XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

MIGUEL TEDESCO WEDY

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth; Miguel Tedesco Wedy. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-716-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Penal, Direito Processual Penal e Constituição II reuniu-se, na data de 16 de novembro de 2018, durante o XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, sediado na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), campus Porto Alegre, com o propósito de discutir questões emergentes e de vultosa importância no tocante às práticas penais, às leis penais brasileiras e ao tratamento dado aos assuntos tratados em cada qual dos artigos pela doutrina nacional e internacional.

De início, poderá o leitor perceber que os temas tratados são ecléticos e transitaram, com grande transdiciplinaridade, por outras grandes áreas do conhecimento, mais precisamente as ciências humanas e as ciências médicas, estas exploradas, notadamente, quando analisada a questão das medidas de segurança, bem como no tratamento da dimensão biopolítica da violência perpetrada contra a mulher no âmbito doméstico e carcerário e, por último, quando da análise das práticas reificantes na sociedade do controle.

O tema das medidas de segurança foi explorado pelo artigo intitulado "Medida (de segurança) cautelar: a herança do tradicionalismo penal-psiquiátrico no processo penal brasileiro", de autoria de Thayara Silva Castelo Branco e Antonio Eduardo Ramires Santoro, o qual aborda, a partir de uma perspectiva crítica, o ranço do positivismo criminológico que coloca a periculosidade como verticalizadora do Sistema de Justiça Criminal, análise realizada a partir da Lei nº 12.403/11, a qual reformou o sistema de cautelares no processo penal brasileiro, introduzindo, dentre elas, medidas diversas da prisão como a internação provisória de inimputável ou semi-imputável.

Por seu turno, o artigo de autoria de André Giovane de Castro e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth abordou, a partir da filosofia agambeniana, a violência perpetrada contra as mulheres nas esferas doméstica e prisional, com base em dados de homicídios e encarceramento, à luz da Lei Maria da Penha e da Lei de Drogas, sob o título "Da casa ao cárcere: uma leitura biopolítica dos campos de violência contra a mulher".

Já o artigo de Elesandra Maria Da Rosa Costella, sob o título "As (possíveis) respostas da teoria do reconhecimento às práticas reificantes da sociedade do controle" abordou o tema da utilização do direito penal como instrumento de controle social das classes marginalizadas,

compostas por pessoas consideradas enquanto vidas dispensáveis, às quais se nega o reconhecimento e inclusão no sistema social, reificando-as, uma vez que a inclusão, na sociedade contemporânea, é condicionada à capacidade de consumo.

Importante destacar que os textos ora apresentados revelam o entendimento de pesquisadores das mais diversas partes do Brasil, de norte a sul e de leste a oeste, e externam parte da realidade prática vivenciada pela população de diversos Estados, desde o ponto de vista de questões prisionais até aquelas concernentes ao exercício de policiamento ostensivo realizado pelo exército brasileiro, nas chamadas práticas de Garantia da Lei e da Ordem (GLO).

Isso fica muito evidente a partir do artigo de autoria de Guilherme Rego Magalhães, o qual, sob o título "A resiliência da prisão especial como instituição jurídica e social", aborda o tema da prisão especial no direito brasileiro, da sua função em nossa estrutura social e de como ela foi racionalizada ao longo de sua história, a fim de apontar o seu anacronismo.

Por sua vez, o artigo intitulado "O princípio da sustentabilidade e a execução provisória da pena privativa de liberdade", escrito por Alan Peixoto de Oliveira e Cássia Daiane Maier Gloger, analisou a compatibilidade da norma constitucional, como redigida na Constituição da República com a execução provisória da pena privativa de liberdade, diante dos aportes do Princípio da Sustentabilidade, empreendendo uma reconstituição do sistema Global de Direitos Humanos previstos nos documentos internacionais do qual o Brasil é signatário.

Nesse bloco, situa-se, ainda, o artigo intitulado "O inadimplemento da pena de multa e a progressão de regime prisional sob o prisma do direito penal libertário", de Marcos Paulo Andrade Bianchini, que versa sobre a compatibilidade da decisão no Agravo Regimental da Execução Penal nº 16 – STF, que impediu a progressão de regime de condenado por inadimplemento da pena de multa, com a teoria do Direito Penal Libertário.

O artigo intitulado "A atuação das Forças Armadas nas Operações Ágata e o programa de proteção integrada nas fronteiras brasileiras no combate à criminalidade", elaborado por Andreia Alves De Almeida e Savio Antiógenes Borges Lessa, por seu turno, tem por foco a atuação das Forças Armadas na faixa de fronteira, analisando seu poder de polícia e atribuição subsidiária – a partir do novo Programa de Proteção Integrada de Fronteiras.

Outrossim, as discussões envolveram desde as práticas desenvolvidas no seio de um direito penal de ordem tradicional/individualista, até aquelas relativas à lida com os novos bens jurídicos de ordem transindividual, a exemplo do meio ambiente, para o que apresentadas foram algumas transformações dogmáticas capazes de dotar o direito penal de

empoderamento com vistas à realização de uma mais efetiva tutela do novel bem jurídico penal ameaçado ou agredido.

Nesse bloco, cumpre destacar o texto de autoria de Linia Dayana Lopes Machado e Viviane Aprigio Prado e Silva, o qual, sob o título "Tutela ambiental na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: a necessidade de uma teoria da decisão judicial", empreendeu uma discussão sobre os desafios colocados pelo Direito Ambiental ao Poder Judiciário, considerando a existência do que pode ser considerado como lacunas legislativas no que diz respeito às práticas lesivas ao meio ambiente.

Também sobre o tema da tutela penal do meio ambiente, o artigo de Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Aflaton Castanheira Maluf analisou a evolução da legislação ambiental no Brasil, especialmente a legislação penal, com foco na questão penal ambiental atual e futura, com ênfase no PLS 236/2012, em texto intitulado "O Direito Penal ambiental no PLS 236/2012 – Novo Código Penal."

De resto, verá o leitor que os textos também envolveram discussões concernentes ao processo de expansão do Direito Penal e da flexibilização de garantias na seara processual penal, demonstrando a necessidade de uma leitura transdisciplinar das Ciências Criminais. Essa preocupação assume centralidade no artigo de Daniel Angeli de Almeida, o qual, sob o título "A instauração de um novo paradigma do direito penal ante o advento da sociedade de risco: um necessário reexame da teoria do bem jurídico", discute a entrada na era pós-industrial, a qual impõe mudanças em diversas áreas do conhecimento, sobretudo no Direito Penal, que se vê obrigado a rever seus princípios clássicos, a abandonar velhas verdades e adaptar-se para responder aos novos desafios da sociedade de risco.

Por sua vez, o artigo "O transtorno punitivo compulsivo e a banalização da cautelaridade processual", escrito por Jéssica de Souza Antonio e Ana Paula Motta Costa, propõe uma reflexão crítica acerca da prática encarceradora cautelar que vem acometendo o Processo Penal, contrastando-a com uma racionalidade punitiva dentro do processo penal democrático.

