

Pena de Multa e Progressão de Regime Executório.
Ativismo Judicial¹
Criminal fine and System of Prison Progression.
Judicial Activism

*Luiz Regis Prado*²

Professor Titular de Direito Penal (UEM/FADISP)

*Bruna de Azevedo de Castro*³

Mestra e Doutoranda em Direito (FADISP)

Resumo: este trabalho visa analisar o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o inadimplemento da pena de multa, imposta cumulativamente à pena privativa de liberdade, obsta a progressão de regime. Reflexiona-se também acerca da postura ativista verificada, que transpassa competência e viola garantias fundamentais.

Palavras-chave: progressão de regime – pena de multa – segurança jurídica – ativismo judicial.

Abstract: This article analyzes the understanding signed by the Supreme Court in order to prevent the prison progression because of default of criminal fine, cumulatively imposed to prison. It also speculates the activist position detected, which runs exceeds competence and violates fundamental guarantees.

Keywords: system of prison progression – criminal fine – legal certainty – judicial activism.

Considerações gerais

Nos últimos anos, tem sido notável a mudança de postura do Poder Judiciário brasileiro, especialmente nas Cortes Superiores que, diversamente do

¹ *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v.966, abril/2016, p. 183-200.

² professor@regisprado.com.br

³ brunacastro@uol.com.br

período inicial da redemocratização, não mais se limitam a uma discreta atuação e passam a refletir a opção política da atualidade, certamente resguardada pela Constituição Federal de 1988: não só garantir, mas também efetivar direitos fundamentais.⁴

No presente estudo, não se questiona a essencialidade do papel do Poder Judiciário na defesa e concretização de direitos individuais garantidos constitucionalmente. Ao contrário, procura-se examinar os efeitos nefastos para os direitos fundamentais de postura *ativista*, particularmente identificada no Supremo Tribunal Federal.

A perspectiva de *ativismo judicial* adotada, para análise do tema proposto, consiste na atuação da jurisdição constitucional como um órgão que passa a concentrar em si “a realização de uma moralidade política, exorbitando sua função”.⁵

Em 2015, o STF, ao apreciar um dos pedidos de progressão de regime da Ação Penal 470 – conhecida “mensalão” –, deixou de concedê-la sob o fundamento de que o condenado era inadimplente em relação à *pena de multa* a ele imposta. A progressão foi indeferida por decisão monocrática proferida pelo min. Luís Roberto Barroso, sobre a qual interpôs-se agravo regimental, e levada a Plenário (EP 12/2015)⁶, acabou por prevalecer a tese inicial.

Os principais pontos explorados na decisão em apreço, como justificação do liame feito entre progressão e pagamento da multa, estão abaixo delimitados, no presente texto, seguidos dos respectivos comentários.

⁴ MONTEIRO, Juliano Ralo. *Ativismo judicial: um caminho para concretização de direitos fundamentais*. In: JÚNIOR, José Levi do Amaral (coord.). *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 166.

⁵ MACHADO, Joana de Souza. *Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. 2008. 119 p. Dissertação (Mestrado em Direito – Teoria do Estado e Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 60.

⁶ Ementa: Execução Penal. Agravo Regimental. Inadimplemento deliberado da pena de multa. Progressão de regime. Impossibilidade. 1. O inadimplemento deliberado da pena de multa cumulativamente aplicada ao sentenciado impede a progressão no regime prisional. 2. Tal regra somente é excepcionada pela comprovação da absoluta impossibilidade econômica do apenado em pagar a multa, ainda que parceladamente. 3. Agravo regimental desprovido. (EP 12 ProgReg-AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/04/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-111 DIVULG 10-06-2015 PUBLIC 11-06-2015).

1. Pena de multa e criminalidade econômica

Destaca-se na decisão em exame, o papel exercido pela pena de multa em sede de criminalidade econômica, considerada como de maior relevância “do que a pena de prisão – que, nas condições atuais, é relativamente breve e não é capaz de promover a ressocialização –, cabe à multa o papel retributivo e preventivo geral da pena, desestimulando, no próprio infrator ou em infratores potenciais, a conduta estigmatizada pela legislação penal”.

Evidentemente, como autêntica espécie de *sanção criminal* pecuniária, a pena de multa deve cumprir as finalidades que lhe são inerentes, e pode ser aplicada cumulativa ou alternativamente à pena privativa de liberdade.⁷

A depreciação patrimonial imposta ao indivíduo condenado ao pagamento de uma pena de multa é um “instrumento prático de realização do conceito e dos fins da pena, do mesmo modo que o é a liberdade do sujeito nas penas privativas de liberdade”⁸. Em outras palavras: a diminuição do patrimônio decorrente da multa penal está para a realização de suas finalidades, como a restrição da liberdade de locomoção está para o atendimento aos objetivos da pena privativa de liberdade imposta.

