Pública tem o poder-dever de se pronunciar para fiel cumprimento de seu mister que é administrar a *res* pública. Assim, emite atos administrativos normativos, enunciativos, negociais, punitivos e ordinatórios, de acordo com o comando a eles intrínsecos.

Assinale-se que os atos administrativos normativos guardam relação de hierarquia com a Constituição e a Lei, já que o campo reservado à autonomia dessa categoria não mais subsiste no atual texto constitucional.

¹⁷⁰ MIRABETE, Julio fabrini. *Manual de Direito Penal* - parte geral. v. I. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 290.

Não há, portanto, qualquer afronta ao texto constitucional, ou à Lei, quando impõe, internamente, normas para viabilizar a propositura de ações, em especial, quando fixa limite pecuniário. O princípio da economicidade ganhou *status* constitucional, posto ser princípio fundamental à Administração Pública¹⁷¹, devendo nele pautar toda a sua atividade. Sendo assim, a Fazenda Pública pode não ajuizar, v.g., execução fiscal se o crédito exequendo estiver abaixo do fixado administrativamente.

Problema sério deflue quando o crédito exequendo é oriundo de multa penal, vez que uma das características da sanção penal é sua inderrogabilidade, ou seja, a certeza de seu cumprimento, traduzindo-se em verdadeiro princípio vetor do direito penal.

6.5 Patamares mínimos estabelecidos pela fazenda pública

Relativamente aos créditos tributários que ingressam no patrimônio da Fazenda Pública, vigem portarias ou atos administrativos congêneres apresentando patamar mínimo para a execução. Tratam-se de normas internas de organização administrativa, já que o princípio da economicidade é fundamental à estrutura da Administração Pública, consoante artigo 37, *caput* da Constituição Federal.

Nessa esteira, a Administração Pública tem o poder-dever de fixar patamar mínimo para futura execução fiscal.

Assim, cite-se, em âmbito federal a Portaria n. 375/80 e, no Estado do Rio de Janeiro, o processo E14/500365-97 onde o então Governador do Estado Marcelo Alencar

¹⁷¹ Cf. Artigo 37 *Constituição Federal* de 05-10-1988.

determinou que o patamar mínimo para a execução fiscal deve corresponder a 548,96 UFIR's, o que corresponde a R\$ 881,02 (oitocentos e oitenta e um reais e dois centavos)¹⁷².

Tal limitação é completamente incongruente com a natureza da PENA de multa, eis que a ela insito o princípio da inderrogabilidade.

Portanto, o juiz não pode recusar a execução por entender que o valor da multa reclamada é irrisório, em hipótese alguma, inobstante às portarias e demais atos administrativos normativos em vigor.

Só caberá, a nosso ver, a arguição da inconstitucionalidade, *incidenter tantum* ou por via direta, a fim de que o absurdo já institucionalizado continue a gerar efeitos acabando, por completo, a pena de multa e, por consequência, o fundo penitenciário nacional. Do contrário, o sistema carcerário brasileiro continuará caótico pela pretensa “falta de verbas”.

6.6 Dívida ativa e pena de multa

Antes de instaurar o processo executório fiscal, imprescindível a inscrição do débito pecuniário na dívida ativa da Fazenda Pública. Assim, a multa penal deve ser inscrita, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, para viabilizar a futura ação coercitiva.

Não há prazo legal para a inscrição do débito pecuniário na Dívida Ativa. Contudo, há prazo para o ajuizamento da medida judicial (ação de execução fiscal), posto que

¹⁷² **Portaria nº 375, de 18 de novembro de 1980, do Ministro da Fazenda**, dispõe sobre a sustação da cobrança judicial e a não-inscrição como Dívida Ativa da União, de débitos para com a Fazenda Nacional de valor originário igual ou inferior a Cr\$12. 000,00 (doze mil cruzeiros), constituídos a partir de 1º de janeiro de 1977.

a inércia poderá acarretar a prescrição da pretensão executória prevista no artigo 114 do Código Penal.

Neste diapasão, felizes as observações de Ronaldo Cunha Campos-*verbis*:

Cumpra desde já notar que a expressão “Dívida Ativa” recebe inúmeras críticas. Na realidade não se mostra feliz. Dívida Ativa designa um grupo de créditos dos entes públicos e não débitos seus. Estes se agrupam sob o rótulo dívida passiva.

Induvidosamente a expressão “Dívida Ativa” revela-se equívoca. Contudo, a lei a maneja, e cumpra-nos tão só elucidar seu conteúdo.

A Lei 4. 320/64, com a redação dada pelo Decreto-Lei 1. 735, de 20 de dezembro de 1979, ao seu art. 39, desenha os contornos desta figura.

Art. 39. Os créditos da Fazenda Pública, de natureza trinitária ou não tributária, serão escriturados como receita do exercício em que forem arrecadados, nas respectivas rubricas orçamentárias.

& 1º - Os créditos de que trata este artigo, exigíveis pelo transcurso do prazo para pagamento, serão inscritos, na forma da legislação própria, como Dívida Ativa, em registro próprio, após apurada sua liquidez e certeza, e a respectiva receita será escriturada a esse título.

& 2º - Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e Dívida Ativa Não-Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multas de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, aluguéis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de sub-rogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais.

A Dívida Ativa não se confunde com crédito tributário, seu conceito oferece maior abrangência. O texto legal é claro (art. 39, & 2º)¹⁷³.

¹⁷³ CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Ação de execução fiscal*. Rio de Janeiro: Ed. Aide, 1995, p. 10-12.

6.7 Suspensão da execução da multa penal

Sob essa rubrica, pode-se extrair do texto penal, segundo o **artigo 52**, uma hipótese de suspensão da execução da multa-*verbis*: “É suspensa a execução da pena de multa, se sobrevém ao condenado doença mental”.

No mesmo sentido, artigo 167 da Lei de Execução Penal-Lei n. 7210/84: “A execução da pena de multa será suspensa quando sobrevier ao condenado doença mental (artigo 52 do Código Penal)”.

Como ponto de partida, observa-se que referido dispositivo legal não foi alterado pela Lei n. 9268/96, o que redundaria afirmar ter o mesmo conteúdo em momento anterior à pena de multa como dívida de valor.

Ora, *data venia*, parece-nos que o legislador infraconstitucional não apreendeu o alcance desse comando normativo, uma vez que a suspensão da execução da pena de multa ao réu acometido de doença mental superveniente só teria sentido quando a multa penal comportava coerção consistente em prisão pelo descumprimento, já que no sistema brasileiro não se admite cumprimento de pena privativa de liberdade aos inimputáveis.

À medida em que a multa penal passa a assumir contornos de dívida de valor, tal possibilidade se torna absolutamente nula, não havendo, por conseguinte, qualquer risco ao direito à liberdade do réu acometido de doença mental.

O disposto no artigo 52 deveria, a nosso aviso, ter sido revogado pela Lei n. 9268/96, já que em nada impediria a nomeação de curador ao réu nessas condições para a propositura da demanda executória.

Ao revés, assim como nas dívidas de natureza civil e nas demais dívidas de valor provindas de receita não penal não há qualquer obstáculo à nomeação de curador e ao curso do processo executório nessas condições.

7 A LEI Nº 9268/96 E O IMPACTO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

7.1 Análise elementar do artigo 51 *caput* do Código Penal

Procedendo análise elementar do dispositivo mais importante da Lei n. 9268/96, o disposto no artigo 51 do Código Penal, verifica-se que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória é elemento indispensável para a propositura da ação executória. Como o texto legal não previu *trânsito em julgado para a acusação*, extrai-se que a execução da pena de multa só poderá ser realizada de forma definitiva. Assim, ao contrário do que ocorre com a pena privativa de liberdade- reclusão e detenção- a pena de multa não poderá ser objeto de execução provisória.

Ultrapassada essa questão, deduz-se daí que o texto legal atribui a natureza jurídica de dívida de valor somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Assim, possível, em tese, defender duas naturezas jurídicas à pena de multa, de acordo com o momento processual sob exame.

Por fim, “as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública”, conclui-se, ser a Lei n. 6830/80, que dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências. Do contrário, não teria sentido considerar a multa penal dívida de valor após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Indagar-se-ia: qual seria a *ratio* da dívida de valor se não pudesse ser veiculada mediante o rito estabelecido para a execução fiscal? À guisa de argumentação, por fim, como a letra da lei impõe, não há como fazer construção interpretativa e/ou dogmática para concluir ser a Lei de

Execução Penal- Lei n. 7210/84- a ser aplicada, inobstante tratar-se a multa penal, como adiante será reforçado, sanção penal e, portanto, pena.

Trata-se de pena a ser executada, agora, pelo rito estabelecido na Lei de Execuções Fiscais, segundo o novel disposto no artigo 51 do Código Penal.

Não comungamos, nesse assunto, com o pensamento do r. Jurista Juarez Cirino dos Santos quando apresenta as inovações advindas no direito positivo e, no mesmo passo, admite a aplicação da Lei de Execuções Penais concomitantemente, quando averba:

A pena de multa, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, transforma-se em dívida de valor, aplicadas as normas sobre dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive quanto à suspensão e interrupção da prescrição (artigo 51), e constitui título executivo judicial (artigo 164 da LEP).

Em caso de mora no pagamento da pena de multa, a Fazenda Pública pode requerer a citação do condenado para pagar o valor da multa ou nomear bens a penhora, no prazo de 10 (dez) dias, admitindo-se o pagamento parcelado, em prestações mensais, iguais e sucessivas; se o condenado não pagar a pena de multa ou nomear bens à penhora, no prazo legal, serão penhorados bens do condenado suficientes para garantir a execução, prosseguindo-se na ação conforme a legislação processual civil (art. 164 & 2º, LEP)¹⁷⁴.

Como alhures visto, o rito a ser adotado não é o retromencionado, registrando, portanto, nossa discordância na aplicação do artigo 164 e parágrafos da LEP.

Ao final do dispositivo legal sob exame verifica-se reforço enfático quando o legislador impõe-*verbis*: **“inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição”**.

Em outras palavras, aqui o legislador determinou a aplicação da Lei de Execução Fiscal, na íntegra, reforçando, para espancar qualquer tipo de dúvida, que as causas interruptivas e suspensivas da prescrição, desta Lei, também deverão ser aplicadas.

¹⁷⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da pena*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2005, p. 93-94.

A análise elementar finda-se, mas os questionamentos se multiplicam.

Nessa esteira, indaga-se: por que o legislador infraconstitucional só pretendeu realizar o reforço enfático no tema prescrição? Acreditamos que o fez por ser o único instituto que tratou de forma isolada no Código Penal à vista do disposto no artigo 114, incisos I e II e artigo 117, incisos V e VI do referido *codex*. Assim, para que não pairassem dúvidas sobre a aplicação das causas suspensivas e interruptivas reguladas no Código Penal, a nova lei espancou eventual dúvida ao impor a aplicação da Lei de Execução Fiscal.

Questão interessante se deu com a situação do réu insolvente, cuja definição se extrai do artigo 50, §2º do Código Penal¹⁷⁵, que não sofrera modificação legislativa, vez que o não atuar fundamentado do Promotor de Justiça, *in casu*, não teria o condão de impedir o curso da prescrição que seria responsável, em última análise, à declaração da extinção da punibilidade com fulcro no artigo 107, inciso IV do Código Penal.

Agora, com a nova Lei, a situação jurídica do réu insolvente se agravou, vez que precederá à insolvência o reconhecimento da inexistência de bens, que é causa de suspensão do processo de execução fiscal, consoante artigo 40 da Lei n. 6830/80. Ilustre-se:

No caso de cobrança de multa a que foi condenado o réu, verificando-se a inexistência de bens e em sendo a insolvência presumida-diversamente não poderia ser em face do princípio *in dubio pro reo*-outra não poderia ser a solução senão a suspensão da execução, já que do devedor insolvente não se poderia exigir o pagamento, cujo prazo prescricional da pena pecuniária continua a correr. Por tratar-se de situação benéfica ao acusado, deixar-se de aplicar o disposto na Lei 9268/96, que modificou a natureza da pena de multa, transformando-a em dívida ativa da União. TACrimSP,AE 1. 014. 513/8, 4ª Câm, rel. Juiz Péricles Piza j. Em 21-5-1996, RT 732/654.

¹⁷⁵ Art. 50 § 2º – O desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família.

Todavia, não comungamos com a parte conclusiva do aresto acima transcrito porque não é possível, *ad eternum*, aplicar-se conjuntamente lei nova e lei velha, no que toca aos pontos favoráveis ao réu. Assim, se a nova lei agravou a situação do réu insolvente no sentido de que não verá, ao longo do tempo, a possibilidade de se reconhecer a prescrição (penal) em seu favor, não por essa razão se tornaria ineficaz. A aplicação da Lei n. 9268/96 se afigura inadmissível, segundo Teoria Geral do Direito Penal, por ser mais gravosa aqui, às hipóteses fáticas ocorridas em período anterior à sua vigência. E só.

A revogação advinda com a Lei n. 9268/96 relativamente à conversão da pena de multa impaga em pena privativa de liberdade, como forma coercitiva para ser alcançado o pagamento, se estenderia às penas restritivas de direitos definidas por valores- prestação pecuniária e a perda de bens ou valores-descumpridas? Ou no que tange à estas, dado o caráter peculiar de pena substitutiva à pena privativa de liberdade, como condição *sine qua non*, em caso de descumprimento imotivado seria aplicada a pena privativa de liberdade?

Cirino enfrenta a questão-*verbis*:

Na hipótese de descumprimento injustificado de penas restritivas de direitos definidas em **valores**; após o trânsito em julgado da sentença condenatória, transforma-se igualmente em dívida de valor, com aplicação das normas sobre dívida ativa da Fazenda Pública (art. 51CP), legitimada para a ação de execução civil competente¹⁷⁶.

Inobstante brilhantismo do doutrinador, discordamos dessa posição porque a pena restritiva de direitos é, por natureza, **pena substitutiva à pena privativa de liberdade**, sendo errônea, registre-se, a designação “pena alternativa” porque a aplicação da restrição a direitos-artigo 43, incisos I, II, IV, V e VI do Código Penal não constitui hipótese alternativa à prisão celular mas, ao revés, **pena substitutiva**. Em caso de descumprimento da prisão restritiva de

¹⁷⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da pena*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2005, p. 95.

direitos, por natural, exsurge a aplicação da pena primitiva, ora seja, a pena privativa de liberdade, dado o seu caráter substitutivo.