No mesmo sentido, o artigo "Denunciação criminosa contra inimputáveis: senso ou contrassenso?", de Sebastian Borges de Albuquerque Mello e Rafaela De Oliveira Alban, examina o crime de denunciação caluniosa, com a finalidade de verificar a possibilidade ou não do inimputável ser vítima dessa modalidade delitiva em face da previsão da elementar típica de imputação de "crime".

Essa discussão – acerca do expansionismo penal e suas consequências – também permeia o artigo de Leonardo Pozzi Loverso e Greice Patricia Fuller, o qual aborda a possibilidade do acesso de dados em smartphones do investigado, o que tem se revelado controverso quando diretamente realizado pela polícia, a partir das recentes decisões proferidas pelo STJ e STF sobre o assunto. Trata-se do texto intitulado "Acesso de dados pessoais pela polícia em smartphones de suspeitos na investigação criminal".

As novas tecnologias também ocupam espaço central no artigo "A tecnologia a serviço da criminalidade: meios de combate à lavagem de dinheiro em criptomoedas", de Hamilton Calazans Câmara Neto e Romulo Rhemo Palitot Braga, que realiza uma ordem cronológica de criação e posterior valorização das criptmoedas, associando-se à análise da efetivação do crime de lavagem de dinheiro e sua respectiva Lei 9.613/98 e 12.683/2012.

A preocupação com o direito penal em face das novas tecnologias também está presente no artigo "Os aspectos penais da exposição pornográfica não consentida na internet", no qual Osmar Fernando Gonçalves Barreto e Wagner Seian Hanashiro salientam que a exposição pornográfica não consentida na internet é uma violação e traz suas repercussões na esfera criminal, de maneira a ser enquadrada nas condutas já tipificadas no Código Penal, porém como um desdobramento da violência sexual, mas neste caso praticada no ambiente virtual, e, portanto, denominada como: estupro virtual.

O tema das garantias processuais e suas relativizações também ocupa espaço central no texto "A condução coercitiva da testemunha no processo penal e as garantias constitucionais", escrito por Tatiane Gonçalves Mendes Faria e Maria Laura Vargas Cabral, e que investiga a condução coercitiva de testemunhas no processo penal e seus direitos fundamentais, principalmente o direito à locomoção e ao silêncio, a partir do entendimento exarado no julgamento da ADPF 395.

A preocupação com a temática das garantias e sua vulneração contemporânea também se evidencia no artigo "Conflitos entre o Direito Penal moderno e o garantismo à luz constituição federal de 1988", de Jussara Maria Moreno Jacintho e Jorge Flávio Santana Cruz, que aborda as constantes reformas legislativas no âmbito penal e processual penal, que acabam interferindo nos direitos e garantias fundamentais, na medida em que suprimem ou reduzem as garantias por não respeitarem os limites impostos pelo legislador constituinte originário.

Esta temática também serve de fio condutor do artigo de Henrique Gaspar Mello de Mendonça e Carlos Alberto Menezes. Sob o título "A trajetória do Direito Penal:

Modernidade; Garantismo e Constituição", os autores relacionam a modernidade, o garantismo e a Constituição, a fim de detectar uma normatividade e meios efetivos para evitar arbítrios do Estado na sua missão de proporcionar segurança à coletividade.

Em face do contexto exapansionista delineado, alternativas são apresentadas. Nesse sentido, Marilande Fátima Manfrin Leida, no texto intitulado "Justiça Restaurativa e Justiça Retributiva: diferentes métodos à administração de conflitos e violência", apresenta as diferenças entre a justiça restaurativa e a justiça retributiva na resolução de conflitos criminais, evidenciando a preponderância do sistema de justiça penal retributivo, cada vez mais punitivista e inquisitorial, imposto por um terceiro alheio ao fato, que define a residualidade da competência da justiça restaurativa.

Por fim, o texto de Valdir Florisbal Jung, intitulado "Tribunal do Júri: a influência do perfil do réu e da vítima nas decisões do conselho de sentença", volta-se para o tema da influência do perfil do réu e da vítima nas decisões no Tribunal do Júri, salientando o quanto informações extraprocessuais, como a conduta e os antecedentes do réu e da vítima, influenciam suas decisões.

Enfim, diante de um cenário nacional de grande turbulência política e econômica e diante de práticas justificadas pelo neoconstitucionalismo e que ganham, com grandes efeitos colaterais, dimensões populistas em face das decisões proferidas por tribunais superiores em assuntos de extrema relevância no dia a dia das pessoas, os textos ora apresentados contribuem, de alguma forma, para iluminar o paradigma crítico do atual momento.

Boa leitura a todos, é o que desejam os apresentadores!

Porto Alegre, novembro de 2018.

Profa. Dra. Miguel Tedesco Wedy – UNISINOS

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O INADIMPLEMENTO DA PENA DE MULTA E A PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL SOB O PRISMA DO DIREITO PENAL LIBERTÁRIO

THE DEFAULT OF FINE PEN AND THE PROGRESSION OF PRISON UNDER THE PRISM OF LIBERTARIAN CRIMINAL LAW

Marcos Paulo Andrade Bianchini [1]

Resumo

O estudo propôs verificar a compatibilidade da decisão no Agravo Regimental da Execução Penal nº 16 – STF, que impediu a progressão de regime de condenado por inadimplemento da pena de multa, com a teoria do Direito Penal Libertário. O trabalho tem natureza compreensivo analítica, pois buscou reconstruir os dados analisados na perspectiva do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direito penal libertário, Pena, Subsidiariedade, Liberdade, Dignidade da pessoa humana

Abstract/Resumen/Résumé

The study proposed to verify the compatibility of the decision in the Criminal Appeal of Criminal Execution nº 16 - STF, which prevented the progression of regime of sentenced for default of the penalty of fine, with the theory of the Criminal Libertarian Law. The work has an analytical, comprehensive nature, since it sought to reconstruct the analyzed data from the perspective of the Democratic State of Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Libertarian criminal law, Feather, Subsidiarity, Freedom, Dignity of human person

[1] Mestre em Direito Público pela Universidade FUMEC, Belo Horizonte/MG. Coordenador e professor da Graduação em Direito da Faculdade Pitágoras em Itabira/MG. Advogado militante.

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF), no exercício da competência originária para julgar as infrações comuns praticadas por membros do Congresso Nacional, nos termos do artigo 102, inciso I, "b" da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), como também os Ministros de Estado (art. 102, I, "b", CRFB/1988), processou e julgou a Ação Penal nº 470 – STF (AP 470-STF) que no deslinde da ação penal teve 24 (vinte e quatro) condenados.

Em decorrência das condenações na AP 470-STF, o STF detém também a competência de juízo de execução penal e, por isso, processa e julga os incidentes na execução das penas dos ex-parlamentares e ex-ministros condenados.