A progressão de regime, de sua vez, é um instituto próprio da *pena privativa de liberdade*. Esta última pode ser cumprida em diferentes *regimes penais* (fechado, semiaberto e aberto), cuja privação de liberdade é variável: no regime fechado, a liberdade individual é tolhida de modo completo, enquanto que nos regimes semiaberto e aberto, prevalece o estado de semiliberdade. A passagem do regime mais severo para o menos gravoso consiste no cumprimento progressivo da pena privativa de liberdade, que não se relaciona com o pagamento da pena de multa.

Tal como ocorre com a pena privativa de liberdade, o adimplemento da *multa penal* é de suma importância para o cumprimento de *suas* finalidades. Mas é imperioso evidenciar que a pena de multa e a privativa de liberdade são

⁷ Cf. PRADO, Luiz Regis. *Multa penal*. 2 ed. São Paulo: RT, 1993, p. 17-19.

⁸ GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen. *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006, p. 172.

sanções distintas e, de conseguinte, não só a determinação de cada uma delas se faz de diferentes modos, mas também a sua execução.

Na justa aplicação da pena de multa é importante o sistema que leva em consideração a gravidade do injusto e a situação econômica do apenado (dias-multa), pois somente dessa maneira é possível se chegar a um *quantum* final atendendo ao princípio da proporcionalidade.⁹

De outro lado, a dosimetria e a execução da pena privativa de liberdade não se pautam em estratos socioeconômicos – ou, ao menos, não deveriam fazê-lo.

As numerosas diferenças existentes entre a pena de multa e a privativa de liberdade, tanto nos aspectos práticos, como na forma de se buscar a concreção de seus fins, impõem que a vinculação feita entre multa e progressão, para além de absurda, vem a ser flagrantemente inconstitucional por violar a individualização da pena e o princípio da legalidade penal.

A individualização da pena tem respaldo constitucional explícito (art. 5º, XLVI, CF), e significa a retribuição, por meio de uma pena *concreta* e adequada ao mal causado pelo delito e à personalidade do agente, desenvolvendo-se nas fases legislativa, judicial e executória¹⁰. Individualizar a pena significa adequá-la ao *indivíduo* condenado em uma sentença penal, levando em conta, obviamente, o fato delitivo por ele praticado.

O ajustamento da pena concreta ao indivíduo, já determinada judicialmente, deve acompanhar toda a execução penal. Aliás, como bem se afirma, é na fase executória que a individualização começa a atuar sobre o condenado, matéria também regida pelo princípio da legalidade.¹¹

Efetivamente, por se tratar da etapa em que o indivíduo começa a sentir os efeitos reais da condenação, a firme observância ao princípio da legalidade mostra-se inarredável.

A execução penal tem caráter, ao mesmo tempo, jurisdicional e administrativa, ou seja, exercida pelo Poder Judiciário e pela Administração

⁹ O valor de “cada dia-multa deve ser calculado de maneira que, após sua dedução da renda líquida diária, reste ao condenado o mínimo indispensável às despesas com sua manutenção e a de sua família” (PRADO, Luiz Regis. Do sistema de cominação da multa no Código Penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 650, 1999, p. 649; Idem. *Comentários ao Código Penal*. 10 ed. São Paulo: RT, p. 311 e ss.).

¹⁰ LUISI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003, p. 52.

¹¹ *Ibidem*, p. 53.

Pública. O controle jurisdicional da execução penal não é absoluto.¹² Ainda que as restrições mais severas à tolhida liberdade individual são provenientes de decisões judiciais, a exemplo da concessão ou vedação à progressão de regime, livramento condicional etc.

O exercício do poder disciplinar no âmbito do estabelecimento prisional e a atividade jurisdicional na execução penal devem ser conduzidos pelo princípio da legalidade, sobretudo no que tange às interferências mais incisivas sobre a liberdade individual.

A importância conferida pela Constituição Federal à regulação legal da execução penal é incontestável, extraída da própria individualização da pena (artigo 5º, XLVI), quando se afirma que a lei regulará a individualização da pena, bem como da instrução abstrata e aplicável a todas as áreas do Direito contida no artigo 5º, inciso II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Do exposto, infere-se que as resoluções tomadas no contexto da execução penal não ficam submetidas ao puro arbítrio judicial ou administrativo. A progressão de regime é um instrumento de individualização da pena disciplinado por lei e não comporta tergiversações irresponsáveis, principalmente se estas implicam em supressão de garantias.

Além disso, salienta-se que nenhuma espécie de sanção penal (multa, privativa de liberdade, restritiva de direitos) deve ter sua aplicação inicial e execução dirigidas *exclusivamente* a finalidades preventivas, especialmente as que implicam no despertar de um sentimento coletivo de intimidação (prevenção geral negativa), ou de reconciliação social com a norma penal, decorrente da reafirmação normativa (prevenção geral positiva).

Vê-se, nesse primeiro item, que a decisão do STF faz perfunctória menção ao aspecto retributivo e preventivo geral da pena, com menção ao preconizado pelo artigo 59 do Código Penal, que destaca o juízo acerca da necessidade de reprovação e prevenção do crime. De acordo com esse cenário, as finalidades da pena de multa se refletem na execução da pena privativa de liberdade, como se ambas fossem uma coisa só, indissociáveis.