Portanto, a não conversão em pena privativa de liberdade estabelecida pela Lei n. 9268/96 às penas de multa não tem aplicação às penas restritivas de direitos, não só na hipótese sob exame- inciso II do artigo 43 do Código Penal-, como também no inciso I do mesmo artigo- prestação pecuniária-, pelo caráter substitutivo dessa pena, além de não tratar de dívida de valor contrariamente à pena de multa estatuída no artigo 32, inciso III do Código Penal.

Imprescindível destacar a situação da pena pecuniária descumprida, pelo réu solvente, no âmbito do Juizado Especial Criminal. Assim, indagar-se-ia: é possível a conversão em pena privativa de liberdade relativamente à multa impaga, quando em sede do Juizado Especial Criminal?

Consigne-se os termos do artigo 85 da Lei n. 9099/95 – **“Não efetuado o pagamento da multa, será feita a conversão em pena privativa de liberdade, ou restritiva de direito, nos termos previstos em lei”**.

Diferindo da pena restritiva de direitos do Código Penal, segundo análise retro, a pena de multa aplicada no Juizado Especial Criminal não é pena substitutiva. De forma autônoma será aplicada e executada. A Lei n. 9268/96, outrossim, a ela se subsume.

Diante da submissão às novas normas penais, não será mais possível converter em pena privativa de liberdade quando se tratar de multa impaga, senão submeter o réu inadimplente ao executivo fiscal, nos moldes preconizados no *caput* do artigo 51 do Código Penal.

De acordo, assevera Damásio:

A Lei dos Juizados Especiais Criminais permitia a conversão da multa em pena privativa de liberdade (detenção ou prisão simples) na hipótese de

inadimplemento pelo condenado. A Lei n. 9268, de 1º de abril de 1996, alterou diversos dispositivos da Parte Geral do CP, inclusive o artigo 51, que admitia a conversão da multa em detenção, revogando-o. Em face disso, o art. 85 da Lei dos Juizados Especiais Criminais foi tácita e parcialmente revogado. Assim, fica proibida a conversão da pena de multa em detenção ou prisão simples¹⁷⁷.

Arremata, por fim, Rogério Greco:

Ora, se o Juizado Especial Criminal, como diz o art. 62 da Lei n. 9099/95, objetiva, sempre que possível, a aplicação de pena não privativa de liberdade, será que justamente aqui, onde são julgadas as infrações de menor potencial ofensivo, seria possível a conversão? É claro que não. Embora não tenha havido revogação expressa do art. 85 da Lei n. 9099/95, a sua aplicação está completamente inviabilizada, pois que a Lei n. 9268/96, revogando os parágrafos do art. 51 do Código Penal, bem como o art. 182 da lei de execução Penal eliminou as regras de conversão. E, se não há regras, como converter a pena de multa aplicada no Juizado Especial Criminal em pena privativa de liberdade? Impossível, pois que não cabe ao julgador criá-las de acordo com a sua própria convicção¹⁷⁸.

Importante trazer à lume pensamento de Luiz Flávio Gomes:

No que concerne à natureza jurídica, não há dúvida de que a prestação pecuniária possui natureza penal. É uma obrigação de dar (não se confunde com a obrigação de fazer algo pessoalmente), que deve ser cumprida no âmbito do juízo penal (aliás, perante o mesmo juízo processante, salvo onde existe Vara Executiva Especializada). **Não há como confundir a prestação pecuniária, que é pena substitutiva da prisão, com a multa estatal. Esta, depois do trânsito em julgado converte-se em dívida de valor (CP, art. 51). O mesmo deve ser dito em relação à multa reparatória do art. 297 do CTB, assim como à multa dos juizados criminais ou à multa substitutiva.** A prestação pecuniária, se se transformasse em dívida de valor, não poderia jamais dar ensejo à prisão (isto é, não seria objeto de conversão). **Precisamente porque não conta com essa natureza civil, senão penal, em caso de descumprimento injustificado (art. 44, § 4º), converte-se em pena privativa de liberdade¹⁷⁹.** (grifos nossos)

¹⁷⁷ JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997, p. 102.

¹⁷⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – parte geral*. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2003, p. 608.

¹⁷⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 132.

Oferecemos objeção, porém, com relação à equiparação feita ao artigo 51 do CP relativamente à **multa reparatória**, prevista no artigo 297 da Lei n. 9503/97 – Código Brasileiro de Trânsito –, conforme transcrição abaixo:

Art. 297-A penalidade de multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no §1º do art. 49 do Código Penal, sempre que houver prejuízo material resultante do crime.

§ 1º- A multa reparatória não poderá ser superior ao valor do prejuízo demonstrado no processo.

§ 2º- Aplica-se à multa reparatória o disposto nos arts. 50 a 52 do Código Penal.

§ 3º- Na indenização civil do dano, o valor da multa reparatória será descontado.

Acreditamos que a multa reparatória não é, e não está subsumida, às espécies de penas previstas nos incisos I a III do artigo 32 do Código Penal: Art. 32- As penas são:

I - privativas de liberdade;

II - restritivas de direitos;

III - de multa.

Trata-se de indenização imposta, obrigatoriamente, pelo Juiz Criminal às vítimas de alguns delitos de trânsito.

Entendemos, todavia, que para adequar ao princípio dispositivo, de fundo constitucional, é imprescindível que haja provocação da parte interessada, inobstante constar no texto legal que a multa reparatória **deve** ser fixada pelo Juiz nos casos em que ficar provado a existência de prejuízos materiais.

Para sua fixação o juiz prescinde de comprovação dos lucros cessantes ou/e danos emergentes para a fixação do *quantum debeatur*, já que a lei não parece admitir a fixação para pagamento de danos morais, ainda que seja feita prova nesse sentido.

7.2 Multa reparatória

A imposição da multa reparatória não exclui a reparação do ilícito na esfera cível podendo, contudo, ser abatido o seu valor quando ajuizada a ação.

A receita da multa reparatória é destinada, diretamente, à vítima (ou sucessores), ao passo que na multa penal é o Estado, mas precisamente o Fundo Penitenciário Nacional, além do que as hipóteses subjacentes são opostas, pois na multa penal haverá resposta à prática de um delito, enquanto na multa reparatória haverá pagamento pelos efetivos prejuízos materiais suportados pela vítima no infortúnio. É, portanto, inconcebível levar em consideração as alterações normativas da nova pena de multa à multa reparatória porque esta, segundo nosso juízo, **não é pena**, inobstante constar do artigo 297, §2º do Código de Trânsito Brasileiro em vigor que “aplica-se à multa reparatória o disposto nos arts. 50 a 52 do Código Penal.

Com acerto Maurício Antônio Ribeiro Lopes:

De início convém distinguir que no sistema do Código de Trânsito convive em perfeita harmonia a pena de multa devida ao Estado pela condenação criminal em virtude de prática de delito de trânsito, além da multa reparatória à vítima, que visa compensar o dano ou prejuízo material sofrido com o delito. E nisso esse dispositivo é taxativo, imperativo, ou seja, é de aplicação obrigatória pelo julgador. Além das punições comuns, consignadas em cada dispositivo, e nelas incluída a multa puramente penal, há a pena reparatória, que não consta assinalada nos mesmos, mas de aplicação obrigatória desde que se manifestar o dano material, nele incluído o dano físico ou corporal à pessoa humana.

Continua em outra passagem:

Tem a multa reparatória caráter indenizatório, tanto que de eventual indenização civil do dano determinada judicial ou extrajudicialmente deverá ser descontado o valor antecipado pela multa reparatória, segundo a diretriz do §3º do artigo em comento. **Destaca-se, pois, que a multa reparatória será pena cumulativa e obrigatória, sem prejuízo das demais aplicáveis ao crime**¹⁸⁰. (grifos nossos)

Com clareza, disserta Fernando Célio de Brito Nogueira:

A multa reparatória tem o caráter de indenização civil destinada à vítima ou seus sucessores, distinta, evidentemente, da pena pecuniária recolhida ao Funco Penitenciário do Estado.

Interessante que, embora tendo atribuído à multa reparatória caráter de indenização civil, o legislador estabeleceu como critério de cálculo a fixação de valor em dia-multa, remetendo ao tratamento dispensado à pena de multa, no Código Penal, que em seu art. 49, §1º, estabelece que o valor do dia-multa será fixado pelo juiz, não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a cinco vezes esse salário¹⁸¹.

Atribuindo natureza penal, Rogério Felipeto:

A multa reparatória ainda é acoimada de inconstitucional por constituir pena que ultrapassa a pessoa do réu, vulnerando o artigo 5º, XLV, da Constituição Federal. A explicação de *Antonio Scarance Fernandes* amolda-se como luva à questão. Diz ele que a reparação é efeito civil da condenação criminal, tendo reconhecimento constitucional, para guindar ao Texto Maior a importância já consagrada na legislação, explicitando a responsabilidade do patrimônio do ofendido. A previsão constitucional foi resultado da relevância social da questão reparatória, que extravasa o interesse individual da vítima.

Mas da questão da constitucionalidade da multa reparatória surge também a indagação, que nos parece relevante, sobre a sua natureza jurídica, se penal ou civil. Sendo de natureza civil, há harmonia com o Texto Constitucional, caso contrário, haveria de ser admitida a criação da pena que extrapola a pessoa do réu. Dentre os que admitem a natureza penal da multa reparatória; *Ariosvaldo Campos Pires e Sheila Jorge Selim de Sales*. Em oposição, batendo-se pela natureza civil do instituto: *Cezar Roberto Bitencourt*:

A natureza jurídica da multa reparatória é penal, vez que é pena, sanção coercitivamente imposta ao acusado, resultante do império estatal. Não se trata de avença, mas de expiação. Presente esse caráter, não se pode afastar a natureza penal do instituto. Mas dessa afirmação não decorre que a multa reparatória seja inconstitucional. E como discorre Luiz Flávio Gomes, a pena de multa reparatória, intrinsecamente, é pena, produzindo todos os efeitos

¹⁸⁰ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Crimes de trânsito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 132.

¹⁸¹ NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. *Crimes do Código de Trânsito*. São Paulo: Editora Atlas, 1999, p. 86.

comuns às penas (gerar reincidência, antecedentes, impedir a incidência de outros institutos penais, dentre outros). Do ponto de vista extrínseco, é ela valor monetário, instituído em favor da vítima ou de seus sucessores. Com o trânsito em julgado da sentença condenatória surgem duas pretensões executórias, uma civil e uma penal, cada qual executável no Juízo competente, atuando o Ministério Público na pretensão reparatória apenas se a vítima for pobre (art. 68 do Código de Processo Penal). Ainda em prol da constitucionalidade do dispositivo, registre-se a expressa ressalva da Constituição Federal quanto à possibilidade da reparação do dano e de a perda de bens poder incidir sobre o patrimônio objeto da herança, embora exista quem insista na inconstitucionalidade dessa previsão, porque dissonante dos princípios constitucionais que garantem a personalidade da pena¹⁸².

Em sentido contrário, com absoluta propriedade, ensina Marcellus Polastri Lima:

Explica-se: o intuito do legislador foi enfatizar que a multa reparatória é uma dívida de valor, conforme dispõe a nova redação do art. 50 do CP, especialmente em vista da natureza civil de tal multa. Porém, o mesmo dispositivo penal determina que, não havendo pagamento, aplicam-se as normas da dívida ativa da Fazenda Pública, o que leva à conclusão, no caso da multa penal, de sua inscrição em dívida ativa e execução pela Procuradoria da Fazenda Nacional, não sendo competente o MP.

Ora, ocorre que, aqui, se trata de multa reparatória, de *natureza civil* e, assim, sendo uma indenização reparatória patrimonial para a vítima, só esta pode ter o interesse em executá-la, não podendo prevalecer a atribuição do MP ou da procuradoria da Fazenda Pública para execução, havendo incompatibilidade com a inscrição do crédito particular da vítima na *dívida pública da União*¹⁸³.

Diante do exposto, não há como negar razão ao doutrinador supra, eis que adequando-se à multa reparatória ao princípio dispositivo, a fim de que a parte interessada exteriorize sua pretensão, não vemos qualquer óbice à sua constitucionalidade. A natureza, segundo entendemos, **é civil** porque, a par da receita não ser destinada ao Estado, não haveria necessidade do legislador se reportar a parte de dispositivos legais relativamente à multa penal, assim como não seria imaginável (e possível) a detração da pena.

¹⁸² FELIPETO, Rogério. *Reparação do dano causado por crime*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2001, p. 124.

¹⁸³ LIMA, Marcellus Polastri. A multa reparatória do Código de Trânsito Brasileiro. In: *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n. 11, p. 39.

7.3 Pena restritiva de direitos da espécie prestação pecuniária

As penas restritivas de direitos constituem modalidade de sanção penal tão autônoma quanto às penas privativa de liberdade e de multa.

Embora por muitos tratada como “pena alternativa”, em verdade não há alternância na condenação imposta, motivo pelo qual o adjetivo é equivocado. Trata-se, em verdade, de pena substitutiva, nos exatos termos do disposto no artigo 44 do Código Penal: “As penas restritivas de direitos são autônomas e **substituem** as privativas de liberdade, quando: [...]”

O caráter é de substituição à pena originalmente imposta, que deve ser, necessariamente, a pena privativa de liberdade.

Neste contexto, a Lei n. 9714/98 , conhecida como “Lei das Penas Alternativas”, majorou o elenco das penas restritivas de direitos, destacando-se a prestação pecuniária e a perda de bens e valores. Determina o artigo 43 do Código Penal:

As penas restritivas de direitos são:

- I - prestação pecuniária;
- II - perda de bens e valores;
- III - (Vetado);
- IV - prestação de serviço à comunidade ou à entidades públicas;
- V - interdição temporária de direitos;
- VI - limitação de fim de semana. (grifo nosso)

Importância singular para esse trabalho é analisar a pena restritiva de direitos que mais se aproxima da pena de multa, que é a prestação pecuniária, conceituada no artigo 45, § 1º e § 2º do Código Penal:

§ 1º- A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

§ 2º- No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza. (grifo nosso)

Diante dos peremptórios termos legais, **é possível afirmar que se trata de pena diametralmente oposta à pena de multa**. Guarda, contudo, pontos de similitude com à multa reparatória porque não será destinada aos cofres públicos, não sendo, também, quantificada através do sistema dias-multa.