Daí, nos incidentes das execuções penais que originaram da AP 470-STF, são levadas questões controvertidas à apreciação do STF cujas decisões trazem no bojo entendimentos e interpretações que refletem e repercutem nos Tribunais Federais e nos Tribunais de Justiça dos Estados, bem como nas varas de execuções criminais das comarcas de todo o Brasil.

Na Execução Penal n. 16 o ex deputado Federal Pedro da Silva Corrêa de Oliveira Andrade Neto cumpre pena de 7 (sete) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pena de multa fixada em 450 dias-multa, no valor de 10 (dez) salários mínimos cada dia-multa, em razão da condenação pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

Em 15 de abril de 2015, houve o julgamento do Agravo Regimental na Execução Penal nº 16[1] – STF, ocasião em que o Ministro Roberto Barroso, relator do recurso e ministro que proferiu a decisão monocrática, indeferiu pedido de progressão do regime semiaberto para o regime aberto por inadimplemento da pena de multa que foi imposta no decreto condenatório. O sentenciado foi intimado para pagar a pena de multa imposta e apresentou bem para penhora, o que foi indeferido, e determinada a inscrição do débito na dívida ativa da União.

---

[1]. Execução Penal. Agravo Regimental. Inadimplemento deliberado da pena de multa. Progressão de regime. Impossibilidade. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que o inadimplemento deliberado da pena de multa cumulativamente aplicada ao sentenciado impede a progressão no regime prisional. Precedente: EP 12-AgR, Rel. Min. Luís Roberto Barroso. 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. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental em Execução Penal n. 16. Relator: Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2015 (b), PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 19-05-2015 PUBLIC 20-05-2015.

O Ministro Roberto Barroso, na fundamentação do voto, consignou que o direito penal deve ser sério, e que este importante ramo do direito, no Brasil, está desarrumado e que cabe ao Supremo Tribunal Federal contribuir para essa rearrumarção[2].

Definido o objeto da investigação o trabalho analisou a decisão no Agravo Regimental da Execução Penal nº 16 – STF sob o prisma do Direito Penal Libertário.

A pergunta que se buscou responder com a pesquisa foi: houve violação do direito fundamental à liberdade e à dignidade da pessoa humana na decisão no Agravo Regimental da Execução Penal nº 16 – STF, que impediu a progressão de regime por inadimplemento da pena de multa?

A pesquisa partiu da hipótese que houve violação ao direito fundamental à liberdade uma vez que a pena de multa não pode ser convertida em reprimenda que recaia sobre o corpo do apenado, haja vista que o Estado dispõe de meios legais para executar dívidas de valor com todos os instrumentos de expropriação de bens para satisfação do crédito na execução fiscal.

Para o Direito Penal Libertário, aliado caráter subsidiário do direito penal, são vedadas as interpretações *in mallan partem* e analógica no exercício da hermenêutica ao aplicar as normas materiais e processuais penais, uma vez que a consolidação do Estado Democrático de Direito exige a não transigência com a violação dos direitos fundamentais, seja em uma ordem vertical (cidadão *versus* Estado) ou horizontal (cidadão *versus* cidadão).

Se há meios administrativos e a execução fiscal para se buscar a satisfação da pena de multa deve-se observar sempre o princípio da subsidiariedade do direito penal e eleger os meios menos gravosos à liberdade do apenado.

Os entendimentos do STF, apesar não vincular os juízes de 1º grau, os Tribunais de Justiça dos Estados e demais Tribunais superiores, demonstra a práxis que tais decisões influenciam e orientam sobremaneira os juízos das instâncias inferiores, o que traz enorme repercussão na esfera jurídica de milhões de brasileiros que se encontram em execução penal.

O objetivo geral da pesquisa é analisar decisão no Agravo Regimental da Execução Penal nº 16 – STF na ótica do direito penal libertário no sentido de verificar se houve violação do direito fundamental à liberdade e à dignidade da pessoa humana ao vedar a progressão de regime de apenado inadimplente com a pena de multa.

---

[2] "Como tenho sustentado em diversas manifestações, o sistema punitivo no Brasil encontra-se desarrumado. E cabe ao Supremo Tribunal Federal, nos limites de sua competência, contribuir para sua rearrumação. Nas circunstâncias brasileiras, o direito penal deve ser moderado, mas sério. Moderado significa evitar a expansão desmedida do seu alcance, seja pelo excesso de tipificações, seja pela exacerbação desproporcional de penas. Sério significa que sua aplicação deve ser efetiva, de modo a desempenhar o papel dissuasório da criminalidade, que é da sua essência" (BRASIL, 2015a, pg. 3).

Para alcançar o objetivo geral, teve como objetivos específicos: a) pesquisar a teoria do direito penal libertário; c) estudar a coerção penal por meio da pena de multa; d) verificar a compatibilidade da decisão no Agravo Regimental da Execução Penal nº 16 – STF com os postulados do Direito Penal Libertário no paradigma Estado Democrático de Direito.

Quanto à natureza dos dados, são primários a CRFB/1988, as leis, resoluções e demais normas, bem como a jurisprudências do STF sobre o assunto. São dados secundários da pesquisa a opinião dos pesquisadores a respeito do Direito Constitucional, do Direito Penal e dos Direitos Humanos e suas interpretações, além de literaturas específicas que abordam as teorias que serão discutidas e as legislações comentadas.

O trabalho tem natureza compreensivo analítica, pois buscou reconstruir os dados analisados na perspectiva do Estado Democrático de Direito.

1 A Teoria do Direito Penal Libertário

À primeira vista a teoria do Direito Penal Libertário parece ser o contrário do "direito penal", que se revela por meio dos seus instrumentos de coação, citando a pena de liberdade, a pena de multa, as prisões cautelares, o confisco de patrimônio, que mais pode lembrar roubo e a limitação da liberdade do que a sua criação ou promoção (HASSEMER, 2007, p. xv).

Na realidade, a lembrança é correta, haja vista que o direito penal no cotidiano exerce a coação, causa danos temporários e depois os retira, como por exemplo, nas prisões preventivas que, segundo princípios constitucionais num Estado de Direito, seus cidadãos de imediato deveriam ser considerados inocentes. Ademais, a condenação de pena privativa a liberdade, mantém seres humanos encarcerados por anos, até décadas. Em que pese todas as críticas, o direito penal até a atualidade tem operado um verdadeiro "esbulho da liberdade" (HASSEMER, 2007, p. xv).

O direito fundamental à liberdade nasce junto com o Estado de Direito e é considerado como direito de 1ª dimensão[3]. O advento do Estado de Direito, da forma como se manifesta na modernidade, tem como característica a submissão de todos a um regime de Direito, que no pano de fundo (*background*) das revoluções burguesas, o exercício do poder se manifestaria

[3] Ver mais sobre as gerações/dimensões de direito em: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, 206 p.; SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, 520 p.; SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, 282 p.

somente quando autorizado pela ordem jurídica em vigor. Aos indivíduos foram conferidos meios jurisdicionais para corrigir qualquer abuso cometido (CHEVALIER, 2013, p. 14).