¹² DOTTI, René Ariel. Execução penal no Brasil: aspectos constitucionais e legais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 664, p. 239 – 249, 1991, p. 242.

Sobreleva aqui frisar que as finalidades retributivas e preventivas da pena de multa dizem respeito à *sua* imposição e execução, independentemente da individualização da pena privativa de liberdade (progressão de regime). A consequência do raciocínio empregado na decisão em exame é que uma espécie de sanção penal seja utilizada para que outra, aplicada cumulativamente, cumpra seus objetivos.

Demais disso, em um Estado democrático de Direito, só se pode falar em *retribuição jurídica* vinculada à ideia de *pena justa*, que tem na culpabilidade o seu *fundamento e limite*.¹³ A partir daí, é inegável que a retribuição se torna em um instrumento hábil à prevenção geral e especial, visto que tão somente a pena proporcional à magnitude do injusto e à culpabilidade do autor é capaz de atender legitimamente os auspícios preventivos.¹⁴

Negar o direito à progressão na pena privativa de liberdade, a pretexto de fazer valer as finalidades retributiva e preventiva geral da pena de multa, é o mesmo que atestar a incompetência estatal na administração da justiça para buscar, pelos meios legais já existentes, a satisfação da punição pecuniária imposta.

Outrossim, a manipulação do cumprimento da pena privativa de liberdade (progressão) como meio de coerção para pagamento da multa, esvazia a ideia de multa alternativa¹⁵: se não há pena de reclusão ou detenção aplicada cumulativamente, o Estado deve utilizar os instrumentos já disponíveis para buscar o pagamento da multa penal. Isso significa que tais meios existem e podem ser aplicados, sendo despiciendo o reflexo na execução da pena privativa de liberdade. Tal constatação é ratificada pela atual impossibilidade de conversão da pena de multa em detenção.

Não se refuta, portanto, a importância político-criminal da pena de multa. Ao contrário, trata-se de reforçar a mais significativa função político-criminal destacada na atualidade, que é, reitera-se, operar como substitutivo das penas privativas de liberdade de curta duração¹⁶. Em definitiva, o objetivo da

¹³ Cf. CEREZO MIR, José. Culpabilidad y pena. In: *Obras completas. Otros estudios*. Peru: ARA, 2006, p. 266 e ss; HIRSH, H-J. El principio de culpabilidad y su función en el Derecho Penal. *Derecho Penal*. Buenos Aires: Rubinzal, 1999, t. I, p. 162-163.

¹⁴ PRADO, Luiz Regis. Teoria dos fins da pena. *Ciências Penais*, São Paulo: RT, v. 0, p. 143-158, 2004, p. 156.

¹⁵ Multa como um meio para se evitar as penas privativas de liberdade de curta duração (destacado em PRADO, L.R., *Multa Penal*, p. 90-91).

¹⁶ GRACIA MARTÍN, L.; BOLDOVA PASAMAR, M. Á.; ALASTUEY DOBÓN, C., op. cit., p. 176.

multa penal não é recuperar a confiança social no Poder Judiciário acerca do tratamento “mais severo” dedicado aos condenados por crimes econômicos, como também não é missão da pena privativa de liberdade a satisfação da pena pecuniária.

Em verdade, o raciocínio empregado é enganoso e imprudente, pois a constante busca pela concretização dos fins da pena leva a crer que o Poder Judiciário pode e deve *criar* novos instrumentos para coibir o condenado a solver o valor determinado como sanção penal.

Além disso, cumpre indagar: atribuir à pena privativa de liberdade a “missão” de fazer com que a multa penal seja paga, retardando a progressão de regime, constitui-se efetivamente em procedimento hábil a buscar o cumprimento das finalidades da pena de multa referidas anteriormente (retribuição e prevenção)? Uma espécie de sanção criminal pode cumprir indiretamente os fins de outra?

Para que a pena, no curso de sua execução, consubstancie justa retribuição e, assim, seja capaz de cumprir objetivos preventivos, é preciso que os direitos e garantias individuais sejam respeitados de forma intransigente. Sem exceção e *a latere*.

A progressão no âmbito executório da pena privativa de liberdade vem a ser meio imprescindível de sua individualização, baseada no *merecimento* em sentido lato do condenado (que abrange o tempo de pena cumprida e mérito).

Se esse importante instrumento fosse aplicado exclusivamente com lastro em critérios de prevenção geral, como evidenciado na decisão em comento, os crimes praticados com mais frequência no país (v.g. patrimoniais) não admitiriam a progressão. Seria provavelmente o caso de recrudescimento geral da criminalidade mais frequente, independentemente da extensão ou gravidade das lesões a bens jurídicos, o que incluiria incremento das margens penais, criação de novas qualificadoras e causas de aumento, redução de garantias processuais, limitação de benefícios da execução penal etc.