Cezar Bitencourt aponta duvidosa constitucionalidade do dispositivo retro por haver vinculação ao salário-mínimo¹⁸⁴.

Para extirpar qualquer tipo de dúvida, indaga-se: o descumprimento voluntário, pelo réu solvente, da prestação pecuniária autoriza a aplicação do novel artigo 51 do Código Penal?

Entendemos ser absolutamente vedada a aplicação do artigo 51 do Código Penal nas prestações pecuniárias descumpridas, por réus solventes, porque se referem, em última análise, à espécie do gênero pena restritiva de direitos. O descumprimento desta fará exsurgir à pena privativa de liberdade, ante o ínsito caráter de substituição a elas inerente.

¹⁸⁴ BITENCOURT, César Roberto. *Manual de Direito Penal* - parte geral. v. I. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 456.

Levamos à reflexão, outrossim, o movimento retrógrado do legislador hodierno já que, em período inferior há dois anos, editara a Lei n. 9268/96 que extinguiu a conversão da multa impaga em prisão.

Ora, se diz que o movimento mundial em ciências penais gira em torno do estudo às medidas alternativas à prisão, em forte tendência à descarcerização diante do estigma e, conseqüentemente, da dificuldade do apenado reintegrar-se à sociedade como, então, conciliar com o ingresso daquele que não cumpriu, podendo fazê-lo, a prestação pecuniária ? Se aqui, tanto quanto à pena de multa, haverá pagamento em dinheiro, como regra, como resposta à prática delitiva, por que o legislador, em breve período anterior, agi na contramão ao editar a Lei n. 9268/96?

Não se examina aqui pressupostos autorizativos e demais nuances inerentes às duas modalidades de pena-pena de multa e pena restritiva de direitos (prestação pecuniária), mas o fundo que relaciona-se à carcerização pelo inadimplemento do réu solvente.

Se antes alegava-se afronta ao princípio da isonomia e avanço legislativo na execução da pena de multa denominada, para esse fim, “dívida de valor”, por que nada se comenta acerca do retrocesso havido com a Lei n. 9714/98 nesse aspecto?

A nosso ver, é indubitável reconhecer antinomia indesejável do legislador hodierno, já que ambas as situações deveriam merecer tratamento paritário, ora admitindo a prisão ao réu solvente que não adimpliu, voluntariamente, a obrigação estatal, ora vedando a prisão nos dois casos sob o argumento de ferir o princípio constitucional da isonomia.

Cite-se, por oportuno, a **Exposição de Motivos** à Lei n. 9714/98 (“penas alternativas”) é ressaltada a existência da nova modalidade de pena de prestação pecuniária

limitando-se, apenas, a mencionar que já estaria sendo utilizada nos Juizados Especiais Criminais¹⁸⁵.

Sobre a prestação pecuniária inadimplida, Luiz Flávio Gomes elucida:

Conversão da pena. Na eventualidade de que o condenado, injustificadamente, não cumpra a pena restritiva na forma e extensão determinadas, dar-se-á sua conversão em pena privativa de liberdade (v. acima comentários ao art. 44, §4º). Volta a pena de prisão que foi originalmente imposta e depois substituída. Caso tenha sido feito alguma pagamento (parcial), o juiz deve descontar uma parte da pena de prisão, aplicando, por analogia o §4º do art. 44. O *quantum* do desconto deve ser fixado com base na equidade¹⁸⁶.

Cotejando pena de multa e pena de prestação pecuniária, Jair Leonardo Lopes toma posição:

A pena de multa, além de poder ser imposta com a pena privativa de liberdade, quando com esta estiver prevista nas cominações legais cumulativas, pode, também, ser aplicada, isoladamente, quando a cominação legal for alternativa e o Juiz fizer opção por ela.

Mas, além disso, poderá ser utilizada como substitutiva da pena privativa de liberdade aplicada. O §2º do art. 44 amplia as hipóteses de substituição da pena privativa de liberdade por multa. O Código Penal previa a substituição somente quando a pena privativa de liberdade aplicada não fosse superior a seis meses (art. 60§2º). Agora, a substituição por multa isolada, passa a ser admitida se a pena for igual ou inferior a um ano (1ª parte do §2º do art. 44). mas, se a pena for superior a um ano, a multa pode ser substitutiva ao lado de uma pena restritiva de direitos (2ª parte do §2º do art. 44). **Se a multa não for paga, a nosso ver, não poderá ser convertida em pena privativa de liberdade porque tal conversão é prevista para as penas restritivas de direitos e a multa não está na casuística do art. 43. Mas não seria possível supor uma pena cujo descumprimento não acarretasse qualquer consequência, por isso, a nosso ver, o não pagamento da multa determina a aplicação da Lei n. 9268**¹⁸⁷. (grifos nossos)

¹⁸⁵ Exposição de Motivos ao Projeto de Lei n. 2. 684/96, item n. 06 – “A prestação pecuniária já vem sendo usada, com sucesso, nos Juizados Especiais Criminais, tanto na modalidade do pagamento em dinheiro quanto na da prestação de outra natureza, como mão de obra e doação de cestas básicas.”

¹⁸⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 135.

¹⁸⁷ LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal - parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 195.

A parte final da posição adotada por Jair Leonardo Lopes grifada, *data venia*, discordamos, pelas mesmas razões já expendidas, em síntese, pela falta de paridade e sistematização do legislador hodierno relativamente às Leis ns. 9268/96 e 9714/98.

Contrariamente à tese apresentada, mas com novos argumentos, averba Felipeto:

Mas a possibilidade de conversão certamente despertará muita controvérsia, quando da efetivação da novel pena restritiva. A despeito da sugestão que se acabou de formular, com vistas a uma efetivação prática da aplicação da pena, é forçoso enfrentar tese sobre a impossibilidade de conversão de sanção de natureza pecuniária em pena corporal.

Rememore-se o que aconteceu com a execução da pena de multa. Em passado não tão remoto, o ordenamento autorizava a conversão da pena de multa em pena de prisão, quando descumprida a sanção de natureza pecuniária. Mas houve reforma do artigo 51 do Código penal, impedindo a conversão da pena de multa em pena de prisão e estatuinto outro caminho para buscar o cumprimento da expiação. A alteração teve por inspeiração o disposto no artigo 7. 7 da Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida também como Pacto de São José da Costa Rica, ao qual o Brasil aderiu, sendo promulgado pelo Decreto n. 678, de 06/11/1992, portanto de força cogente entre nós.

Esse mesmo dispositivo, agora, estaria a impedir a conversão da pena de prestação pecuniária em pena corporal, mesmo em caso de descumprimento. Sustentar-se-ia que nessa hipótese não haverá aplicação do artigo 44,§4º, do Código Penal, porque este não fora recepcionado pelo Decreto n. 678. Com efeito, a única ressalva do Decreto n. 678/92 a permitir a conversão de dívida em prisão é a referente ao inadimplemento de obrigação alimentar, que validaria a existência de prisão, e só.

O texto constitucional ressalva também a hipótese de prisão do depositário infiel. Mas, segundo uma corrente interpretativa, o artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal, estaria derogado pelo artigo 7. 7 do Decreto n. 678/92, uma vez que as normas de tratados internacionais sobre direitos fundamentais teriam a mesma hierarquia da norma constitucional, de modo que a sucessão temporal de normas teria derogado o artigo 5º, LXVII, quanto à possibilidade da prisão do depositário infiel, sendo, portanto, inconstitucional a prisão nessas situações¹⁸⁸.

Com efeito, no tema Tratados Internacionais não discutiremos sobre o controle de constitucionalidade a que se submete, hodiernamente, no Supremo Tribunal Federal, quiçá acerca dos sistemas monista ou dualista. Ao revés, discordamos de Felipeto porque insistimos

¹⁸⁸ FELIPETO, Rogério. *Reparação do dano causado por crime*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2001, p. 136-137.

que a pena de multa é PENA, e não DÍVIDA, daí porque sem sentido efetivar comparações às hipóteses de exceção relativamente às prisões civis por dívidas: “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel” – artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal.

7.4 Inconstitucionalidade da lei n. 9268, de 1 de abril de 1996

Promulgada no “dia nacional da mentira”, parecem guardar isonomia com a jocosa dada as inovações trazidas pela Lei n. 9268/96 à pena de multa.

Quebrando as regras de sistema, criando causas suspensivas e interruptivas de prescrição diferenciadas, inovando o sistema jurídico com a malfadada dívida de valor em matéria penal, retirando de aplicação a lei que trata do rito próprio para a execução de penas criminais, afrontando dispositivos constitucionais sedimentados em países civilizados, abolindo a conversão em detenção relativamente à pena de multa impaga e, como se não bastasse, colocando em dúvida a própria natureza jurídica da multa penal são, em linhas gerais, as inovações advindas com a Lei n. 9268/96.

Para seus defensores, de outra feita, apontam a celeridade maior empreendida com o rito estatuído na Lei de Execuções Fiscais- Lei 6830/80, assim como a possibilidade jurídica de atualização de seu valor monetário, já que expressa a sua qualidade como dívida de valor.

É considerada, contudo, *lex in pejus*, não podendo retroagir. Assim, com absoluta propriedade o aresto que se segue:

A Lei n. 9268/96 , que impede a conversão da pena pecuniária em privativa de liberdade, não tem aplicação retroativa nos casos que a execução está suspensa por insolvência do condenado, pois, de acordo com a legislação

anterior, continua a correr o prazo prescricional de 2 anos, situação mais benéfica ao réu, enquanto o novo regime, com a aplicação da Lei de Execução Fiscal, a multa pode ser cobrada a qualquer tempo, pela suspensão da prescrição, ou, na melhor das hipóteses, é regulada pelo artigo 40 do CNT, no prazo de 5 anos. (TACrimSP, AE 1.014.513/8, 4ª Câmara, rel. Juiz Péricles Piza, j. Em 21-5-1996, v. u., RJTACrimSP 31/51).

A par dos prejuízos efetivos causados à pena de multa, corroborando tal assertiva com o que ocorre no mundo fenomênico- índices altíssimos de arquivamentos decorrentes de prescrição, a par da própria não propositura do executivo fiscal por valores administrativos inferiores aos tabelados- a pena de multa no Brasil perdeu sua *ratio* porque ineficaz.

Ressalte-se que, para aqueles que aplaudiram a Lei n. 9268/96, inconteste que a revogação do parágrafo primeiro do artigo 51 exsurge como ponto mais forte por entenderem discriminatório levar ao cárcere a grande massa delinquente desprovida de maiores recursos financeiros. Assim, a pena de multa, como dívida de valor, não seria discriminatória, nesse aspecto, por ser passível de execução mediante a aplicação das normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública.

Não se vislumbra aqui características do público delinquente por integrar, em regra, camada social menos favorecida porque a pena pecuniária, isolada ou cumulativamente aplicada, se refere à resposta da sociedade pela transgressão a um ilícito penal que é, em última análise, a espécie mais grave do gênero ilícito.

Em tais casos o Estado não está autorizado a “perdoar” a pena de multa ante às dificuldades pessoais do réu, salvo os casos de insolvência provada (artigo 50 §2º do Código Penal), da mesma forma como não estará autorizado a fazê-lo quando estiver na iminência de decretar prisão civil por dívida de alimentos em atraso. Inobstante a valoração ser diferente nas hipóteses elencadas, fato certo que a pena de multa incide sobre ilícito **penal**.

Argumenta-se, também, que em bom tempo se deu a revogação da prisão, como medida coercitiva para alcançar o pagamento da multa impaga, porque tal prisão seria inconstitucional, já que a Carta Magna se refere a prisão por dívida por débito alimentar e a do depositário infiel, como hipóteses exclusivas de prisão civil, segundo o disposto no artigo 5º, inciso LXVIII: “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Nessa linha de raciocínio, pondera Luiz Carlos Betanho:

O Exmo. Sr. Ministro de Justiça encaminhou ao Congresso Nacional, por via da mensagem nº 785, projeto de lei que modifica, entre outros, os arts. 51, 114 e 117 do Código Penal, introduzindo significativa alteração sistemática legal concernente à pena de multa e sua prescrição

Cumprir analisar o projeto com cuidado. Quanto à proposta de supressão do instituto da conversão da pena de multa em detenção, finalmente, temos um reconhecimento oficial, na exposição de motivos do projeto, de que se trata de “indisfarçada forma de prisão por dívida, constitucionalmente vedada”. Nesse aspecto, portanto a iniciativa de suprimir a conversão da pena pecuniária em detentiva merece aplauso¹⁸⁹.

Não comungamos com tal posição porque a prisão decorrente da conversão da multa inadimplida em pena privativa de liberdade não é prisão civil, a **uma** porque decorre da transgressão a um ilícito penal; a **duas** porque a dívida de valor agregada à nova multa penal não descaracteriza sua natureza jurídica como sanção penal; a **três** porque multa penal não é dívida no conceito estrito do termo.

Importante registrar, também, objeção de David Teixeira de Azevedo:

Pelo sistema adotado pela legislação brasileira (art. 49 do C. P.), os limites mínimo e máximo são de 10 dias a 360 dias-multa, correspondendo a cada dia-multa de 1/30 a 5 vezes o salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso, podendo este último total ser multiplicado por 3, dependendo da condição econômica do condenado (art. 60 do C. P.).

¹⁸⁹ BETANHO, Luiz Carlos. A pena de multa na reforma parcial do C. P.. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 33, p. 11-12, set. 1985.

Doutrina e jurisprudência entendem, notadamente a primeira, ter o juiz ampla discricionariedade na quantificação dos dias-multa, com liberdade de fixação da reprimenda tendo em vista o necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Assim, o réu condenado por tentativa de lesão corporal á pena detentiva de 2 meses poderá ter sua pena substituída por até 360 dias-multas. Se o condenado solvente entender de não pagá-la ou frustrar-lhe a execução, a multa converterá em pena detentiva pelo prazo de 360 dias (11 meses e 25 dias), pois a cada dia-multa corresponderá um dia de detenção (art. 51, par. 1º do C. P.).