Foi no Estado de Direito que houve a releitura da visão patrimonialista feudal, regime que concebia o homem como um "meio". Com o advento do Estado de Direito se passou a considerar o homem como um fim em si mesmo, como aquele que deve ser o destinatário de direitos: centro e finalidade de todas as instituições e organizações políticas (ROCHA, 2004, p. 72).

O legislativo, que se revelou como representante da nação, foi elevado nessa ocasião para o vértice da pirâmide na estrutura do Estado, haja vista que os homens ficaram deslumbrados com a possibilidade de positivação dos costumes e tradições, dos valores da sociedade, por meio de leis escritas (GRACCO, 2016, p. 10).

Foi nesse paradigma do Estado de Direito, chamado de Estado de Direito Liberal, que se instalou um sistema de regras com objetivo de estabilizar as expectativas de comportamento e garantir a esfera privada da liberdade do indivíduo, frente aos seus iguais e, sobretudo, frente ao Estado (FERNANDES, 2012, p. 70).

Desde então, logo no nascedouro do Estado de Direito, as Constituições impõem ao Estado um comportamento negativo, abstencionista, de não intervenção; limitando assim a ação do Estado e daqueles que estão no exercício do poder, a fim de garantir formalmente e efetivamente os direitos fundamentais de 1ª dimensão: em primeiro a liberdade, juntamente com a igualdade e a propriedade (ROCHA, 2004, p. 71).

Por isso, o direito penal, desde o nascedouro do Estado de Direito, deve sempre ser a *ultima ratio*, (HASSEMER, 2007, p. xvi).

Nos tempos modernos o direito penal tem se modernizado, em decorrência das constelações e relações modernas, como se vê, por exemplo, no direito penal econômico, direito penal ambiental, ou no direito penal tributário. São especiais *soft law* que mais controlam, fiscalizam, negociam, ameaçam, do que realmente punem. Essa burocratização do direito penal (*white collars*) não elimina os problemas do direito penal sangrento (*blue collars*), pois enquanto houver estupros, homicídios e roubos permanecerá atuando o direito penal com seus instrumentos de limitação da liberdade (HASSEMER, 2007, p. xvi).

De forma diferente do controle social operado pela família, trabalho, mídia, etc., o direito penal atual com controle social vinculando às promessas e garantias "cuja tarefa é, nos conflitos de normas mais difíceis entre os seres humanos, garantir e poupar, da forma mais ampla possível, os direitos fundamentais dos envolvidos" (HASSEMER, 2007, p. xvii).

O direito penal libertário entende e justifica a punição estatal como a forma de garantir a resistência das normas fundamentais de um ordenamento jurídico, não somente as vedações contidas no direito penal material, mas, também, as garantias de liberdade que encontram espeque no processo penal que deve ser constitucional: “a pena somente é apropriada e justificada quando da violação de bens jurídicos vitais de direito penal, porém não para apoiar os desejos por solução de problemas vagos e amplos demais” (HASSEMER, 2007, p. 81).

Dentre as teorias que tratam sobre a finalidade da pena, as principais são aquelas que sustentam ter a pena um caráter retributivo e um caráter preventivo.

A primeira teoria sobe a finalidade da pena é a teoria da retribuição, também conhecida como teoria da justiça ou teoria da expiação.

A teoria da retribuição não se preocupa se a persecução da pena atinge um fim socialmente útil, sendo a pena uma retribuição do mal gerado pela conduta do infrator; dessa forma equilibraria e expiaria a culpabilidade do autor do delito cometido. (ROXIN, 1997, p. 82).

Já o caráter preventivo da pena que atribui à pena uma função inibitória com finalidade de impedir futuros delitos. A teoria da prevenção, ao contrário da concepção retributiva da pena, dita também de “absoluta”, é uma teoria relativa, pois se refere ao “fim” de prevenção de futuros delitos. Segundo Roxin (1997, p. 85) o termo “relativo” tem origem do latim *referre* no sentido de se referir a um fim.

Para as teorias absolutas a exigência da pena advém da ideia de justiça ou da vontade geral residente na moral coletiva, já as teorias relativas a necessidade da pena surge da necessidade dos homens em lesar os demais (prevenção geral) e das deformações individuais refletidas no direito cometido (prevenção especial).

Há também a teoria da união, também conhecida como eclética, mista ou conciliatória consiste na combinação dos conceitos abordados até aqui. A teoria da união considera a retribuição, a prevenção especial e a prevenção geral como fins da pena que devem ser perseguidos de forma simultânea.

Jackobs critica a teoria da união, pois, para o autor, seria impossível se praticar na aplicação da pena a retribuição e a prevenção simplesmente por meio de adição. Ou se satisfaz a retribuição ou, por outro lado, se satisfaz a prevenção. Portanto, a teoria da união paralisa a ação da reforma, ou paralisa a retribuição da culpabilidade. Assim, “as teorias da pena orientadas à retribuição e à prevenção não se podem unir em uma teoria: a retribuição da culpabilidade deslegitima a prevenção” (JACKOBS, 2003, p. 5).

Por outro lado, a pena encontra-se justificativa e legitimidade em relação ao seu conceito (o que significa) e em relação ao fim da sua própria instituição (para qual finalidade), com isso, há a orientação da pena para uma direção futura, isto é, sua finalidade.

Por isso, a pena deve ter um tom decisivamente moderno. Seria irracional a pena ter por finalidade o acréscimo do mal, uma mera retribuição por um crime cometido anteriormente. Essa finalidade da pena deve ser esquecida, como defende o direito penal libertário. A pena deve conduzir o olhar ao futuro e organizar o sistema penal de forma que as infrações penais não se repitam (HASSEMER, 2007, p. 82).

Na atualidade o direito penal e a pena são considerados o remédio para todos os males e tem sido "promovidos à posição de portadores de esperança para a solução dos grandes problemas sociais e políticos e uma 'demanda urgente de ação', se associa ao aumento das vedações penais, das intervenções e das sanções" (HASSEMER, 2007, p. 83).

Com isso, a tendência nas práxis moderna tem sido a retomada a ideia da finalidade da retribuição do mal cometido, e na opinião de outros estudiosos, a pena serve para ressocialização do criminoso e intimidação de criminosos potenciais, isto é, de nós todos.

O direito penal deve apontar para o futuro, para um futuro melhor, e não para o passado com uma atitude vingativa, que só faz tornar nebuloso o presente e dificultar o progresso social.

Também o direito penal não se relaciona apenas com o autor e a vítima, pois não estão sozinhos quando há violação das normas do ordenamento jurídico. Todo o corpo social é atingido pela infração, mesmo que a violação aos bens jurídicos não seja perceptível para todos (HASSEMER, 2007, p. 89).