2. Fixação jurisprudencial de regra específica para progressão de regime

Em geral, para a progressão de regime, exige-se um sexto de cumprimento da pena em regime anterior mais severo e atestado de bom comportamento carcerário, definida pelo artigo 112 da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/1984). Contudo, afirma-se que “nada obstante essa regra geral, a jurisprudência desta Corte tem demonstrado que a análise dos requisitos necessários para a progressão de regime não se restringe ao referido art. 112 da LEP, tendo em vista que elementos outros podem, e devem ser considerados pelo julgador na delicada tarefa de individualização da resposta punitiva do Estado, especialmente na fase executória.

Afinal, tal como previsto na Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, ‘*a progressão deve ser uma conquista do condenado pelo seu mérito*’, ‘*compreendido esse vocábulo como aptidão, capacidade e merecimento, demonstrados no curso da execução*’ (grifo no original).

A regra geral estabelecida no artigo 112 da Lei de Execução Penal só pode ser excetuada quando há norma *jurídica* específica disciplinando a *mesma* matéria (e não matéria semelhante). Assim, pela regra geral, os requisitos formais da progressão de regime são: cumprimento de 1/6 da pena no regime anterior e atestado de bom comportamento carcerário (art. 112, LEP); como requisito material, tem-se o mérito do condenado (art. 33, §2º, CP).

Como regra *específica* de progressão para crimes hediondos, o artigo 2º, §2º da Lei 8.072/1990 assinala que o cumprimento da pena passa a ser de 2/5, se o réu era primário, 3/5, se reincidente. Na mesma linha, em se tratando de crimes contra a Administração Pública, a progressão depende *também* da reparação do dano ou devolução do produto (art. 33, §4º, CP).

Não há normativa específica para *crimes econômicos* ou prejudiciais aos cofres públicos, que vincula a progressão de regime ao pagamento da pena de multa, apta a complementar ou substituir a previsão geral.

Sabe-se que o mérito do condenado (requisito material da progressão) não se esgota na verificação do tempo de pena executada em regime anterior e atestado de bom comportamento carcerário.¹⁷ Outros

¹⁷ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal brasileiro*. 14 ed. São Paulo: RT, 2015, p. 468.

elementos, concernentes ao merecimento e capacidade do condenado para prosseguir em regime mais brando, podem ser auferidos pelo juiz da execução.

Nada obstante, certo é que, cumpridas todas as exigências legalmente previstas, a progressão não pode ser afastada em razão do inadimplemento da pena de multa.

Assim, há claramente relação conflituosa: direito à progressão *versus* orientação político-criminal que dá preferência ao pagamento da multa penal, em razão de sua natureza pecuniária, nos casos de crimes prejudiciais ao erário.

Não é razoável, em tal conflito, sacrificar a liberdade individual e a individualização da pena, que se orienta também pela progressão, além do princípio da legalidade, em uma decisão de frágil e de inconvincente fundamentação jurídica, em grande parte falaciosa.

Tem-se ainda que a análise do caso não pode ser reduzida à ausência de um elemento que sequer é exigido legalmente para a progressão. É possível que outras circunstâncias complementem *mérito* do condenado e afastem ou confirmem possibilidade de progressão.

O princípio da legalidade, árdua conquista da humanidade contra o arbítrio estatal em sua intervenção na esfera de liberdade individual, não pode de modo algum ser relegado a segundo plano, alocado após a necessidade de se comprovar publicamente a *severidade* com que são tratados os condenados pela prática de crimes lesivos aos cofres públicos.

Não é demais lembrar a lição de Beccaria, para quem é perigosa a ideia de se buscar o *espírito da lei*, porque isso conduz a uma “tempestade de opiniões”. Além dos indivíduos possuírem pontos de vistas distintos entre si, muitas vezes o mesmo homem altera o próprio ponto de vista com o tempo. Portanto, o alcance do *espírito da lei* está vinculado a uma “boa má lógica do juiz, dependendo, ainda, da influência de suas paixões, e tantos outros fatores que modificam a perspectiva de cada objeto no pensamento humano”.¹⁸

A decisão ora analisada constitui exemplo notório de aviltamento do princípio da legalidade, quando se transforma o *espírito da lei* em livro de páginas

¹⁸ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 45.

em branco, no qual pode ser inserida não importa que narrativa hábil a contentar o *espírito de quem o escreve*. Dito de outro modo: a busca pelo *espírito da lei* converte-se em pretexto para que o *jugador* se transforme propositalmente em legislador.

3. Precedente judicial: progressão de regime e pagamento da multa penal

Dois precedentes são utilizados para fundamentar a decisão: o primeiro vem a ser a declaração de constitucionalidade do artigo 33, §4º do Código Penal, que vincula a progressão de regime para condenados a crimes contra a Administração Pública à reparação do dano ou devolução do produto. Afirma-se que o referido dispositivo também não consta do elenco de requisitos previstos no artigo 112 da LEP e, no entanto, é exigível para a progressão.

Outro precedente consignado é a decisão que entende como facultativa a realização do exame criminológico para a progressão de regime para condenados a crimes hediondos (entendimento sumulado – S.V. 26), apesar de não estar mais entre as exigências legais previstas para esse benefício da execução (art. 112, LEP).