Essa pena detentiva, resultado da conversão, fere frontalmente o princípio da legalidade.

A pena com anterioridade prevista para a modalidade tentada do delito de lesão corporal dolosa, aplicando-se a menor fração de diminuição da tentativa será de 2 meses a 8 meses detenção, resultando, assim, que a pena detentiva apurada com a conversão da multa em privativa de liberdade será superior àquela máxima cominada abstratamente o crime.

Nessa ordem de idéias, o condenado estará sujeito a cumprir pena privativa de liberdade não prevista anteriormente pela legislação como resposta criminal no tipo incriminador, mas o resultado de um complexo jogo de combinações denormas jurídicas, cuja consequência é a privação da liberdade por tempo superior àquele legalmente previsto.

A inconstitucionalidade, pela violação do princípio da legalidade, assim, parece manifesta¹⁹⁰.

Peremptório nos termos e quase convincente, mas também discordamos porque não vislumbramos qualquer ofensa ao princípio da legalidade penal. Ao revés, não há qualquer inconstitucionalidade nessa modalidade de prisão porque a multa -pena pecuniária- é tão autônoma quanto à pena privativa de liberdade e, por consequência, também o é a pena restritiva de direitos, segundo a letra clara da lei- artigo 32, incisos I, II e III do Código Penal.

Nessa linha de raciocínio, se aplicadas multa e pena privativa de liberdade, por óbvio são duas penas criminais absolutamente autônomas relativamente ao réu que transgrediu a norma penal.

¹⁹⁰ AZEVEDO, David Teixeira de. A pena de multa substitutiva é constitucional? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 9, p. 07, out. 1993.

Considerando que a regulação de cada pena é independente, mas harmônica com as demais, a conversão em pena privativa de liberdade à multa impaga é consequência desta, não se confundindo com o caráter em que a primeira foi aplicada.

Naturalmente, contudo, o resultado quantitativo será maior no que tange à pena privativa de liberdade, mas os fundamentos são absolutamente antagônicos, não havendo, assim, qualquer substrato para a alegada violação.

Portanto, analisar a soma aritmética final, sem observar as normas jurídicas atinentes à espécie, fará o estudioso incidir em erro.

As normas penais, obrigatoriamente, no Estado Democrático de Direito¹⁹¹ devem se conformar ao texto constitucional¹⁹².

Ultrapassadas essas questões, acreditamos que a Lei n. 9268/96- lei ordinária e, portanto, infraconstitucional , não está afinada à Carta Magna, motivo pelo qual deve ser arguída sua inconstitucionalidade pela via difusa –*incidenter tantum*- ou através da via concentrada, ajuizando-se ação direta de inconstitucionalidade por um ou mais legitimados estatuídos no artigo 103 da Constituição da República em vigor.

¹⁹¹ Cf. Artigo 1º da Constituição Federal de 1988 – “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos: [...]”

¹⁹² Cf. LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Teoria constitucional do Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 199 – *verbis*: “A verdadeira norma penal, isto é, aquela dotada de validade no plano constitucional, é sempre exclusiva manifestação do poder soberano do Estado. Os meios de racionalização, operacionalização e limitação dos poderes do Estado, e a norma penal que se adapta à natureza desses meios, estão todos dispostos no texto ou nos princípios constitucionais adotados pelo Estado”.

8 EXECUÇÃO DA PENA DE MULTA

8.1 Rito estabelecido para a execução da pena de multa

Compulsando a Lei de Execução Penal extrai-se dos artigos 164 *usque* 170 da Lei n. 7210/84 que o exeqüente teria em seu favor, aparentemente, um **concurso eletivo de ações**, eis que poderia optar pelo ajuizamento da ação de execução ou pelo expediente previsto no revogado artigo 51 do Código Penal- conversão em detenção da pena de multa impaga pelo devedor solvente.

O processo de execução estatuído na Lei de Execuções Penais não poderia ser utilizado de forma concomitante à coerção restritiva da liberdade, já que neste a citação gera efeitos para que o réu pague ou nomeie bens à penhora. O não pagamento, nessa fase, não autorizará o exeqüente, *in casu*, o Ministério Público, a pleitear a conversão da multa impaga em detenção porque a consequência, neste rito não é essa. Se o réu não pagar, e se não provada sua insolvência, provada a existência de bens legalmente penhoráveis, será efetivada a penhora de tantos quanto bastem para garantir o juízo da execução.

Questão de alta indagação seria examinar eventual **preclusão** quando eleita uma das vias sob foco para a cobrança da pena de multa. Salutar, também, analisar a viabilidade de uma das vias preferir a outra, isto é, com vistas ao réu, **menos gravosa** seria a eleição do rito estabelecido na Lei de Execução Penal?

Dessume-se daí, que a Lei de Execução Penal passou ao largo da conversão da multa impaga em detenção, muito embora trate-se de Lei concomitante à Reforma Penal de

1984-Lei n. 7209/84- que reservou especial cuidado ao examinar a pena de multa, a exemplo da reinserção do sistema dia-multa.

A primeira vista poderia ser analisada a Lei n. 7210/84-Lei de Execução Penal- como lei posterior à Reforma Penal, aplicando-se todos os consectários da Lei de Introdução ao Código Civil- Decreto-Lei n. 4. 657, de 4 de setembro de 1942, no que tange à preferência da Lei mais nova e mais específica¹⁹³. Assim, estaria derogado o disposto no artigo 51 e seguintes do Código Penal.

Concordando com Bitencourt, *in verbis*:

Finalmente, não se poderá nem argumentar que o art. 164 da Lei de Execução revogou o art. 50 do Código Penal, com redação dada pela Lei n. 7209/84, visto que ambas entraram em vigor concomitantemente. E de acordo com a Lei de Introdução ao Código Civil, lei posterior, incompatível, revoga a anterior. Mas, no caso, trata-se de leis concomitantes. Inexiste relação de posterioridade entre os dois diplomas legais.

Diante desse impasse, acredita-se que a jurisprudência e a doutrina acabarão se inclinando pela adoção da norma mais favorável ao réu e também mais coerente, numa interpretação sistemática, no caso, as disposições da Lei de Execução Penal.

Quanto à concomitância da publicação da Reforma Penal de 1984 e da Lei de Execução Penal, é fato, e não se põe dúvida. Fica o acerto, todavia, da desatenção do legislador em aprovar texto de lei sem ter o cuidado de aferir sua adequação com o então novel Código Penal.

Não por essa razão, por conseguinte, que será considerada diploma inferior porque a sua verdadeira *ratio*, acreditamos, seria apresentar forma alternativa à execução da pena que não culminasse na prisão do réu solvente.

¹⁹³ Artigo 2º, § 1º, da LICC – A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Nesse diapasão, se o réu possuir bens penhoráveis, preferir-se-á o rito previsto para a execução disposto no artigo 164 e seguintes da Lei de Execução Penal, por não estar relacionado diretamente ao *status libertatis*, o qual terá, sempre, maior valoração do que a patrimonial.

Para boa parte da doutrina e jurisprudência seria reconhecer a pseudo vantagem que o réu afortunado teria em detrimento do réu menos favorecido financeiramente. Lembre-se, porém, que a detenção, como pena privativa de liberdade e forma coercitiva de alcançar-se o pagamento, somente seria decretada em se tratando de réu solvente. Não vemos, assim, qualquer violação ao princípio da isonomia constitucional.

Havendo preferência de uma via, em detrimento de outra, forçoso reconhecer que não há concurso eletivo de ações, o que não implica afirmar que as duas vias não poderão ser utilizadas.

Sobre essa questão, Fragoso já lecionava:

Converte-se a multa em detenção se o condenado solvente frustra a sua cobrança. Não há conversão se o condenado for insolvente, absoluta ou relativamente.

Na conversão, a um dia-multa corresponderá um dia de detenção, não podendo esta ser superior a um ano (art. 51, §1º CP). Isso significa que um ano é o limite da pena de detenção no caso de conversão.

Para que se possa converter a pena de multa em prisão, será necessário primeiramente notificar o condenado para que a pague em dez dias (art. 163, Lei de Execução Penal). **Parece-nos que permanece, em face da nova lei, a antiga jurisprudência segundo a qual a pena de multa não pode ser convertida em prisão antes da execução judicial frustrada¹⁹⁴.** (grifo nosso)

Quanto à preclusão, por fim, entendemos que a resposta deve ser adequada ao tipo de processo e interesses em jogo, ou seja, trata-se de processo que instrumentaliza a **execução**

¹⁹⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal* - parte geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993, p. 318.

de uma pena – preceito secundário de um ilícito penal – do qual se aplica, dentre outros princípios, **o princípio da inderrogabilidade da pena**.

No processo civil, ao revés, havendo concurso eletivo de ações, eleita uma via, a outra se torna prejudicada. Aqui, contudo, são dois os caminhos que podem chegar ao mesmo resultado. Em matéria penal, frise-se, o início da *persecutio*, deve ser o menos gravoso para o réu.

Deflagrada a ação executória prevista na Lei de Execução Penal culminando, por razões várias, sem sucesso, entendemos que o exequente deveria promover a *persecutio*, desta feita, com base no artigo 51 e seguintes do Código Penal – detenção ao réu solvente que não adimpliu a pena de multa.

A argumentação expendida se torna importante para registro histórico, já que a conversão em detenção relativamente à pena de multa impaga foi revogada pela Lei n. 9268/96.

Agora cabe examinar, à luz da mesma argumentação, se haveria concurso eletivo de ações ou revogação do rito executório previsto na Lei de execução penal, quando em vigor a Lei n. 9268/96.

Entendemos que não há concurso de ações porque sequer existe mais de uma via para alcançar-se o proveito econômico da pena de multa. Pelo contrário, o rito foi totalmente estabelecido pela nova Lei com vistas à aplicação das aplicação das “ normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública. ”. Assim, regulando de forma exaustiva, e posterior, o texto legal conflitante e anterior encontra-se revogado.

Com muita prudência registrou Zaffaroni:

Inúmeros problemas advieram a partir dessa reforma legislativa, a começar pela não indicação expressa do titular com legitimidade processual para promover a execução da multa penal, se o Ministério Público, se os procuradores da Fazenda Pública. **Outrossim, o sistemático e engenhoso**

roteiro para a execução da pena de multa anteriormente estabelecido pela Lei 7210/84 (lei de execução penal)- arts. 164 a 170- não foi alterado pelo legislador que insituiu o novo regime para a pena de multa, acentuando paradoxos¹⁹⁵. (grifo nosso)

De outro giro, analisando a Lei n. 9268/96 atestamos que, de forma equivocada, mais uma vez, revogou, **apenas** o artigo 182 da Lei n. 7210/84, que tratava expressamente da conversão em detenção da pena de multa impaga, **omitindo-se com relação a todo o capítulo que traça rito especial para a execução dessa pena à revelia da Lei n. 6830/80, já que entendemos ser esta a referida na parte final do artigo 51 do Código Penal (“... aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública...”).**

Como se não bastasse, foram, também, esquecidos os parágrafos 1º e 2º do artigo 50 Código Penal, que guardava consonância com os artigos 168 e 170 da Lei n. 7210/84-
verbis:

§ 1º- A cobrança da multa pode efetuar-se mediante desconto no vencimento ou salário do condenado quando:

- a) aplicada isoladamente;
- b) aplicada cumulativamente coma pena restritiva de direitos;
- c) concedida a suspensão condicional da pena.

§ 2º- O desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e sua família.

Artigo 168 – O Juiz poderá determinar que a cobrança da multa se efetue mediante desconto no vencimento ou salário do condenado, nas hipóteses do artigo 50,§1º, do Código Penal, observando-se o seguinte:

- I- o limite máximo do desconto mensal será o da quarta parte da remuneração e o mínimo o de um décimo;
- II- o desconto será feito medinte ordem do Juiz a quem de direito;
- III- o responsável pelo desconto será intimado a recolher mensalmente, até o dia fixado pelo Juiz, a importância determinada.

¹⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro* - parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 817.

Artigo 170- Quando a pena de multa for aplicada cumulativamente com pena privativa da liberdade, enquanto esta estiver sendo executada, poderá aquela ser cobrada mediante desconto na remuneração do condenado (artigo 168).

§ 1º- Se o condenado cumprir a pena privativa de liberdade ou obtiver livramento condicional, sem haver resgatado a multa, far-se-á a cobrança nos termos deste Capítulo.

§ 2º- Aplicar-se-á o disposto no parágrafo anterior aos casos em que for concedida a suspensão condicional da pena.

Fica o registro.

Acerca do novo processo de execução da pena de multa, consigne-se importante passagem contida na **Exposição de Motivos da Lei nº 9. 268/96**:

Com efeito, a execução da multa criminal deve ser revigorada através de procedimento adequado e infenso às dificuldades que atualmente se opõem à eficácia desta forma de reação penal. A sanção pecuniária é uma das mais importantes alternativas da pena privativa de liberdade e uma das fontes de receita que deve alimentar o fundo penitenciário, instituído pela Lei Complementar 79, de 7 de janeiro de 1994, e regulamentado pelo Decreto 1. 093, de 23 de março de 1994 [...]. Com a proposta ora apresentada, a multa readquire o seu vigor institucional e passa a figurar entre as medidas eficientes de combate à criminalidade patrimonial, principalmente a de natureza astuciosa, que ofende não somente bens jurídicos particulares como interesses coletivos relevantes, como os ligados à Administração Pública. Diário do Congresso nacional, 24.08.1995, p. 19.427.

Dessume-se daí que, através do novo rito, o objetivo do legislador seria fazer com que a multa readquirisse o seu valor institucional alimentando, de forma eficiente, o Fundo Penitenciário **Nacional** e atuando no combate à criminalidade, já que reconhecida a ineficácia dessa sanção penal.

Ultrapassada essa questão e, apesar dos peremptórios termos legais previstos no *novel* artigo 51 do Código Penal, há quem sustente ser o rito da **Lei de Execução Penal** o aplicável à execução da pena de multa.