O crime viola mandamentos de comportamento assegurados em bens jurídicos. Por isso, a violação a essas normas de comportamento vai para além da vítima, e atende a sociedade. Esses mandamentos comportamentais só sobrevivem se a fratura causada pelo crime for corrigida de forma pública e enfática, ocasião em que a sociedade esclarecerá que qualquer rompimento da norma não será aceito e tampouco tolerado; que se condena toda violação e insiste-se na vigência da normatividade; que não será permitida a continuidade da sua negação. Obrigatoriamente, a pena privativa de liberdade não é a única a ser aplicava como sanção; a reprimenda e a desaprovação poderiam, a depender do caso, ser suficiente. Entretanto, a aplicação da penalidade deve se dar sempre nos limites da liberdade, que para o direito penal libertário, sua observância é obrigatória (HASSEMER, 2007, p. 89).

Dessa forma, a pena se orienta para o passado e para o futuro. Para o passado porque o rompimento da norma é irrenunciável para a vida coletiva. Para o futuro porque assegura que possíveis violações futuras encontraram a força de resistência da normatividade. Por isso, o

papel do direito penal ocupa no ordenamento jurídico, haja vista que a tendência moderna se revela com a erosão de normas e mudança rápida de valores, que compromete a validade das normas. O direito penal, então, se revela como um *cânon* dos mandamentos fundamentais e irrenunciáveis de uma sociedade, e, os impõe (HASSEMER, 2007, p. 90).

Para o direito penal libertário, a prevenção geral positiva, como vista e tratada no parágrafo anterior, possui consequências relevantes importantes como se passa a definir: (i) os objetivos da pena, no que diz respeito à recuperação do agente e intimidação geral, tem seu lugar pois também são meios que reafirmar as normas fundamentais; (ii) a manifestação do direito penal é um evento publico e transmite de forma fiel e clara a estabilização das normas violadas; (iii) a imputação da pena e sua execução devem levar em conta as peculiaridades subjetivas do o autor do fato; (iv) a justiça criminal deve ter segurança formalizada para busca da verdade, clareza no caso *sob judice* e obrigatoriedade de uma decisão fundamentada (HASSEMER, 2007, p. 90).

O grande problema é que as expectativas da atualidade de estabilização das normas são depositadas no direito penal. Com isso, há uma verdadeira corrida para a expansão do direito penal, com proposta de criação de novos tipos penais e proteção de bens jurídicos que poderiam ser tutelados por outros ramos do direito[4].

Assim, o direito penal se torna simbólico. Isto é, são introduzidas no ordenamento jurídico normas penais sem "força normativa", distantes da realidade e, para agravar a situação, destituídas de eficácia social[5].

> A visão de que com a pena nós aplicamos uma medida cujos efeitos conhecidos perfazem, em uma análise positiva, somente uma parte deles, curiosamente não abalou de forma alguma as doutrinas do sentido da pena. Hoje se fala, de forma modesta, que a pena possui pelo menos força "simbólica" da evidenciação da norma e da estigmatização da injustiça. Isso pode estar correto. Mas é somente suportável se se trabalhar permanente e seriamente no projeto para substituir o direito penal por algo melhor, pois esse direto retira sua força simbólica dos ossos dos seres humanos: pela limitação da liberdade e a sanção dos comportamentos (HASSEMER, 2007, p. 98).

A aplicação de sanção frente a violação das normas fundamentais do ordenamento jurídico, aciona o direito penal e, com isso, revela-se e atua na efetivação do controle social reafirmando os valores e normas irrenunciáveis a vida em sociedade.

---

[4] Ver mais sobre a expansão do Direito Penal em: SÁNCHES, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 236 p.

[5] Ver mais sobre Constitucionalização e legislação simbólica em: NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013, 263 p; LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976, p. 217.

2 A pena de multa no Código Penal Brasileiro

A pena de multa aparece no direito hebreu com um caráter indenizatório, equivalente às perdas e danos da atualidade, no entanto, o caráter sancionatório é inconfundível: era considerada uma pena de natureza penal imposta pela divindade. No direito romano a pena de multa possuiu caráter publico e privado, mais como uma espécie de vingança privada. Já no direito germânico a pena de multa, de natureza sancionatório penal, era aplicada aos crimes públicos e privados (BITENCOURT, 2016, p. 1.009).

Franz Von Liszt em 1881, na sua clássica obra *Tratado de Direito Penal allemão* já informava que na Alemanha a pena de multa, de natureza penal (a multa como sanção criminal) era aplicada pelo Estado, cujo valor arrecadado se destinava as finalidades de utilidade pública. A execução da pena, já naquelas ocasiões e circunstâncias, era regida pelos mesmos preceitos materiais e processuais afetos à execução das sentenças cíveis (LISZT, 2006, p. 427).

No ordenamento jurídico pátrio a pena de multa apareceu no Código Penal de 1890, porém era imposta a nenhum tipo da Parte Especial. Já o Código Penal de 1948 manteve a pena de multa como uma das penas principais, o que foi reforçado com a Reforma da Parte Geral (1984). Naquela ocasião o "sistema adotado pelo Código em sua redação original recebeu severas críticas, pois estabelecia a multa em valores prefixados, que em pouco tempo foram corroídos pela inflação" (ESTEFAM, 2016, p. 386).

No Código Penal vigente, que passou por profunda reforma da parte geral em 1984, o legislador pátrio compelido pela síndrome da falência da pena de prisão, e, atendendo às tendências da penologia moderna, revitalizou a pena de multa a fim de ser uma substituta da pena de prisão e ter aquela uma independência das penas privativas de liberdade (BITENCOURT, 2016, p. 1.012).

A pena de multa foi considerada por muitos uma sanção desigual e antissocial, pois estava atrelada somente à gravidade do delito, e não considerava a diferença de situação econômica dos acusados. Assim o fazia o Código Penal francês de 1810, que culminava a pena de multa de acordo com a gravidade da infração, mas indiferente às condições econômicas e posições sociais dos delinquentes, o que levava a uma distribuição desigual do castigo. Assim, "para que a multa seja eficaz deve ser estabelecida de forma tal que não se torne insuportável para o pobre e indiferente para o rico" (PRADO, 2010, p. 1).

A formulação moderna do sistema dia-multa se deu em 1910 como fruto do trabalho do penalista sueco Johan C. W. Thyren (PRADO, 2010, p. 2), e a ideia central da aplicação da pena de multa pelo sistema dia-multa permanece irretocada até os dias atuais.

Consagrou-se, assim, um verdadeiro critério bifásico para fixação da pena de multa: m primeiro lugar o juiz fixa o o número de dias-multa, que varia entre o mínimo de 10 e máximo de 360, utilizando para isso o sistema trifásico do artigo 68 do CP. Em segundo, posteriormente , fixa-se o valor do dia-multa, que varia de 1/30 do salário mínimo ao máximo de 5 salários mínimos, tudo conforme a situação econômica do réu; como determina os artigos 49 e 60 do CP.

O Código Penal traz duas modalidades de pena de multa. A primeira é aquela cominada diretamente no preceito secundário do tipo penal, seja isoladamente, alternativamente ou cumulativamente. A segunda é a multa substitutiva, também chamada de vicariante, que é aplicada em substituição a uma pena privativa de liberdade que pode ser isolada ou cumular, a depender do quantum da pena de prisão: se a pena de prisão não ultrapassar um ano será substituta. A pena de multa será cumulada se a pena de prisão for superior a um e não superior a quatro anos, como dispõe o artigo 44, § 2º do CP.