De acordo com a decisão, os dois precedentes citados “demonstram que o julgador, atento às finalidades da pena e de modo fundamentado, *está autorizado a lançar mão de requisitos outros, não necessariamente enunciados no art. 112 da LEP, mas extraídos do ordenamento jurídico*, para avaliar a possibilidade de progressão no regime prisional, tendo como objetivo, sobretudo, *o exame do merecimento do sentenciado*” (sem grifo no original).

Não convence o argumentado na primeira decisão, por duas razões: a primeira diz respeito à exigência de reparação do dano para progressão de regime, em caso de condenação por crimes contra Administração Pública, não viola o princípio da legalidade, tem respaldo legal (no artigo 33, §4º, CP). Ao contrário, o adimplemento da *pena de multa* não é requerido para a progressão de regime em hipótese nenhuma prevista no ordenamento jurídico brasileiro. A segunda consiste na constatação de que a *pena de multa não é reparação do dano* ou devolução do produto, como dispõe o mencionado preceito legal. Logo, são duas situações totalmente distintas.

Dessa forma, exigir como critério da progressão o pagamento da multa penal, comparando-o ao disposto no artigo 33, §4º do Código Penal, acerca da *reparação do dano*, implica menoscabo flagrante aos princípios da legalidade penal e da segurança jurídica.

Trata-se de claro exemplo de ativismo judicial, entendido como “um problema eminentemente hermenêutico, relacionado à invasão das preferências ideológicas dos julgadores nas decisões judiciais”.¹⁹

Dentre as formas de manifestação de ativismo judicial apontadas pela doutrina, o que se verifica na decisão ora analisada é a “fundamentação deficiente, a mascarar inadmissível discricionariedade judicial não vinculada”.²⁰

O Poder Judiciário, arvorando-se no direito de *criar* condições legais teoricamente mais “adequadas”, usurpa *função típica* do Poder Legislativo e macula o Estado democrático de Direito.

Para além do exposto, reitera-se: a pena de multa em nada se assemelha à reparação, restituição, indenização ou outra forma de responsabilidade civil derivada do delito. Como sanção pecuniária, a pena de multa importa em redução do patrimônio do indivíduo de forma direta e, apenas indiretamente, reflete-se em sua liberdade.²¹

Em razão disso, não raro se faz criticável confusão entre fins por ela perseguidos e a reparação do dano causado pelo delito. É dizer: a multa penal não tem por finalidade recompor o prejuízo suscitado à vítima (ou sua família) pela prática delitiva. O motivo de ser da perda patrimonial proveniente da multa não é a reparação, restituição ou indenização, mas a imposição retributiva jurídica.²²

Pena e responsabilidade civil derivada do delito, conquanto originadas de um mesmo fato real, têm bases completamente distintas: a *pena* de multa está fundamentada no injusto penal culpável, ao passo que as formas

¹⁹ No presente texto, compreende-se ativismo como uma realidade sempre perniciosa ou nociva, pois diz respeito ao constante esmaecimento da linha que separa interpretação e criação do Direito, quando o julgador ultrapassa sua competência e passa a julgar conforme seu juízo de conveniência (Cf. ABBoud, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. Diálogos entre discricionariedade e democracia. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 242, p. 21 – 47, 2015, p. 24 e ss).

²⁰ FAZIO, César Cripiano de. Panorama sobre o ativismo judicial e a judicialização da política no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 939, p. 109 – 126, 2014, p. 110.

²¹ PRADO, L. R., *Multa penal*, p. 19.

²² *Ibidem*, loc. cit.

de responsabilidade civil se baseiam em um dano ou perda identificável, propiciada pelo injusto penal.²³

No que diz respeito às formas de responsabilidade civil mencionadas, destacam-se a restituição e a reparação (previstas no artigo 33, §4º, CP). A primeira consiste na devolução, entrega da coisa subtraída ao possuidor legítimo ou proprietário; a reparação, ao contrário, pode ser feita por uma obrigação de dar, fazer ou não fazer²⁴. O adimplemento da multa penal não está abarcado por tais hipóteses.

A respeito da decisão que determina a facultatividade da realização do exame criminológico para progressão em crimes hediondos (súmula vinculante n. 26), emerge como equivocado o raciocínio utilizado porque o exame criminológico sequer poderia ser exigido para a progressão em crimes hediondos.

Não se questiona a necessidade ou não da progressão ser regulada de modo diverso, mais restrito, em sede de delito econômico, mas sim a *competência* de quem deve fazê-lo. Ora, se o legislador retira do ordenamento jurídico a realização do exame criminológico como um dos meios para se atingir a progressão (com a modificação do artigo 112 da LEP), não cabe a nenhuma instância do Poder Judiciário “ressuscitá-lo”. Nem para os crimes hediondos, que, aliás, são um catálogo “em aberto” no Direito brasileiro.²⁵

Insta ainda que, mesmo com a *possibilidade*, erroneamente prevista na Súmula 26, de determinação judicial pela realização desse exame na progressão em crimes hediondos, fora das hipóteses legais do artigo 112, aquela se refere especificamente a estes últimos. Diversamente, a decisão que veda a progressão pela inadimplência da *multa penal* trata de crimes não assim rotulados (de hediondos).