Nesse sentido Bittencourt:

A edição da Lei n. 9268/96, que definiu a condenação criminal como “dívida de valor”, acabou sendo objeto de grande desinteligência na doutrina e jurisprudência nacionais, particularmente, sobre a competência para a execução da pena de multa e sua natureza jurídica. Uma corrente, majoritária, passou a entender que a competência passava a ser das varas da Fazenda Pública, além de a condenação dever ser lançada na dívida ativa. Outra corrente, minoritária, à qual nos filiamos, entende que nada mudou: a competência continua com a vara das execuções criminais e a condenação à pena de multa mantém sua natureza de sanção criminal, além de ser juridicamente impossível inscrever em dívida ativa uma sentença penal condenatória. Ademais, a nova redação do dispositivo citado não fala em “inscrição na dívida ativa da Fazenda Pública”. Ao contrário, limita-se a referir que são aplicáveis “as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública.

E em outra passagem, averba:

A “execução” ou cobrança da pena de multa integra a persecução penal, cujo único órgão do Estado com “competência” para exercitá-lo é o Ministério Público com assento no juízo criminal. Com efeito, o **Processo de Execução Penal** é o único instrumento legal que o Estado pode utilizar coercitivamente, para tornar efetivo o conteúdo decisório de uma sentença penal condenatória¹⁹⁶. (grifo nosso)

Reconhecendo a inestimável contribuição às letras das Ciências Criminais, não comungamos, contudo, com a posição do citado doutrinador porque, a prevalecer tal entendimento equivaleria desconsiderar a existência da inovação legislativa, que é fato concreto. Assim, o que fazer com o conteúdo normativo: “... aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública...”? Desconsiderar por si só, *data venia*, entendemos não ser plausível.

Entendemos, por conseguinte, que a **Lei de Execução Fiscal** deve ser fielmente observada diante da nova imposição legal.

Com acerto assevera Fernando Capez:

Nossa posição: entendemos correta a primeira posição, diante da redação do art. 51: “... aplicando-se-lhe as normas da legislação relativas à dívida ativa

¹⁹⁶ BITENCOURT, César Roberto. *Manual de Direito Penal* - parte geral. v. I. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 507-508.

da Fazenda Pública, *inclusive* no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição. ” Em outras palavras, aplicando-se a legislação tributária em tudo, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição. Nesse sentido: TJSP, Agravo em Execução n. 218. 817-3, 2ª Câm. Crim., 16-12-96, unânime, Rel. Des. Canguçu de Almeida, *Lex*, 191/343¹⁹⁷.

A interpretação, segundo entendemos, não poderia ser outra. **Sucedee, porém, que existirão incompatibilidades intransponíveis na aplicação da Lei de Execução Fiscal à pena de multa exequênda, que será, para esse fim, dívida ativa não tributária.**

Dentre as várias interpretações admissíveis, vislumbramos a **interpretação sistemática** a mais apropriada para dirimir o possível conflito¹⁹⁸ que, conforme exposto, ainda assim, haverá.

8.2 Da legitimidade para a propositura da ação

Antes da Lei n. 9268/96 não havia qualquer dúvida acerca da legitimidade do Ministério Público Estadual para a propositura da ação de cobrança da pena de multa, apesar de que na maioria dos casos a conversão da pena de multa impaga em pena privativa de liberdade se tornava mais eficaz.

Dispõe o artigo 164 da Lei n. 7210/84:

¹⁹⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal* - parte geral. v. I. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 385.

¹⁹⁸ Nesse sentido, Cf. FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002, p. 70 - *verbis*: Interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro: qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito. Assentes tais pressupostos, convém assinalar que todas as frações do sistema guardam conexão entre si, daí resultando que qualquer exegese comete, direta ou indiretamente, uma aplicação de princípios, de regras e de valores componentes da totalidade do Direito.

E continua na p. 74 - *verbis*: “Em outras palavras, não se deve considerar a interpretação sistemática como simples elemento da interpretação jurídica. É a interpretação sistemática, quando entendida em profundidade, o processo hermenêutico por excelência, de tal maneira que ou se compreendem os enunciados prescritivos no pleso dos demais enunciados, ou não se alcançará compreendê-los sem perdas substanciais. Nesta medida, mister afirma, com os devidos temperamentos, que a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação.

Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.

Com a nova multa penal surgiram inúmeras celeumas acerca da atribuição do Ministério Público, principalmente porque o texto legal é expresso ao se referir à pena de multa como dívida de valor. Dissídios foram travados no sentido de que, para muitos, a atribuição seria da Procuradoria da Fazenda.

Nessa esteira, citando Damásio, averba Capez:

Damásio E. de Jesus sustenta que, nos termos da lei nova, “transitada em julgado a sentença condenatória, o valor da pena de multa deve ser inscrito como dívida ativa em favor da Fazenda Pública. A execução não se procede mais nos termos dos arts. 164 es. Da Lei de Execução Penal. Devendo ser promovida pela Fazenda Pública deixa de ser atribuição do Ministério Público, passando a ter caráter extrapenal. Note-se que a multa permanece com sua natureza penal, subsistindo os efeitos penais da sentença condenatória que a impôs. A execução é que se procede em termos extrapenais. Em face disso, a obrigação de seu pagamento não se transmite aos herdeiros do condenado. As causas suspensivas e interruptivas da prescrição referidas na redação atual do art. 51 não são as do CP (arts. 116, parágrafo único, e 117, V e VI), mas sim as da legislação tributária. Legislação tributária referida na disposição: Lei n. 6830/80 e CTN. Prazo prescricional: 5 anos (art. 144, *caput*, do CTN).

Causas suspensivas: art. 151 do CTN, e 2º, 3º e 40 da Lei n. 6830/80. Causas interruptivas: art. 174 do CTN (Direito penal, cit. v. 1, p. 543)¹⁹⁹

Quase dez anos de vigência da nova Lei e, hoje, prepondera a atribuição da Procuradoria da Fazenda Pública por se tratar de dívida de valor e pelo rito a ser obedecido ser o “das normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública”, segundo a letra da lei.

Colhe-se, também, dúvida havida sobre qual Procurador da Fazenda seria o legitimado – **Federal ou Estadual** –, já que não assistiria qualquer argumento defensável em favor da Procuradoria da Fazenda Municipal.

¹⁹⁹ Apud CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal* - parte geral. v. I. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 384.

Para uns a Procuradoria da Fazenda **Nacional** seria a legitimada porque a receita proveniente da arrecadação da multa penal será destinada ao Fundo Penitenciário **Nacional**, criado pela Lei Complementar nº 79, de 07-01-1994.

Outros, porém, defendem ardorosamente a legitimidade da Procuradoria da Fazenda Pública **Estadual** porque a receita proveniente da pena de multa seria destinada ao Estado-membro para aplicação no sistema carcerário, um vez que a execução penal ocorre, apenas, em âmbito estadual.

Importante trazer à colação;

No Estado de São Paulo, os referidos valores reverterão, em regra, ao Fundo Penitenciário do Estado de São Paulo (Funpesp), criado pela Lei estadual 9.171, de 31. 05. 1995, que especificou as diretrizes gerais estabelecidas na Lei Complementar Federal n. 79, de 07. 01. 1994.

Note-se que a Lei Federal estabeleceu as multas penais apenas como uma das fontes de receita do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), enquanto a lei estadual, editada nos termos da competência legislativa concorrente do Estado de São Paulo, é mais específica, ao dispor em seu artigo 2º, como receita do Funpesp “ as multas penais aplicadas pelo órgãos judiciais do Estado, nos termos dos arts. 49 e 50 do Código Penal. ” Nesse sentido é o parecer de 06. 03. 1996, aprovado pela Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, da lavra do Juiz de Direito Adilson de Araújo (DOE-SP de 13. 03. 1996, p. 46-47).

Revertendo para o Estado-membro, compete à Fazenda Estadual a inscrição da multa, cabendo aos juízos originais dos feitos criminais encaminhar à Procuradoria-Geral do estado (art. 99,VI d da Constituição paulista) as cópias necessárias para a inscrição da dívida ativa (em especial a sentença, comprovante de seu trânsito em julgado, cópia da notificação para pagamento em dez dias e certidão do decurso do prazo sem o pagamento)²⁰⁰.

Fato é que no Estado do Rio de Janeiro, e grande parte dos Estados da Federação, a execução da pena de multa é conferida à Procuradoria da Fazenda Pública **Estadual**.

²⁰⁰ ABRÃO, Carlos Henrique e outros. *Lei de execução fiscal comentada e anotada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 33-34.

O STJ pacificou, de certa forma, a questão afastando a legitimidade do Ministério

Público-*verbis*:

Execução penal-Titularidade da Fazenda Pública para promover a cobrança da dívida decorrente de condenação criminal com imposição cumulativa de multa-ilegitimidade do Ministério Público- Inteligência do art. 51 do CP, com a redação dada pela Lei n. 9. 268/96-”A titularidade para promover a execução, visando a cobrança da dívida decorrente de condenação criminal, com a imposição cumulativa de multa, passou a ser da Fazenda Pública, sendo o Ministério Público parte ilegítima para alcançar tal desiderato (art 51 do CP, com a nova redação dada a ela Lei 9. 268/96)” (STJ-Resp. 151. 285-Rel. Demócrito Reinaldo-j. 06. 10. 1998-DJU 30. 11. 1998-RT 762/577).

Em sentido inverso, afirma Geraldo Prado:

A legitimidade ativa é atributo do Ministério Público- e não de Fazenda Pública- e a multa paga reverterá para o Fundo Penitenciário. Não podemos olvidar que a execução penal é modalidade de ação penal pública, para a qual a Constituição estabeleceu o exercício privativo pelo Ministério Público-art. 129, I²⁰¹.

Da mesma forma assinala Bitencourt:

A execução ou “cobrança” da pena de multa integra a *persecução penal* cujo único órgão do Estado com “competência” para exercitá-lo é o Ministério Público com assento no *juízo criminal*. Com efeito, o Processo de Execução Penal é o único instrumento legal que o Estado pode utilizar, coercitivamente, para tornar efetivo o conteúdo decisório de uma sentença penal condenatória²⁰².

Entretanto, apresentar ponto de vista oposto quando se sustenta a legitimidade do **Ministério Público** para a propositura da ação de cobrança da nova multa penal se dá, fundamentalmente, porque a Lei nº9268/96 não retirou o caráter penal da multa. Assim, trata-se de PENA a ser executada, porém, pelo rito da Lei de Execuções Fiscais que, na condição

²⁰¹ PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. Org. Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. *Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2002, p. 321.

²⁰² BITENCOURT, César Roberto. *Manual de Direito Penal* - parte geral. v. I. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 508.

de dívida de valor, se amolda ao conceito previsto no artigo 2º da LEF (dívida ativa não tributária) e ao § 2º do artigo 39 da Lei nº 4320/64.

A nosso aviso a legitimidade é do Ministério Público porque se trata, sobretudo, de execução de pena. Não vemos qualquer empecilho para essa conclusão porque, como já demonstrado, a dívida de valor só se agregou à nova multa penal para que pudesse ser utilizado o procedimento estabelecido na Lei de Execução Fiscal. Não encontramos, também, qualquer óbice para que essa ação seja proposta na Vara de Execuções Penais não só porque se trata de execução de **pena**, mas porque não há qualquer imposição legislativa no sentido de que haja deslocamento da competência.

Diante da celeuma criada, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, instada a se manifestar, emitiu o Parecer n. 1528/97 argumentando, em síntese, que faleceria atribuição para a inscrição em dívida ativa às multas penais porque o destino destas não seriam os cofres públicos federais.

A jurisprudência, contudo, ainda é vascilante:

No que concerne à execução dessa dívida de valor, a qual se conferiu característica de crédito fiscal, destina-se ao Fundo Penitenciário Nacional-FUNPEN, matéria essa de competência legislativa da União. Diante dessas observações resulta evidente que a competência para execução da dívida ativa da União, decorrente de multas penais, incumbe à Fazenda Nacional. Este entendimento já foi esposado por esta Colenda Quarta Câmara Criminal, na Carta Testemunhável n. 231. 068-3/0. Outrossim, também se conclui que o Ministério Público Estadual também não é órgão fiscal competente para promover a execução da dívida ativa, motivo pelo qual determina-se a remessa dos autos à uma das varas da Justiça Federal. TJSP, AE 267. 336-3/2-00, 4ª Câ., rel. Des. Mattos Faria, j. Em 2-3-1999, v. u.

Com efeito, na linha de vanguarda está o Ministério Público de São Paulo por entender que não lhe falece atribuição para promover a execução da nova multa penal,

consoante Aviso nº 230/96, de 23-05-1996, da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, registrando-se as seguintes conclusões:

1. A Lei n. 9268/96 trouxe apenas uma mudança no rito existente na Lei n. 7210/84 (art. 164, §2º) e nada alterou acerca da competência quando estabeleceu a adoção das normas da legislação relativas à execução da dívida ativa da União (Lei n. 6830/80) para a execução da pena de multa criminal aplicada nos processos-crime. Ocorre somente uma mudança procedimental destinada a proporcionar uma melhor atuação do Estado na persecução criminal e obtenção do cumprimento da pena. O processo de execução passou a ter o regime disciplinado na Lei de Execução Fiscal (petição inicial, citação, penhora, etc.).
2. Depreende-se também do art. 51 e do art. 114 alterados, que o prazo da prescrição executória será de dois anos, quando a multa for aplicada isoladamente, e o mesmo da sanção privativa de liberdade, quando aplicada cumulativamente. As causas de interrupção e suspensão, no entanto, passarão a ser aquelas da Lei de Execução Fiscal.
3. Permanece competente para processar a execução da pena de multa a Vara de Execuções Criminais da Comarca e continua sendo legitimado o Ministério Público Estadual para a sua promoção e acompanhamento.
4. A colocação da expressão “dívida de valor” na lei se deu por duas razões: a) reforçar a impossibilidade da conversão de multa em prisão; b) porque a expressão é utilizada pelos Tribunais Superiores para indicar que determinada obrigação deve ser atualizada monetariamente, a fim de deixar claro que a multa deve sofrer incidência dos reajustes legais até a data do efetivo pagamento.
5. A natureza jurídica da multa em nada foi alterada coma terminologia que a considerou como “dívida de valor”, mantendo-se como sanção criminal, mesmo porque, se o réu pagar, ao ser “intimado” (art. 50 do Código Penal e art. 164 da Lei de Execução Penal), ele estará cumprindo a pena e o fato de ele não pagar não tem o condão de desfigurar o instituto e não pode transformá-lo em dívida tributária ou de “caráter extrapenal”.
6. O Juiz cível, em razão da independência das Jurisdições penal e civil vigente no nosso sistema jurídico, não tem competência para decidir questões de natureza Penal, como por exemplo a prescrição punitiva ou executória, que poderiam ser suscitadas nos embargos à execução.
7. Manteve-se inalterado o inteiro teor do art. 117 do Código Penal, notadamente seus incisos e parágrafos. Embora não desejada pelo legislador, tal fato ocorreu em razão de emenda supressiva aprovada no Senado Federal.