O Código Penal, outrora, admitia que a pena de multa não paga fosse convertida em pena privativa de liberdade,

No entanto, a Lei 9.268/96 modificou o art. 51 do Código Penal, e a pena de multa não paga passou a ser considerada como uma dívida de valor, cuja execução deve observar as normas pertinentes à cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública.

Como pontua Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 875): “A meta pretendida era evitar a conversão da multa em prisão, o que anteriormente era possível”.

Apesar de ter sido considerada com dívida de valor, a pena de multa não perde sua natureza de sanção penal. Isto quer dizer, a extinção da punibilidade do agente atingirá também a pena de multa; e também, a pena de multa só pode ser cobrada do autor do fato, nunca de seus herdeiros, sob pena de violação do princípio da intranscedência da pena. Isso demonstra a natureza penal da pena de multa.

A execução da multa se dá da seguinte forma: após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o apenado é intimado a pagar a multa no prazo de dez dias, conforme redação do artigo 50 do CP. É permitida a cobrança da multa em folha de pagamento e há possibilidade também de que o valor seja parcelado. Caso o condenado fique inadimplente, a execução forçada da pena de multa, com todas as prerrogativas e ações constritivas dispostas

na Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830/1980), será patrocinada Procuradoria da Fazenda, da União ou dos Estados, a depender do órgão jurisdicional que proferiu a condenação.

Antes da alteração legislativa em comente, era o Ministério Público quem promovia a execução forçada das multas não pagas.

Cézar Roberto Bitencourt se posiciona contra o entendimento dominante de competência das varas das Fazenda Pública para conhecer e processar a execução das penas de multa e, ainda, milita que a pena de multa deve ser executada pelas varas de execuções penais e que o Ministério Público é o que detém a legitimidade para propositura da ação (BITENCOURT, 2016, p. 1.109).

Acompanha esse entendimento Rogério Grego e leciona que:

> não houve modificação na legitimação ativa para a cobrança da pena de multa, cabendo ao Ministério Público, atendendo às normas da Lei de Execução Fiscal, inclusive quanto às causas de suspensão e interrupção da prescrição, propor sua execução perante o Juízo da Execução Penal, que será o competente para o processamento do feito (GRECO, 2017, p. 758).

Porém o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento que a pena de multa, ao ser convertida em dívida de valor, adquiriu caráter extrapenal e que a competência para sua execução é a Procuradoria da Fazenda Pública[6].

Assim, o STJ produziu o verbete nº 521: "A legitimidade para a execução fiscal de multa pendente de pagamento imposta em sentença condenatória é exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública" (Súmula 521, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/03/2015, DJe 06/04/2015).

Dessa forma, resta assentado o entendimento de que a competência para se cobrar a pena de multa é da Procuradoria da Fazenda (nacional ou Estadual, a depender do órgão jurisdicional que prolatou a sentença), haja vista que a multa na atual epistemologia jurídico-penal é considerada dívida de valor e submetida ao rito da Lei de Execução Fiscal.

---

[6] AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENA DE MULTA. CARÁTER EXTRAPENAL. COMPETÊNCIA PARA EXECUÇÃO. FAZENDA PÚBLICA. SÚMULA 521/STJ. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.
1. No julgamento do Recurso Especial 1.519.777/SP, sob a égide do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973, a Terceira Seção deste Superior Tribunal firmou o entendimento de que, "após a nova redação do art. 51 do CP, dada pela Lei n. 9.268/1996, a pena pecuniária é considerada dívida de valor e, desse modo, possui caráter extrapenal, de forma que sua execução é de competência exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública." 2. No precedente referenciado, assinalou-se a alteração da competência para a execução da pena de multa, que passou a ser exclusiva da Fazenda Pública, conforme disposto na Súmula 521/STJ.
3. Não compete ao Superior Tribunal de Justiça o enfrentamento de dispositivos constitucionais, ainda que para efeito de prequestionamento da matéria, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.
4. Agravo regimental conhecido em parte e, nesta extensão, não provido (AgRg no REsp 1347196/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 15/06/2016).

Como visto, o decréscimo patrimonial imposto ao infrator por meio da condenação à pena de pena de multa é um se constitui como um meio eficiente e prático a fim de atingir os objetivos da pena, de forma menos gravosa que as penas privativas de liberdade.

Deve-se sempre verificar que "é imperioso evidenciar que a pena de multa e a privativa de liberdade são sanções distintas e, de conseguinte, não só a determinação de cada uma delas se faz de diferentes modos, mas também a sua execução" (PRADO; CASTRO, 2016, p. 188).

Diante do arcabouço teórico erigido até aqui, a pesquisa passará a examinar a decisão prolatada na Execução Penal nº 16-STF, sob a ótica dos institutos jurídicos penais no paradigma do Estado Democrático de Direito.

3 A (in)compatibilidade da decisão no Agravo Regimental da Execução Penal n. 16 segundo a Teoria do Direito Penal Libertário

A pesquisa analisa incidente da Execução Penal n. 16 que tem como sentenciado o ex deputado Federal Pedro da Silva Corrêa de Oliveira Andrade Neto que cumpre pena de 7 (sete) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pena de multa fixada em 450 dias-multa, no valor de 10 (dez) salários mínimos cada dia-multa, em razão da condenação pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro à pena.

Para cada dia-multa fixado na sentença foi atribuído o valor de 10 (dez) salários mínimos. O salário mínimo, na época da prolação da sentença, era de R$ 545,00 (quinhentos e quarenta e cinco reais), como estabeleceu a Lei 12.382/2011.

Dessa forma, cada dia-multa da condenação é o décuplo do salário mínimo, que representa o valor de R$ 5.450,00 (cinco mil quatrocentos e cinquenta reais). Considerando que foram fixados na sentença 450 dias-multa; o valor da pena de multa inscrita na Dívida Ativa Da União é de R$ 2.749.689,61 (dois milhões setecentos e quarenta e nove seiscentos e oitenta e nove reais e sessenta e um centavos).

O sentenciado foi intimado para pagar a pena de multa imposta e apresentou bem para penhora, o que foi indeferido, por isso foi determinada a inscrição do débito na Dívida Ativa da União.

Irresignado com a decisão que indeferiu a penhora do bem imóvel para garantir o pagamento da pena de multa, o ex deputado Federal Pedro da Silva Corrêa de Oliveira Andrade

Neto interpôs recurso Agravo Regimental na execução penal nº 16 (EP 16 ProgReg - AgR/DF), que foi julgado em 15 de abril de 2015[7].

O Ministro Roberto Barroso, relator do recurso que impugnava decisão monocrática de sua própria lavra, votou pelo indeferimento do pedido de progressão do regime semiaberto para o regime aberto em razão do inadimplemento da pena de multa que foi imposta no decreto condenatório.