Na realidade, quando se utiliza tal precedente *sumulado* do exame criminológico para justificar o óbice à progressão, justifica-se uma manifestação de *ativismo* (pela violação da legalidade penal) com outra. Portanto, ambas

²³ GRÁCIA MARTÍN, L.; BOLDOVA PASAMAR, M. A.; ALASTUEY DOBÓN, C. *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, p. 38-39.

²⁴ *Ibidem*, p. 607.

²⁵ Isso significa que a Lei 8.072/1990 é o instrumento mais utilizado pelo legislador para prestar contas à sociedade a respeito de crimes que causam mais comoção popular. Não há definição segura a respeito do que pode ou não se transformar em crime hediondo (a respeito, FRANCO, Alberto Silva. Fábrica produtora de etiquetas. In: *Boletim do IBCCrim*, n. 277, a. 23, dez. 2015, p. 8).

representam a tendência de uma parcela do Judiciário, que insiste em *extrapolar arbitrariamente* suas lédimas funções.

Por fim, são todos inconvincentes os argumentos verificados nas conclusões exaradas, nas quais se justifica a utilização de instrumentos não previstos expressamente no artigo 112 da LEP, mas “extraídos do ordenamento jurídico” para fazer cumprir as finalidades da pena e formar o quadro que diz respeito ao *merecimento* do condenado.

Convém salientar e esclarecer que o Judiciário *não pode* lançar mão de *quaisquer* elementos, indiscriminadamente, mesmo que existentes no ordenamento jurídico para outras finalidades. Caso contrário, chega-se ao absurdo, por exemplo, de se determinar a reparação do dano ou restituição da coisa para a progressão de regime a condenados por crimes de roubo e furto, apenas porque tal requisito está presente no ordenamento jurídico (art. 33, §4º do Código Penal), e reflete maior *merecimento* do condenado.

Aliás, o mérito do condenado, requisito exigido legalmente para a progressão, não pode ser auferido pelo cumprimento da pena de multa imposta cumulativamente. São penas autônomas e de distinta natureza. Não é possível manipular o seu conteúdo de forma *desfavorável* ao réu, ampliando o rol de impedimentos da progressão.

O *mérito* se encontra no Código Penal (art. 33, §2º), mas deve ser interpretado em conjunto com o *bom comportamento carcerário* (art. 112, LEP). Este último está certamente inserido no conceito de *merecimento*, mas o contrário não é válido.

Como afirmado, nem sempre a boa conduta do condenado durante execução da pena, atestada pelo diretor do estabelecimento carcerário, basta para a progressão. O *merecimento*, portanto, congrega “outros elementos necessários para a formulação de um juízo mais perfeito versando sobre o conceito de mérito em razão das peculiaridades próprias da hipótese sob exame”.²⁶

Trata-se de elemento a ser valorado pelo juiz da execução com certa margem de discricionariedade, mas não comporta dilações infinitas e arbitrariedade, tais como desafortunadamente refletidas na decisão tracejada do

²⁶ PRADO, L.R., CARVALHO, É. M., CARVALHO, G. M., op. cit., p. 469.

Pretório Excelso. Isso porque o *mérito* é um elemento de conteúdo material da progressão e diz respeito aos atos praticados pelo condenado durante a execução da pena no regime inicialmente fixado²⁷. O pagamento integral da pena de multa certamente agrega, constitui um dos pontos que conformam o quadro positivo de *merecimento*.

Porém, obstar a progressão por seu inadimplemento, negando o merecimento, independentemente de outros pontos favoráveis ao condenado na execução da pena privativa de liberdade, é conferir a um requisito supralegal maior legitimidade e força do que condições legalmente previstas e atendidas (atestado de bom comportamento e cumprimento de um sexto da pena).

De modo objetivo: o *merecimento* para a progressão não pode se converter em (mais uma) cláusula genérica, que possibilita a mitigação de garantias individuais não em razão de finalidades retributivas e preventivas atribuídas à sanção penal, e sim por objetivos outros, afeitos à política criminal, mas abertos a qualquer espécie de manifestação de oportunidade.

4. Vinculação da progressão ao pagamento da multa - concretização da finalidade de prevenção geral da pena

De acordo com o entendimento contido no julgado em comento, a sanção penal de natureza pecuniária, em crimes contra a Administração Pública e econômicos em geral, é a “a parte verdadeiramente severa da pena, a ser executada com rigor”. Além disso, afirma-se que a decisão “*solucionará não apenas o caso presente, mas servirá de sinalização para todo o país acerca da severidade com que devem ser tratados os crimes contra o erário*”.