Adite-se que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais se posicionou no mesmo sentido, segundo o Aviso n. 04/96.

Ademais, pouco se falou sobre o Juízo competente. Colhe-se que grande parte da doutrina e jurisprudência admitem a propositura do executivo fiscal na Vara Cível, ou se especializada, na Vara de Fazenda Pública do Estado. Contudo a Lei foi silente nesse aspecto; não determinou e nem desautorizou a propositura da ação no Juízo Cível ou Fazendário.

O Ministério Público de São Paulo, e a melhor jurisprudência ali colhida,²⁰³ com acerto, fixou posição, no sentido de que a ação de execução fiscal deverá ser proposta no Juízo das Execuções Penais, visto tratar-se, primacialmente, de execução de pena.

8.3 Lei de execução fiscal

Antes das inovações oriundas da Lei n. 9268/96, a multa penal impaga era passível de conversão em detenção, até o limite de 01 (hum) ano, além de constar previsão legislativa para a propositura da ação de execução. Contudo, tal execução difere da execução fiscal, consoante artigos 164 *usque* 170 da Lei n. 7210/84.

A regra era a aplicação da medida coercitiva para o pagamento ser alcançado, mas é inquestionável atesta-se verdadeiro concurso eletivo de ações, em sentido lato. O aplicador da lei não poderia aplicar a lei mais gravosa-pena corporal-, antes de analisar a viabilidade de se conseguir o crédito de outra forma.

Nessa Linha:

²⁰³ TACRSP - a Lei nº 9269, de 01-04-96, em nenhum momento modificou a competência do Juízo Criminal para proceder a execução da sanção pecuniária. A única alteração de fundo havida de respeito a adoção de novo rito procedimental, destinado a proporcionar ao Estado-Administração, na busca da persecução criminal, uma mais célere e efetiva cobrança da pena imposta, de molde a fazer o agente cumprir a retribuição estatal. Ao considerar a multa “dívida de valor”, a Lei nº 9268/96, além de impossibilitar sua conversão em custódia carcerária, quis dizer que ela está sujeita à atualização monetária até o seu efetivo pagamento. O Ministério Público continua tendo atribuição para promover a execução da pena pecuniária imposta em sentença criminal, sendo competente o Juízo da Vara das Execuções Criminais.” Proc. 1038717/1-Rel. Juiz Xavier de Aquino, DJE de 12-3-97, Parte 2, p. 32.

Essa mesma preocupação já se revelava desde a edição da Lei de Execução Penal (Lei n. 7210/84), que em seus arts. 164 a 170 estabelecia que a sentença condenatória penal valia como título executivo para que o Ministério Público iniciasse execução, pela qual o réu seria citado para pagar ou nomear bens à penhora em dez dias, seguindo o rito civil da execução. No caso dos dispositivos mencionados, a execução tramitaria ainda pelo juízo penal, sendo que apenas por exceção, em caso de penhora de bem imóvel, seguiria para o juízo civil (arts. 164 e 165 da Lei n. 7210/84)²⁰⁴.

Ratificando posição defendida nesse trabalho, entendemos que “as normas da legislação relativa à dívida da Fazenda Pública” é a Lei n. 6830/80 sendo imprescindível percorrer seu conteúdo para servir de base à execução da pena de multa.

Trata-se de diploma normativo apto à instrumentalizar ação de execução para cobrança de créditos federais, estaduais e municipais provenientes, ou não, de arrecadação tributária.

Nesse contexto, segundo o disposto no artigo 2º, § 2º²⁰⁵, a multa penal constitui dívida ativa não-tributária porque não provém de tributos, isto é, não provém de impostos, taxas e contribuições sociais ou de melhoria²⁰⁶.

Encarregando-se, também, em definir dívida ativa não-tributária o artigo 39,§2º da Lei n. 4320, de 17 de março de 1964, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal:

Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e

²⁰⁴ ABRÃO, Carlos Henrique e outros. *Lei de execução fiscal comentada e anotada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 32.

²⁰⁵ Artigo 2º, *caput* da Lei n. 6830/80- Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não-tributária na lei n. 4320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

§2º- A Dívida Ativa da Fazenda Pública, compreendendo a tributária e a não-tributária, abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato.

²⁰⁶ Artigo 3º do CTN- Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

multas, e **Dívida Ativa Não-Tributária** são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, **multas de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias**, foros, laudêmios, aluguéis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de sub-rogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais. (grifo nosso)

Posicionada que está a multa penal como dívida ativa não-tributária, passaremos a destacar pontos nevrálgicos relacionados à execução fiscal da multa penal.

Distinguindo-se da dívida ativa não-tributária, apenas pela origem, discorre Hugo de Brito Machado:

Constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular (CTN, art. 201).

O crédito é levado à inscrição como dívida depois de definitivamente constituído. A inscrição não é ato de constituição do crédito tributário. Pressupõe, isto sim, que este se encontre regular e definitivamente constituído, e ainda que se tenha esgotado o prazo fixado para seu pagamento²⁰⁷.

Não se pode olvidar, segundo melhor doutrina que o título executivo é o Termo de Inscrição e não a Certidão de Dívida Ativa. Extrai-se a certidão da dívida ativa para inscrição do débito, a fim de que, com a certidão seja inaugurada a fase judicial com a propositura da ação de execução fiscal.

²⁰⁷ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1993, p. 168-169.

No polo passivo, segundo o disposto no artigo 4º podem figurar o devedor, o fiador, o espólio, a massa, o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas jurídicas de direito privado e os sucessores a qualquer título.

Ademais, a jurisprudência é pacífica no sentido de que “a execução fiscal pode ser movida contra o devedor, ou contra o responsável tributário, não sendo necessário que o nome deste conste da certidão da dívida ativa”²⁰⁸.

A figura do responsável tributário é por demais destacada na Lei n. 6830/80 ficando seus bens, inclusive, sujeitos à execução se os do devedor não forem suficientes à satisfação da dívida, nos termos do parágrafo terceiro do artigo 4º.

Haverá suspensão do prazo prescricional, pelo período de até 180 (cento e oitenta) dias, após à inscrição do crédito na Dívida Ativa da Fazenda Publica e antes do ajuizamento da execução fiscal, segundo disposto no artigo 2º, § 3º.

A execução fiscal comprova ser potencialmente forte quando impõe, respectivamente nos artigos 30 e 29²⁰⁹, a sujeição de bens gravados por ônus real, cláusulas de inalienabilidade ou impenhorabilidade para pagamento do crédito exequendo, segundo artigo 30, assim como proclama sua independência, não se sujeitando a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento.

²⁰⁸ STJ, 2ª T., Resp 19. 388-0PR, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU 6. 12. 93, p. 26. 655.

²⁰⁹ Art. 30- Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento da Dívida Ativa da Fazenda Pública a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declara absolutamente impenhoráveis.

Art. 29- A cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento.

Por fim, o polêmico artigo 40 e seus parágrafos²¹⁰ desafiando a doutrina e jurisprudência para o seu cumprimento, já que pode acarretar ações infinitas. Não há grandes celeumas na aplicação desse dispositivo legal quanto aos créditos não tributários, a exemplo da multa penal, porque estes não estão subsumidos ao artigo 174 do CTN que prevê prescrição quinquenal para os **créditos tributários**, sendo recepcionado como Lei Complementar para fins do disposto no artigo 146 da Constituição Federal.

No que pertine a multa penal fundamental frisar que é sustentável afirmar que o artigo 40 da Lei n. 6830/80 deve ser afastado ante à incidência do artigo 114 do Código Penal, não se questionando a aplicação do artigo 174 do CTN nessa seara por não se tratar de dívida ativa tributária.

Nesse sentido:

Por fim, anote-se que os prazos prescricionais aplicáveis na hipótese são aqueles previstos no art. 114, incs. I e II, do Código Penal (na redação da Lei n. 9268/96), contados do decurso do prazo para pagamento consignado na notificação expedida pelo juízo criminal. Inaplicável, no caso, o art. 174 do Código Tributário Nacional, já que estamos diante de dívida ativa não tributária. As causas suspensivas e interruptivas da prescrição são aquelas previstas na legislação da dívida ativa²¹¹.

De outra feita, surgirá entendimento no sentido da aplicação dos artigos 114, 116 e 117 do Código Penal apenas no que tange à **prescrição da pretensão punitiva**, vez que o artigo 51 do mesmo Código tratou da pena pecuniária após o trânsito em julgado, isto é, referindo-se à prescrição da pretensão executória.

154 Artigo 40 – O juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 1º- Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

§ 2º- Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º- Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

Há, também, a denominada **prescrição intercorrente**, prevista no artigo 8º, §2º da Lei n. 6830/80²¹² de obrigatória incidência prática.

Importante trazer à colação Celso Ribeiro Bastos: “Com relação a este ponto, as principais inovações trazidas são: interrupção pelo despacho do juiz que a ordenar (art. 8º), e não mais pela citação; imprescritibilidade da dívida ativa depois do ajuizamento da execução (art. 4º)”²¹³.

São, também, importantes pontos para a aplicação coercitiva da pena de multa estatuídos na Lei de Execução Fiscal: a figura do terceiro responsável tributário pessoa, pois, diversa do réu; a imposição de penhora e arresto; a suspensão do lapso prescricional prevista no artigo 40 da Lei em comento, dentre outros.

Por fim, ainda sobre o artigo 40 da Lei de Execução Fiscal, importante frisar que há crimes imprescritíveis estabelecidos pelo constituinte. Não há como confundir aqui a imprescritibilidade do crime, v. g. , do crime de preconceito racial, com a submissão deste aos prazos prescricionais correlatos quando do início da *persecutio criminis in judicio*.

Assim sendo, absolutamente apropriada a assertiva de que não se coaduna com a sanção penal o caráter de perpetuidade.

²¹¹ ABRÃO, Carlos Henrique e outros. *Lei de execução fiscal comentada e anotada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 34.

²¹² Artigo 8 § 2º Lei n. 6830/80-O despacho do juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição.

²¹³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1995, p. 240.

9 DIREITO COMPARADO

Passemos a posicionar a pena de multa no direito comparado, apontando seu tratamento, em especial, nos Códigos Penais argentino, chileno, português e alemão.

No direito penal argentino:

“La ampliación del ámbito de aplicación de la pena pecuniaria y su fundamental transformación constituía uno de los objetivos más importantes de la reforma del derecho penal. Con el constante avance de la pena pecuniaria, que en la actualidad constituye la pena principal de mayor aplicación en nuestro sistema de consecuencias jurídicas, la importancia político-criminal, de esta sanción ha aumentado permanentemente (cfr. Zipf, JuS 74,138)”. La transición de la pena de presidio a la pena pecuniaria como punto central del sistema jurídico-penal de sanciones constituye un cambio espiritual en la política criminal, cuya importancia no es inferior al paso de las penas corporales y de la pena de muerte de la Edad Media, al presidio de la Ilustración del siglo xviii”. (Jescheck, *Würtenberger-estschrift*, 1977,258). Durante largo tiempo, el legislador sólo había extendido el ámbito de aplicación de la pena pecuniaria en perjuicio del presidio, sin adaptarla a su mayor importancia. Recién la 2ª StrRG ha abordado esta tarea.

Según el derecho anterior, la pena pecuniaria se la debía imponer básicamente dentro de un marco trazado por el StGB, el cual, por cierto, podía ser excedido en casos particulares en una cantidad total fija, en el derecho vigente, la multa del derecho de los ilícitos administrativos (respecto de su medición, ver Scall, *NStZ* 86,1 y 464) y la condición de pago de una suma de dinero, conforme al § 153ª StPO (sobre esto, ver Fünfsinn, *NStZ* 87,97), manifiestan una estructura similar. Si bien la ley había previsto la necesidad de considerar para la medición de la pena tanto los motivos del ánimo de lucro, cuanto la situación patrimonial del autor, en la praxis estas posibilidades no fueron suficientemente explotadas. La consecuencia se traducía en una aplicación considerablemente esquemática de la pena pecuniaria, de la cual, a su vez, resultaba un efecto básicamente desigual sobre el condenado; el adinerado era afectado de manera sustancialmente menor que el sujeto carente de medios. Con el objeto de evitar esta distorsión, el Proyecto 62 (§ 51) quiso introducir el sistema de los “días-multa”, probando en Finlandia, Dinamarca e Suecia, con cuya ayuda la pena pecuniaria puede ser individualizada mediante un doble procedimiento de cálculo (nº49) iba aún más allá, al recomendar una “pena pecuniaria duradera” que debía consistir no en el pago de una cantidad fija por parte del condenado, sino de ciertas cantidades a entregar en períodos determinados (semanal o mesualmente) durante un cierto tiempo, afectando en consecuencia el estándar de vida del condenado. Frente a ello, la 2ª StrRG, prefirió los planteamientos más conservadores del Proyecto 62 (Fund. BT-

Impressos V/4095,21); ver más detalles acerca de la nueva regulación de la pena pecuniaria en Alemania, en Zipf, ZStW 86, 513y ss., y Grebing, ZSW 88, 1049 y ss.; desde un punto de vista del derecho comparado, ver la compilación de Jescheck/Grebing, *Die Gelds-trafe im deutschen und ausländischen Recht*, 1978, y de Driendl, *Die Reform der Geldstrafe in Österreich*, 1978).