O Ministro Roberto Barroso, na fundamentação do seu voto, consignou que o direito penal deve ser sério, e que este importante ramo do direito, no Brasil, está desarrumado e que cabe ao Supremo Tribunal Federal contribuir para essa rearrumarção. Ressaltou também o papel da pena de multa no caráter retributivo e preventivo geral da pena (BRASIL, 2015a, pg. 3).

Sob os argumentos apresentados até aqui, o STF negou provimento por maioria ao agravo regimental interposto por Pedro da Silva Corrêa de Oliveira Andrade Neto, ex deputado Federal e então condenado na AP 470-STF.

O voto vencido foi do Ministro Marco Aurélio que ponderou sobre a autonomia das penas que foram aplicadas ao recorrente: uma pena privativa de liberdade que diz respeito ao direito de ir e vir do cidadão, e, cumulativamente, a pena de multa.

Asseverou o Ministro que a mudança legislativa que aboliu a transmutação do descumprimento da pena de multa em pena alusiva à liberdade, sendo que a atual legislação penal considera a multa uma dívida de valor sujeita a execução fiscal, com possibilidade de penhora de bens e expropriação de bens do condenado.

Assim, não seria compatível com a Constituição a perpetuação de regime prisional gravoso, com impossibilidade de progressão, ao condenado inadimplente na pena de multa.

Essa associação da pena de multa e da pena privativa de liberdade, como pontuou o Ministro Marco Aurélio, seria uma mesclagem imprópria que atingiria o direito de ir e vir do cidadão que preenche os requisitos para a progressão para um regime menos gravoso, pois a pena de multa se transformaria em pena privativa de liberdade, o que seria uma afronta à

---

[7]. Execução Penal. Agravo Regimental. Inadimplemento deliberado da pena de multa. Progressão de regime. Impossibilidade. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que o inadimplemento deliberado da pena de multa cumulativamente aplicada ao sentenciado impede a progressão no regime prisional. Precedente: EP 12-AgR, Rel. Min. Luís Roberto Barroso. 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. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental em Execução Penal n. 16. Relator: Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2015 (b), PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 19-05-2015 PUBLIC 20-05-2015.

constituição, e até mesmo a inovação legislativa que transformou a pena de multa não adimplida em dívida de valor que deve ser executada pela Fazenda Pública.

Então, no voto do Ministro Marco Aurélio, que a Fazenda Pública atue para satisfazer a dívida, utilizando para isso todos os meios de expropriação de bens disponíveis na Lei de Execução Penal.

Pode-se aferir no julgamento do Agravo Regimental na execução penal nº 16 que as duas teses referentes ao inadimplemento da pena de multa e a vedação de progressão de regime prisional.

Em primeiro, a tese vencedora sustenta que o condenado inadimplente com a pena de multa e que não comprove sua incapacidade econômica de pagá-la, mesmo que parcelada, não faz jus à progressão para regime prisional menos gravoso.

A segunda tese defende que a pena de multa, quando não paga, é reputada por dívida de valor que deve ser executada pela Fazenda Pública que usa, para isso, a execução fiscal com todas as suas prerrogativas para expropriação de bens. Por isso, não pode ser a pena de multa não paga transmutada em pena privativa de liberdade que perpetua regime prisional gravoso ao sentenciado enquanto a Fazenda Pública cruza os braços e se mantém inerte no tocante ao ajuizamento da ação competente para satisfazer tal débito fiscal. A segunda tese é a mais acertada do ponto de vista do Direito Penal Libertário e do atual paradigma do Estado Democrático de Direito.

Deve-se ter em mente e é "imperioso evidenciar que a pena de multa e a privativa de liberdade são sanções distintas e, de conseguinte, não só a determinação de cada uma delas se faz de diferentes modos, mas também a sua execução" (PRADO; CASTRO, 2016, p. 189).

Vê-se que a progressão de regime nas penas privativas de liberdade atende à ressocialização e ao principio da humanidade, haja vista que nas condições atuais os condenados têm sua dignidade aviltada nas prisões estatais.

Deve considerar também que o direito penal como um todo (seja na fase de conhecimento, na fase executório, bem como na administração prisional) deve atender ao principio da subsidiariedade, sendo a restrição da liberdade a *ultima ratio* das medidas coercitivas para se alcançar qualquer fim.

A legitimidade do direito penal só acontece quando sua função de regulação e controle social quando os outros meios de controle não funcionaram ou não funcionam, como por exemplo, a pretensão indenizatória cível, a força policial, o direito tributário, o direito administrativo, dentre outros.

Assim, “o princípio da subsidiariedade é a variante penal do princípio constitucional da proporcionalidade, segundo a qual uma intervenção estatal não está autorizada se o efeito puder ser alcançado da mesma forma por meio de uma medida menos incisiva” (JACKOBS, 2012, p.82).

O princípio da subsidiariedade impõe um limite claro à ação do poder punitivo do Estado e promove a ascensão constitucional da liberdade ao patamar mais elevado do ordenamento jurídico, pois a principal tarefa do poder estatal do Estado Democrático de Direito é assegurar o máximo de liberdade possível com os menores danos e intervenções aos indivíduos apenados (ROIG, 2015, p. 92).

Ademais, na modernidade o direito penal, no pressuposto do Direito Penal Libertário, é um instrumento de criação e defesa da liberdade, como um fruto do contrato social no qual os cidadãos renunciaram partes de suas liberdades para criar um sistema em que lhes assegurem a liberdade garantida. Por isso, o controle e a punição do Estado se dá à medida que se garanta a liberdade dos cidadãos (HASSEMER, 2007, p. xvii).

Como visto, a decisão que negou a progressão de regime ao apenado por inadimplemento da pena de multa, tem como espeque fazer do condenado um “modelo a não ser seguido” a fim de se servir de modelo (bode expiatório?) em um país dominado por uma corrupção sistêmica.

No entanto, “a pena somente é apropriada e justificada quando da violação de bens jurídicos vitais de direito penal, porém não para apoiar os desejos por solução de problemas vagos e amplos demais” (HASSEMER, 2007, p. 81).

E pode ser o direito penal e a pena considerados o remédio para todos os males a ponto de ser tidos e “promovidos à posição de portadores de esperança para a solução dos grandes problemas sociais e políticos e uma ‘demanda urgente de ação’, se associa ao aumento das vedações penais, das intervenções e das sanções” (HASSEMER, 2007, p. 83).

Com isso, a força simbólica do direito penal avilta a dignidade humana da pessoa do apenado e, ainda, faz do cidadão condenado um “espetáculo” o “usando” como um meio[8] para uma chamada “prevenção geral” que não passa de uma vingança estatizada sob o argumento de que o direito penal deve ser sério, como consignou o Ministro Roberto Barroso.

---

[8] O homem é um fim em si mesmo como defende Kant. Ver em: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2005, 141 p.