Nesse ponto, enfatiza-se a utilização do aspecto *simbólico* do Direito Penal: a decisão que nega a progressão de regime ao condenado a crimes que atentam contra os cofres públicos *sinalizará, para todo o país*, que o Judiciário está “cumprindo o seu papel” e “dificultando a vida dos corruptos”. É dizer: nega-se a progressão para provar à sociedade que os crimes nocivos ao

²⁷ TUCCI, Rogério Lauria. Progressão e execução das penas privativas de liberdade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v.630, p. 269-278, abr. 1988, p. 272.

erário, que tantas vezes revelam a fusão do público ao privado, são também tratados com severidade pelo Poder Judiciário.

Destarte, vislumbra-se o excessivo destaque conferido à finalidade de prevenção *geral* da pena.

Admitindo-se que a liberdade individual seja o instrumento correto para “demonstrar” alguma coisa para a sociedade, existindo ou não restrição justa e condizente com a execução da específica pena privativa de liberdade, a individualização pode se transformar em *puro arbítrio*: instrumentalização do ser humano e espetacularização do sistema penal.

De igual modo, a prevenção especial positiva acaba por perder seu objeto: se o condenado não sabe quais são os “méritos” exigidos para a progressão ou outros benefícios, pouco ou nenhum interesse tem ele em se reeducar e não frustrar os fins da execução.

Ao contrário do que reflete o raciocínio inserto na decisão, é preciso certificar que a pena deve ser *justa* retribuição voltada à prevenção especial.²⁸

Todavia, levando-se em conta exclusivamente os fins *estabilização normativa*, como parece ser o intuito (lamentável) da vinculação feita entre progressão e pagamento da multa, a pena pode ser imposta e executada ao arrepio do princípio da culpabilidade, da individualização e humanidade das penas²⁹. Isso, seguramente, contrasta com a ideia de *justa* retribuição voltada à prevenção especial.

Sublinha-se aqui também o caráter *falacioso* do argumento que aponta a intenção de se restabelecer a confiança da sociedade no Judiciário, e na certeza de punição *severa* para crimes dessa natureza. Inexiste *severidade* punitiva em tal decisão.

Com efeito, a manutenção do regime semiaberto não se aproxima das reivindicações sociais por tratamento mais rigoroso aos crimes contra o Erário. Equivocadamente, o senso comum popular clama por privação de liberdade em tais casos. Logo, não convence também a ideia de atestar a

²⁸ GRACIA MARTÍN, Luis. *Fundamentos de dogmática penal: una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*. Barcelona: Atelier, 2006, p. 199.

²⁹ “Logo, se a chamada prevenção geral positiva ou integradora se dirige a todos, e seu fim precípua reside em reafirmar a vigência da norma violada diante da totalidade do corpo social, sempre que houver infração normativa, deverá ser aplicada uma pena, independentemente das características do agente” (PRADO, L. R., Teoria dos fins da pena, p. 151).

severidade com que são tratados os condenados delitos referidos (delinquência econômica).

Na república democrática, o poder competente para proporcionar tratamento penal diferenciado para os “crimes de corrupção” e outros que atentam contra os cofres públicos, é ainda, diga-se de passagem, o Poder Legislativo.

5. Utilização de regras e fundamentos próprios do regime aberto: auto-disciplina, senso de responsabilidade e hipótese de regressão.

Assevera-se que a passagem para o regime aberto “exige do sentenciado ‘autodisciplina e senso de responsabilidade’” (art. 114, II, da LEP), o que *pressupõe* o cumprimento das decisões judiciais que se lhe aplicam. Tal interpretação é reforçada pelo que dispõe o art. 36, § 2º do Código Penal e o art. 118, § 1º da Lei de Execução Penal, que estabelecem a regressão de regime para o condenado que ‘não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta’” (sem grifo no original).

O *senso de responsabilidade e autodisciplina*, mencionados no artigo 114, II da LEP, são fundamentos da execução da pena no regime aberto. Explicando: como este último regime importa menor restrição à liberdade individual, inclusive com trabalho e estudo desvigiados, faz-se mister que o condenado demonstre sua aptidão para tanto.

A inserção no regime aberto constitui, obviamente, resultado de uma *progressão*. Logo, sua regulamentação não pode ser interpretada isoladamente, desconsiderando o que dispõe a lei acerca da progressão de regime.

Por isso, as condições do artigo 114 da LEP devem ser interpretadas de forma sistemática, em conjunto com o artigo 112 da referida lei e com o artigo 33, §2º do Código Penal, que regulam a progressão, pois *autodisciplina e senso de responsabilidade* não são expressões autoexplicativas.

Nessa perspectiva, nota-se que o inciso II do artigo 114 da LEP está claramente desatualizado, visto que menciona o resultado de exames a que for submetido o condenado, como indício de que ele “irá ajustar-se, com

autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime”. O artigo 112, como visto, não mais prevê a realização de *exame* para a progressão.

Tanto o *senso de responsabilidade* como a *autodisciplina* são realidades que podem ser extraídas do atestado de bom comportamento carcerário (art. 112, LEP). Este último leva em conta o cumprimento dos deveres legais do condenado (artigo 39 da LEP).³⁰ O implemento dos deveres reflete bom comportamento carcerário e, de conseguinte, senso de responsabilidade por parte do apenado.