En el sistema de días-multa, la pena pecuniaria es impuesta mediante dos pasos claramente distinguibles; el número de días-multa, expresa el contenido de ilícito y de culpabilidad (satisfaciendo eventuales necesidades de prevención especial o, en su caso, general), en tanto la determinación del monto de cada día-multa sirve exclusivamente a determinación del monto de cada día-multa, sirve exclusivamente a la adaptación de la pena pecuniaria a la capacidad económica de pago de cada condenado (más detalles, en n°35 y siguientes). Por medio de este sistema, la pena pecuniaria se hace más transparente, social y efectiva. La transparencia de la pena pecuniaria es aumentada, por cuanto con el día-multa se creó una unidad de medida objetivamente igual; así, por ejemplo, una pena pecuniaria de sesenta día-multa refleja el contenido de ilícito y culpabilidad del hecho de manera igualitaria, pero con plena independencia de la fijación de cada día-multa en diez o en quinientos marcos. El sistema de día-multa es más social, por cuanto en virtud de su medición variable, con adaptación a la capacidad económica de pago del condenado, se toman en cuenta las diversas situaciones financieras y se respeta mucho más el principio de la igualdad de las cargas. El mejoramiento en su efectividad se produce por cuanto un sistema de días-multa conduce en general a un aumento de efecto punitivo, mediante un considerable incremento del nivel de la pena pecuniaria²¹⁴.

No Direito Penal Italiano:

La multa (art. 24 c. p. come modificato dall'art. 101 L. 24 novembre 1981, n. 689). Consiste nel pagamento allo Stato di una somma che non può essere inferiore a lire 10. 000, nè superiore a lire 10. 000. 000 (limite quest'ultimo talora derogato per singole figure criminose).

Quanto la pena pecuniaria non è fissa, ma proporzionata al danno causato, come nei delitti previsti negli artt. 251 e 252 c. pc e in vari reati finanziari, essa non ha un limite massimo (artt. 115 L. 24 novembre 1981, n. 689).

Per i delitti determinati da motivi di lucro, se la legge stabilisce soltanto la pena della reclusione, il giudice può aggiungere la multa da lire 10. 000 a lire 4. 000. 000. Egli, inoltre, valutando le concrete condizioni economiche del reo, può, operare in due sensi: può accrescere la multa sino al triplo quando ritenga che, per la ricchezza del condannato, la stessa misura massima sia destinata a rimanere inefficace, può, per contro, diminuirla sino al terzo quando, per le di lui condizioni di indigenza, reputi eccessiva anche la misura minima (art. 133-bis-c. p.). È questa una ulteriore deroga al principio della proporzionalità della pena, in quanto spezza il rapporto tra l'entità del reato e la sanzione.

²¹⁴ MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz e ZIPF, Heinz. *Derecho Penal* – parte general n. 2. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 645-646.

Avulto riguardo alle condizioni economiche Del condannato il giudice ouò autorizzare un pagamento rateale della multa inflitta (art. 133, ter c. p.)²¹⁵.

No Direito Penal Alemão:

La pena pecuniária, que en el derecho actual era conminada predominantemente junto a una pena privativa de libertad y solo por excepción en forma independiente, avanzó ya cõn el (actualmente suprimigo) § 27 b0 (pena substitutiva de la pecuniária) y se fortaleció hoy desde la 1ª strRG (ley de reforma penal), en el § 14, como pena indeoendiente en el papel de un substitutivo para lãs penas cortas privativas de libertad, de carácter dudoso desde un punto de vista político criminal (junto a la suspensión condicional a prueba de la pena; ver infra 4).

a) Por principio, se impone una pena pecuniária en lugar de una prena privativa de libertad inferior a seis meses; § 14 inc. 2.

El importe mínimo y máximo en lãs contravencones es de 5 y 500 dm, respectivamente, en lo demás 5 y 10. 000 dm, en la medida en que no se conmine cõn importes superiores o pena pecuniária de cuantía indeterminada, § 27. Para medir la pena pecuniária hay que consideral la situación econõmica del autor (§ 13 II); además, debe sobrepasar el equivalente que el hechor haya recibido por el hecho, y el provecho que haya obtenido de este, pudiendo excederse Del máximo legal, §27 b. En crímenes y simples delitos que se basan en el ânsia de lucro (ver al respecto rg. 60. 389; BGH. GA. 53154), la pena pecuniária puede ser elevada a 100. 000 dm, y tal pena pecuniária se puede establecer junto a una pena privativa de libertad, aun cuando la ley no la prevea; § 27 a).

Una base justa e igualitaria para medir la pena pecuniária continuando el desarrollo Del sistema escandinavo del dia multa trae solo la 2ª strg. (ley de reforma penal) (§ 40).

Autorización para pago a plavo, ver § 28.

El cobro de la pena pecuniária se realiza de acuerdo a lãs relas Del procedimiento ejecutivo; § 463 del Código de Procedimiento Penal.

Para la liquidación de pena pecuniária incobrables el § 28b) prevê la ejucución de treabajo voluntário. § 28b)²¹⁶.

No Direito Penal Chileno:

Penas pecuniárias son aquellas que afectan al patrimonio del condenado.

²¹⁵ ANTOLISEI, F.. *Manuale de Direito Penale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1997, p. 706-707.

²¹⁶ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*. Chile: Editorial Jurídica de Chile. 2ªedição castellana, 1976, p. 343-344.

Este concepto, sin embargo, no es correcto sino parcialmente, pues, como se verá, la caución no se ajusta a él. El problema radica, precisamente, en que es difícil que pueda sostenerse el carácter punitivo de esa medida.

Hasta la entrada en vigencia de la C. P. R. de 1980 nuestro ordenamiento jurídico solo comprendía en esta categoría las penas de multa comiso y caución. El nuevo texto constitucional introdujo la de confiscación aunque limitándola expresamente al caso de las asociaciones ilícitas (art. 19, n. 7, letra g) de la C. P. R. [...]

La multa es la pena pecuniária por excelência. Consiste em obligar al condenado al pago de una suma de dinero. A causa de su flexibilidad aflictiva, se la consagra como pena de crímenes, simples delitos y faltas (art. 21 C. P.); asimismo opera como sanción residual, pues se considera como la pena inmediatamente inferior a la última en todas las escalas graduales (art., 60, inc. primeiro, C. P.).

Desde el punto de vista de su cuantía, puede fijársela directamente en cantidades determinadas, o en relación con la del delito, pro lo general como una parte o porcentaje de ella. En el primeiro caso, “la cuantía de la multa, tratándose de crímenes, no podrá exceder de treinta sueldos vitales, en los simples delitos, de veinte sueldos vitales, y en las faltas de cinco sueldos vitales”; pero ésta es solo una regla general que admite numerosas excepciones cuando, atendida la gravedad de la infracción, se contemplame multas de cuantía superior (art. 25, inc sexto, C. P.). El inc. séptimo Del art. 25, Del C. P. establece lo que se ha de entender por “sueldos vitales”, unidad de valor cambiante que tiene por objeto corregir los efectos de la inflación (desvalorización monetária). A su vez, “cuando de ley impone multas cuyo cómputo debe hacerse con relación a cantidades indeterminadas, nuna podrá aquéllas exceder de treinta sueldos vitales” (art. 25, inc. octavo), pero ésta es también una norma que admitie en la práctica numerosas excepciones legales. No obstante su divisibilidad natural, la multa no se encuentra dividida jurídicamente en grados.

Em outra passagem, refere-se aos problemas acarretados com a pena de multa:

En primer lugar, la pena tiene el inconveniente de que es relativamente fácil tranderirla a terceros, pues el reo puede obtener de personar adineradas, con las cuales se encuentra relacionado, que la paguen o le proporcionen los recursos para hacerlo por si mesmo. Esto deteriora su capacidad para cumplir la función retributiva y, hasta cierto punto, la de prevención general.

Pero lo más delicado es el carácter relativo de sus efectos aflictivos. Efectivamente, la misma multa que impuesta a un menesteroso le inflige un mal muy severo, carece de significación seria para el reo cuando es rico. El sistema más conocido para obviar este inconveniente es el de día-multa, ideado por THYREN, y que se ha puesto en práctica sobre todo en la legislación sueca. Consiste, fundamentalmente, en calcular la multa de modo que constituya una reducción más o menos sustancial de los ingresos diarios del condenado por un determinado lapso. De esta manera, un individuo menesteroso y otro acaudalado que han incurrido en el mismo hecho punible pueden ser condenados a idéntica cantidad de días-multa, los

cuales, no obstante traducirse en sumas muy diferentes, significam para ellos un sacrificio patrimonial y, por consiguiente, um mal semejante²¹⁷.

Outrossim, impende destacar que o disposto no artigo 49 do Código Penal Chileno determina o recolhimento ao cárcere do condenado que não possuir bens para adimplir a pena pecuniária²¹⁸.

Por fim, Urzúa comenta referido dispositivo legal, aduzindo que há dispositivo legal de igual teor no Direito Penal Espanhol:

Cuando la multa es convertida en reclusión y el condenado cumple con la privación de libertad equivalente, su responsabilidad penal se extingue conforme al art. 93,n. 2, Del C. P. y ya no podrá reclamársele el pago aunque más tarde menore de fortuna. Asimismo, si se há producido la conversión y el reo paga la multa antes de satisfacer completamente el lapso de reclusión resultante, debe devolvérsele de inmediato la libertad y, además, rebajar Del monto inicial de la pena la cantidad correspondiente al tiempo que permaneció privado de ella²¹⁹.

No Direito Penal Português o legislador dispôs no item n. 10 da “Introdução” ao Código Penal em vigor, Decreto-Lei. 48, de 15 de março de 1995-*verbis*:

É contudo, nas medidas não detentivas que se depositam as melhores esperanças.

Assim, e desde logo, na **multa**, que, ao lado da prisão, o Código consagra como outra das penas principais. Medida substitutiva por excelência da prisão, a sua importância só poderá ser inteiramente avaliada em face do que dispõe a Parte Especial do Código, onde se faz dela um largo uso, com o que, aliás, se dá cumprimento às mais insistentes recomendações da ciência e da penologia modernas.

O Código utilizou o **sistema dos dias de multa**, o que permite adaptá-lo melhor tanto á culpa como às condições econômicas do agente, e, como já atrás houve ocasião de referir, estabeleceu ainda o princípio da conversão em

²¹⁷ URZÚA, Enrique Cury. *Derecho Penal* - parte general. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica Del Chile, 1997, p. 372-376

²¹⁸ Artigo 49 - “si el sentenciado no tuviere bienes para satisfacer la multa, sufrirá por via de substitución y apremio, la pena de reclusión, regulándose um día por cada décimo de sueldo vital, sin que ella pueda nunca exceder de seis meses. Queda exento de este apremio el condenado a reclusión menor en su grado máximo o a outra pena más grave.”

²¹⁹ URZÚA, Enrique Cury. *Derecho Penal* – parte general. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica Del Chile, 1997, p. 378.

multa da pena de prisão inferior a 6 meses, salvo se o cumprimento da prisão se entender necessário para prevenção de futuras infracções (artigo 43º, n. 1).

Referência especial merece o regime proposto para o caso de não pagamento da multa. Face à proibição da sua não conversão em prisão (que é o sistema tradicional, praticado ainda na generalidade dos países), houve que definir um regime variado que, embora se propusesse tornar realmente efectiva a condenação, não deixasse de tomar em conta uma vasta gama de hipóteses (desde a simples recusa, sem motivo sério, de pagar até aos casos em que a razão do não cumprimento não é imputável ao agente) que podem levar ao não pagamento da multa.

Daí a regulamentação extensa dos artigos 46º e 47º que prevê o pagamento diferido ou em prestações, o recurso à execução dos bens do condenado, a substituição, total ou parcial, da multa por prestação de trabalho em obras e oficinas do Estado ou de outras pessoas de direito público e, finalmente-mas só se nenhuma dessas outras modalidades de cumprimento puder ser utilizada –, a aplicação correspondente reduzido a dois terços, podendo embora a prisão ser atenuada ou decretar-se mesmo a isenção da pena sempre que o agente prove que não pode ser imputada a razão do não pagamento. Por outro lado, optou-se pela punição autónoma do agente que se tenha intencionalmente colocado em condições de não poder pagar a multa ou de não poder ser ela substituída pela prestação do trabalho (artigo 47º, n. 5). (grifo nosso)

Nessa seara, o diploma normativo português trata da pena de multa nos artigos 47, 48 e 49 reconhecendo o sistema dia-multa, admitindo a aplicação de pena de trabalho substitutiva, se o condenado previamente requerer e, por fim, impondo a conversão em prisão da pena de multa impaga reconhecendo a possibilidade de isenção para os insolventes, ou de redução de pena²²⁰.

²²⁰ **Artigo 47º (Pena de Multa)**

1. A pena de multa é fixada em dias, de acordo com os critérios no n. 1 do artigo 71º, sendo, em regra, o limite mínimo de 10 dias e o máximo de 360.
2. Cada dia de multa corresponde a uma quantia entre 200\$00 e 100000\$00, que o tribunal fixa em função da situação económica e financeira do condenado e dos seus encargos pessoais.
3. Sempre que a situação económica e financeira do condenado o justificar, o tribunal pode autorizar o pagamento da multa dentro de um prazo que não exceda 1 ano, não podendo a última delas ir além dos 2 anos subsequentes à data do trânsito em julgado da condenação.
4. Dentro dos limites referidos no número anterior e quando motivos supervenientes o justificarem, os prazos de pagamento inicialmente estabelecidos podem ser alterados.
5. A falta de pagamento de uma das prestações importa o vencimento de todas.

Artigo 48º (Substituição da multa por trabalho)

1. A requerimento do condenado, pode o tribunal ordenar que a pena de multa fixada seja total ou parcialmente substituída por dias de trabalho em estabelecimentos, oficinas ou obras do Estado ou de outras pessoas colectivas, de direito público, ou ainda de instituições particulares de solidariedade social, quando concluir que esta forma de cumprimento realiza de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.
2. É correspondentemente aplicável o disposto nos ns. 3 e 4 do artigo 58º e no n. 1 do artigo 59º.