Considerado isoladamente, o termo *senso de responsabilidade* se põe carregado de subjetividade. Porém, deve ser concebido dentro do cumprimento da pena no regime inicialmente determinado. Daí a importância conferida ao artigo 112 da LEP para fornecer correto parâmetro interpretativo.

Por tal asserto, o não pagamento da multa penal certamente não *presume* ausência de *senso de responsabilidade* ou *autodisciplina* e não contamina o merecimento do condenado à progressão.

No concernente ao disposto no artigo 118, §1º da LEP, que autoriza a regressão (retorno ao regime anterior mais severo) quando não há adimplemento da pena de multa imposta cumulativamente, o próprio dispositivo legal contraria o argumento utilizado na decisão. Vale dizer: na decisão, infere-se que, se o *não pagamento* autoriza a *regressão*, ele pode também impedir a *progressão*.

O equívoco do raciocínio é evidente: ora, se o dispositivo legal em comento permite que o inadimplemento da pena de multa faça com que o condenado retorne ao regime anterior, significa que, primeiramente, ele deve ter

³⁰ “Art. 39. Constituem deveres do condenado:

- I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;
- II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;
- III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;
- IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;
- V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;
- VI - submissão à sanção disciplinar imposta;
- VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores;
- VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;
- IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;
- X - conservação dos objetos de uso pessoal”.

progredido. Só se fala em regressão do regime aberto para o semiaberto se há antes progressão (do semiaberto para o aberto).

Em outras palavras: só é possível a regressão do regime aberto para o semiaberto pelo inadimplemento da multa penal, nos termos do artigo 118, §1º da LEP se, primeiramente, é concedida a progressão. Por óbvio, o não pagamento da pena de multa é irrelevante para a progressão de regime, caso contrário, não seria considerado como hipótese de regressão, que só ocorre quando a primeira já foi concedida. É ilógico conceber que um fator impeditivo da própria progressão seja também considerado como causa da regressão: se o inadimplemento obsta a progressão para o regime aberto, o apenado sequer teria ingressado neste último. Logo, não poderia *regredir*.

Síntese conclusiva

Em remate, entende-se não apenas equivocado como atentatório aos princípios da legalidade e segurança jurídica o entendimento firmado pelo STF no sentido de vedar a progressão do regime semiaberto para o aberto, com base apenas no fato de que o apenado não cumpre a pena de multa cumulativamente imposta.

O exame do mérito do condenado é elemento de conteúdo material que não se restringe ao atestado de bom comportamento carcerário, mas também não pode ser embaraçado exclusivamente pelo descumprimento de uma obrigação que não está especificamente prevista para a progressão, sobrepondo-a, inclusive, aos requisitos legalmente agrupados e alcançados pelo apenado.

É extremamente *temerária* a postura ativista verificada em diversos precedentes nos tribunais superiores. Ainda mais preocupante vem a ser a finalidade motivadora de tal ativismo em matéria criminal: o atendimento a auspícios populares de maior punibilidade ou severidade na execução das penas.

O Poder Judiciário deve ser o espaço jurídico em que as incongruências legislativas são dirimidas e não reforçadas.

Referências

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. Diálogos entre discricionariedade e democracia. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 242, p. 21 – 47, abr. 2015.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CEREZO MIR, José. Culpabilidad y pena. In: *Obras completas*. Peru: ARA, 2006.

DOTTI, René. Execução penal no Brasil: Aspectos constitucionais e legais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 664, p. 239 – 249, fev., 1991.

FAZIO, César Cripiano de. Panorama sobre o ativismo judicial e a judicialização da política no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 939, p. 109 – 126, jan., 2014.

FRANCO, Alberto Silva. Fábrica produtora de etiquetas. In: *Boletim do IBCCrim*, n. 277, a. 23, dez., 2015.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Fundamentos de dogmática penal: una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*. Barcelona: Atelier, 2006.

GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen. *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.

HIRSH, H-J. El principio de culpabilidad y su función en el Derecho Penal. In: *Derecho Penal*. Buenos Aires: Rubinzal, I, 1999.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003.

MACHADO, Joana de Souza. *Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. 2008. 119 p. Dissertação (mestrado em Direito – Teoria do Estado e Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

MONTEIRO, Juliano Ralo. Ativismo judicial: um caminho para concretização de direitos fundamentais. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi do (coord.). *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

PRADO, Luiz Regis. *Multa penal*. 2 ed. São Paulo: RT, 1993.

_____. Do sistema de cominação da multa no Código Penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 650, dez.1999.

_____. Teoria dos fins da pena. *Ciências Penais*, São Paulo: RT, a.1, v. 0, p. 143-158, jan. 2004.

_____; CARVALHO, Érika Mendes de. CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal brasileiro*. 14 ed. São Paulo: RT, 2015.

TUCCI, Rogério Lauria. Progressão e execução das penas privativas de liberdade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v.630, p. 269-278, abr. 1988.