Artigo 49º (Conversão da multa não paga em prisão subsidiária)

Cabe acentuar, diante do escorço consignado, que há legislações mais duras porque não apresenta qualquer benéce ao condenado insolvente, obrigando o recolhimento ao cárcere nessa situação absolutamente iníqua e desigual, como verifica-se, também, linha de vanguarda do direito português ao admitir a substituição da pena de multa por trabalho, a requerimento do condenado.

Essa última hipótese, traduz-se exatamente no que já era proposto, no direito indígena, por Luiz Regis Prado quando apontou o equívoco do legislador brasileiro ao caracterizar a multa penal como “dívida de valor” podendo, de forma mais simples e prática, abolir a conversão em prisão da multa impaga e, no seu lugar, instituir pena restritiva de direitos.

Assim:

O artigo 51, *caput*, teve seu teor modificado em razão da Lei n. 9268/96, e seus parágrafos 1º e 2º foram revogados pelo mencionado diploma. O citado dispositivo disciplinava a conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade (detenção) quando o condenado solvente deixasse de efetuar seu pagamento ou frustasse sua execução. A opção feita pelo legislador de 1996, embora aceita por grande parte da doutrina, que se manifestava expressamente contrária à conversão da pena pecuniária em prisão, não foi de todo oportuna. De fato, teria sido mais apropriado que a atual legislação, em vez de tornar a multa “dívida de valor”, consignasse a possibilidade de sua conversão em pena restritiva de direitos²²¹.

1. Se a multa, que não tenha sido substituída por trabalho, não for paga voluntária ou coercitivamente, é cumprida prisão subsidiária pelo tempo correspondente reduzido a dois terços, ainda que o crime não fosse punível com prisão, não se aplicando, para o efeito, o limite mínimo dos dias de prisão, constante do n. 1 do artigo 41º.

2. O condenado pode a todo o tempo evitar, total ou parcialmente, a execução da prisão subsidiária, pagando, no todo ou em parte, a multa a que foi condenado.

3. Se o condenado provar que a razão do não pagamento da multa lhe não é imputável, pode a execução da prisão subsidiária ser suspensa, por um período de 1 a 3 anos desde que a suspensão seja subordinada ao cumprimento de deveres ou regras de conduta de conteúdo não económico ou financeiro. Se os deveres ou as regras de conduta não forem cumpridos, executa-se a prisão subsidiária; se o forem, a pena é declarada extinta.

4. O disposto nos ns. 1 e 2 é correspondentemente aplicável ao caso em que o condenado culposamente não cumpra os dias de trabalho pelos quais, a seu pedido, a multa foi substituída. Se o incumprimento lhe não for imputável, é correspondentemente aplicável o disposto no número anterior.

²²¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. v. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 524.

Cite-se, por fim, crítica à legislação italiana quando em cotejo com o direito penal brasileiro:

A Parte Geral revogada, no tocante à conversão, dispunha, no art. 38: a multa converte-se em detenção quando o condenado reincidente deixa de pagá-la ou o condenado solvente frustra a sua cobrança.

O texto não seguira à risca o modelo do Código Rocco, que, na matéria, no art. 136, autorizava a conversão caso a multa não fosse recolhida “por insolvabilidade do condenado”.

No Brasil, duas eram as hipóteses de conversão pelo não pagamento: a reincidência e a frustração por condenado solvente, mantinha a isonomia, que identificava os condenados quanto ao retorno à criminalidade e à relutância de pagamento apesar de ser possível efetuar-lo.

Na Itália a legislação era draconiana e discriminatória. Excessivo rigor e distinção de condenados: quem pudesse pagar a multa livrava-se solto; o insolvente seria submetido à pena privativa do direito de liberdade.

A Corte Constitucional, invocando o princípio fundamental do artigo 3º da Constituição italiana: “todos os cidadãos têm a mesma dignidade e são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opiniões políticas, condições pessoais e sociais”, no julgamento n. 131/79, declarou a inconstitucionalidade da lei por distinguir pessoas quanto à condição econômica, contrariando ainda o art. 27, que registra o princípio da responsabilidade penal pessoal²²².

²²² CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 30-31.

10 CONCLUSÕES

01 – No contexto histórico-nacional, a pena de multa primitiva apresenta-se com força executória, inclusive, em detrimento do condenado insolvente, já que contra esse era convertida em pena de detenção.

02 – A multa penal, como espécie de pena, está subsumida a todos os princípios a ela inerentes.

03 – A Lei n.9268/96 não retirou o caráter de sanção penal da multa, não se tornando, pois, sanção civil.

04 – O processo executório a ser observado, após o advento da novel Lei, é o estabelecido na Lei n. 6830/80, que dispõe sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública e dá outras providências.

05 – A legitimidade para a propositura da execução da multa penal é do Ministério Público Estadual.

06 – O juízo competente para processar a execução da multa penal é o Juízo da Execução Penal de cada Estado da Federação, posto tratar-se de execução de pena.

07 – É inconstitucional medida provisória que desvia a receita advinda com o recolhimento da multa penal para fins diversos do Fundo Penitenciário Nacional.

08 – A multa reparatória é sanção civil, não se-lhe aplicando as novas regras advindas com a Lei n. 9268/96.

09 – A prestação pecuniária, espécie nova de pena restritiva de direitos, se descumprida, imporá a aplicação de pena privativa de liberdade, ao contrário da pena de multa, ante o caráter ínsito de substituição.

10 – Não é possível ajuizar execução da multa penal após a morte do condenado, na esteira do artigo 107, inciso I do Código Penal.

11 BIBLIOGRAFIA

ABRÃO, Carlos Henrique e outros. *Lei de execução fiscal comentada e anotada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

ALMEIDA, Geavan. *Modernos movimentos de política criminal e seus reflexos na legislação brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2002.

ANTOLISEI, F.. *Manuale de Diritto Penale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1997.

ARAÚJO JÚNIOR, João. O Direito Penal Contemporâneo-fundamentos. *in Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro* edição n. 06.

ASÚA, Luiz Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal*. v. 1, 4. ed. Buenos Aires: Losada, 1964.

AZEVEDO, David Teixeira de. A pena de multa substitutiva é constitucional? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 9, p. 07, out. 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1995.

BATISTA, Nilo. *Punidos e mal negados*. Rio de Janeiro: Editora Renavam, 1990.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica do Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Renavam, 2001.

BATISTA, Nilo. Novas tendências do Direito Penal. Rio de Janeiro: *Revista Forense* n. 370, p. 143-144.

BATISTA, Weber Martins. A fixação da pena. *Livro de Estudos Jurídicos*, edição n. 03, p. 267.

BATISTA, Weber Martins. A pena de multa na lei de contravenções penais. *In: Livro de Estudos Jurídicos*, edição n. 02.

BATISTA, Weber Martins. *Direito Penal e Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1996.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

BENTHAN, Jeremias. *Teoria das penas legais*. São Paulo: Logos, 1943.

BETANHO, Luiz Carlos. A pena de multa na reforma parcial do C. P.. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 33, p. 11-12, set. 1995.

BETTIOL, G. *Instituições de Direito e Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 1974.

BITENCOURT, César. *Falência da pena de prisão - causas e alternativas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

BITENCOURT, César Roberto. *Manual de Direito Penal - parte geral*. v. I. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1994.

BOUÇAS, Custódio de Azevedo. Pena. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1981.

BRAGA, Vera Regina de Almeida. *Pena de multa substitutiva no concurso de crimes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Tomo I, Rio de Janeiro: ed. Nacional de Direito, 1956.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – parte geral*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Ação de execução fiscal*. Rio de Janeiro: Ed. Aide, 1995.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal - parte geral*. v. I. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. *El problema de la pena*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1947.

CARRARA, Francesco. *Programa de Direito Criminal – parte geral*, v. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 1957.

CARVALHO, Amilton Bueno de e outro. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, ano 2001.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti. Breves anotações sobre a repercussão da lei n. 10. 259/2001 nos juizados especiais criminais estaduais. In: *Revista da EMERJ*, v. 05, edição n. 19.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti. In: *Revista da EMERJ*. v. 05, edição n. 19.

CARVALHO, Salo de. (organizador). *Críticas à execução penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, ano 2002.

CARVALHO, Salo de. (organizador). *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, ano 2001.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

CONTI, Ugo. *Il Codice Penale illustrato per Articolo*. Milano: Società Libreria, 1934.

COSTA, Álvaro Mayrink. *Direito Penal – parte geral*. v. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, ano 1998.

COSTA, Cláudia Pinheiro da. *Sanção penal – sua gênese e tendências modernas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2001.

COSTA JÚNIOR, Heitor. A reforma da parte geral do Código Penal Brasileiro. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, edição n. 20, 1984, p. 68.

COSTA JÚNIOR, Heitor. A reforma penal brasileira. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, edição n. 30.1989.

COSTA JÚNIOR, Heitor. Aspectos da “parte geral” do anteprojeto de Código Penal, *in Revista dos Tribunais* n. 55, 1982.

COSTA JÚNIOR, Heitor. Aspectos da parte geral do anteprojeto de Código Penal. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, edição n. 27.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal – curso completo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal objetivo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

FARIA, Bento de Antonio. *Anotações theorico-praticas ao Código Penal do Brazil*. Rio de Janeiro: Papelaria União, 1906.

FELIPETO, Rogério. *Reparação do dano causado por crime*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2001.

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. Campinas: Bookseller, 1996.

FOCAULT, Michael. *Vigiar e punir*. São Paulo: Editora Vozes, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal - parte geral*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993.

FRANCO, Alberto Silva. *Temas de Direito Penal – breves anotações sobre a Lei 7. 209/84*. São Paulo: Saraiva, 1986.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002.

FREITAS, Ricardo de Brito de A. P.. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, ano 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 1999.

GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal - parte geral*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos-prevenção e repressão*. São Paulo: Editora Saraiva, ano 1987.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – parte geral*. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

JAKOBS, Gunther. *Fundamentos do Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1981.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Penas alternativas*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Crimes de trânsito*. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal – parte geral*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

JORGE, Sheila e outro. *Dos tipos plurissubjetivos*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997.

KAUFMMANN, Armin. *Teoría de las normas*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1977.

LEITE, Paulo Henrique Moura, in *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal* - n. 03 - artigo: Multa penal: o lapso prescricional e a legitimidade ativa após o advento da Lei n. 9268/96, p. 51

LIMA, Marcellus Polastri e outra. *Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2005.

LIMA, Marcellus Polastri. A multa reparatória do Código de Trânsito Brasileiro. In: *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n. 11, p. 32.

LIMA, Marcellus Polastri. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro* edição n. 05, artigo: A Lei n. 9099/95. Questões Controvertidas, p. 128.

LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal* - parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Crimes de trânsito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Teoria Constitucional do Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Editora Sérgio Antonio Fabris, 1991.

LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de Direito Penal* - parte geral. São Paulo: Editora Saraiva, 1985.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1993.

- MARQUES, José. *Tratado de Direito Penal*. v. III, São Paulo: Editora Millennium, 2000.
- MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz e ZIPF, Heinz. *Derecho Penal* – parte general n. 2. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 645-646.
- MAURACH, Reinhart; HEINZ, Zipf. *Derecho Penal* – parte general. v. 1, Buenos Aires: Astrea, 1994.
- MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
- MESTIERI, João. *Teoria elementar do Direito Criminal*. Rio de Janeiro: Edição do autor, 1990.
- MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoria del delito en el estado social y democratico de derecho*. 2. ed., Barcelona: Bosch, 1982.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Editora Atlas, 1998.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. *Execução Penal*. São Paulo: Editora Atlas, 2000.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de Direito Penal* - parte geral. v. I. São Paulo: Editora Atlas, 2003.
- MOLINARI, Francesca. La pena pecuniaria e sua problematica in una prospettiva di riforma, in *Problemi generali di diritto penale*. Milano: Giuffrè, 1982.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Ed. Atlas, 2000.
- MURACH e outro. *Derecho Penal*. v. 01 e 02. Local: Editora Astrea, 1994.
- NICOLITT, André Luiz. *Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2002.
- NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. *Crimes do Código de Trânsito*. São Paulo: Editora Atlas, 1999.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal* – parte geral. v. 1, São Paulo: Editora Saraiva, 1980.
- OUVINA, Guillermo J.. Indagación sobre la pena, in *Revista do Instituto de Derecho Penal*. v. 06. Universidad Nacional de La Plata.
- PIERANGELI, José Henrique. *Escritos Jurídicos* – penais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- PIERANGELLI, José Henrique. Das penas e sua execução no Novo Código Penal. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 23, p. 37.
- PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. Org. Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. *Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2002.
- PRADO, Luiz Regis. *Multa penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- PRADO, Luiz Regis. *Multa penal*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. v. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do Delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal* - parte geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

RECASENS SICHES, Luiz. *Tratado general de Filosofía del Derecho*. México: ed. Porrúa, 1959.

REDANÓ, Ugo. *Delinquenza e redenzione nella penalistica de oggi*. Padova: Cedan, 1965.

RIBEIRO, Maurício da Rocha. in *Livro de estudos jurídicos*, v. n. 06 – artigo: Considerações sobre a pena privativa de liberdade, p. 95.

ROMEIRO JÚNIOR, Jorge Alberto, in *Revista da EMERJ*, v. 04, edição n. 14, artigo: Jurisdição Criminal – um pouco da sua história.

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Curso completo de Direito Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da pena*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2005.

SHECARIA, Sérgio Salomão e outro. *Pena e Constituição* – aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

SHECARIA, Sérgio Salomão e outro. *Teoria da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1992.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. São Paulo: Editora Del Rey, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. Evolução do Direito Penal. In: *Livro de Estudos Jurídicos*, n. 4. Rio de Janeiro: Ed. Instituto de Estudos Jurídicos, 1992, p. 143-144.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios gerais do novo sistema penal brasileiro. In: *O Direito Penal e o Novo Código Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984.

TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*. São Paulo: Editora Lumen Iuris, 2000.

URZÚA, Enrique Cury. *Derecho Penal* – parte general. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica Del Chile, 1997.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*. Chile: Editorial Jurídica de Chile. 2ª edição castellana, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro* - parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.