Para o Direito Penal Libertário a aplicação de sanção frente a violação das normas fundamentais do ordenamento jurídico, aciona o direito penal e, com isso, revela-se e atua na efetivação do controle social reafirmando as normas irrenunciáveis a vida em sociedade. No entanto, deve buscar incessantemente medidas para substituir a pena privativa de liberdade e reafirmar as normas do sistema jurídico, sob pena de faltar a justiça penal legitimidade e eficácia.

Ainda, o relator da Execução Penal nº 16-STF, o Ministro Roberto Barroso, no seu voto declarou que: "Nas circunstâncias brasileiras, o direito penal deve ser moderado, mas sério" (BRASIL, 2015a, pg. 3).

O que seria "sério" para o relator? Um direito penal "sério" para quem?

Tal entendimento, que influenciou direta e maciçamente o julgamento, foi pautado somente em valores consistentes em mandamentos morais que padecem de legitimidade democrática, pois não foram generalizados de forma a atingir toda comunidade política. Por isso, a utilização do conceito indeterminado "sério" corrompeu por completo o julgamento por faltar-lhe fundamento jurídico legitimo e válido.

Habermas fala sobre a utilização de valores morais e acentua que:

> Nós devemos seguir mandamentos morais porque os temos como certos e não porque esperamos obter, através deles, a realização de certos fins – mesmo que esses fins visem à felicidade pessoal suprema ou o bem estar coletivo. [...] Essas normas, por sua vez, têm que passar por um teste de generalização que examina o que é igualmente bom para todos. Assim como verdadeiro é um predicado para a validade de proposições assertóricas, justo é um predicado para a validade das proposições normativas gerais que expressam mandamentos morais. [...] As normas morais também incorporam valores ou interesses, porém somente os que são generalizáveis, levando em conta a respectiva matéria. Essa pretensão à universalidade exclui a interpretação teleológica de mandamentos morais, ou seja, a interpretação que leva em conta a vantagem relativa de certos valores ou interesses (HABERMAS, 2012, p. 193).

A introdução de concepções puramente morais e valores, pertencentes ao indivíduo ou ao grupo que ele pertence, geram dois efeitos que são indesejáveis no Estado Democrático de Direito. O primeiro efeito é que opera a imunização das decisões da autoridade contra qualquer crítica. O segundo efeito é o desprendimento e a desvinculação das decisões da autoridade do ordenamento jurídico que foi construído, em tese, pela vontade popular. Essa desvinculação do sistema jurídico inevitavelmente produz decisões jurídicas que podem ser até mesmo consideradas bizarras (MAUS, 2010, p. 37).

"A conversão da Constituição em um 'ordenamento de valores' confere a cada uma das disposições constitucionais (além da 'abertura' das formulações) uma imprecisão que permite

complementar os princípios constitucionais ao bel-prazer com outros aspectos" (MAUS, 2010, p. 38).

Por isso a utilização de valores morais traz insegurança e instabilidade no sistema jurídico, que culminou, no caso em estudo, com a manutenção de um regime prisional gravoso ao condenado que cerceou grandemente sua liberdade.

Da análise da decisão objeto do estudo, percebeu-se a incompatibilidade dos seus fundamentos com a teoria do Direito Penal Libertário, haja vista que o a dignidade da pessoa humana e a liberdade do apenado foi sacrificado em prol da tentativa de se erguer um "exemplo a não ser seguido", utilizando para isso o homem como meio de se formar processos intimidatórios a fim de atingir os presentes e potenciais infratores das normas, e, utilizou-se de forma simbólica o direito penal através de sua coerção mais gravosa que é a pena privativa de liberdade.

CONCLUSÕES

No desenvolvimento da pesquisa aprofundou-se na teoria do Direito Penal Libertário que concebe a liberdade como direito fundamental de 1ª geração / dimensão, e indissociável da dignidade da pessoa humana.

Por isso, foi entendido que a progressão de regime nas penas privativas de liberdade atende à ressocialização e ao princípio da humanidade, haja vista que nas condições atuais os condenados têm sua dignidade aviltada nas prisões estatais.

Deve considerar também que o direito penal como um todo (seja na fase de conhecimento, na fase executório, bem como na administração prisional) deve atender ao princípio da subsidiariedade, sendo a restrição da liberdade a *ultima ratio* das medidas coercitivas para se alcançar qualquer fim.

A legitimidade do direito penal só acontece quando sua função de regulação e controle social quando os outros meios de controle não funcionaram ou não funcionam, como por exemplo, a pretensão indenizatória cível, a força policial, o direito tributário, o direito administrativo, dentre outros.

Percebeu-se que o princípio da subsidiariedade é umas das variantes do princípio da proporcionalidade que sempre impõe ao Estado uma atuação menos invasiva aos direitos dos cidadãos.

A subsidiariedade, como uma proibição do excesso, caminhou na esteira de que o crédito proveniente da pena de multa não paga seja considerada como dívida de valor, que em caso de inadimplemento, deve ser executada por meio das prerrogativas da Lei de Execuções Fiscais, recaindo sobre o patrimônio do apenado toda força constritiva do Estado, cumprindo assim a finalidade da pena de multa, em especial, nos crimes relacionados à corrupção e à ordem econômica.

Dessa forma, o princípio da subsidiariedade impõe um limite claro à ação do poder punitivo do Estado e promove a ascensão constitucional da liberdade ao patamar mais elevado do ordenamento jurídico, pois a principal tarefa do poder estatal do Estado Democrático de Direito é assegurar o máximo de liberdade possível com os menores danos e intervenções aos indivíduos apenados. Que o apenado seja penalizado no seu patrimônio, para que não seja esbulhada a sua liberdade.

Para o Direito Penal Libertário essa é, na modernidade, a função do direito penal: o Direito Penal é um instrumento de criação e defesa da liberdade, como um fruto do contrato social no qual os cidadãos renunciaram partes de suas liberdades para criar um sistema em que lhes assegurem a liberdade garantida. Por isso, o controle e a punição do Estado se dão à medida que se garanta a liberdade dos cidadãos.

Assim, há uma releitura da ideia pingente de que os diplomas penais sejam instrumentos repressores e, sim, diplomas libertários que garantem e promove a liberdade ao proteger os cidadãos das ingerências do Estado e de outros particulares.

No enfrentamento da decisão que negou a progressão de regime ao apenado por inadimplemento da pena de multa, verificou-se que o condenado foi usado como um “modelo a não ser seguido” a fim de se servir de modelo (bode expiatório?) em um país dominado por uma corrupção sistêmica. Os fins a serem perseguidos tornaram-se amplos e vagos demais.

Com isso, foi percebida a força simbólica do direito penal que avilta a dignidade humana da pessoa do apenado e, ainda, faz do cidadão condenado um “espetáculo” o “usando” como um meio para uma chamada “prevenção geral” que não passa de uma vingança estatizada sob o argumento de que o direito penal deve ser sério, como consignou o Ministro Roberto Barroso.

Verificou-se também que decisões jurídicas pautadas somente em valores consistentes e em mandamentos morais padecem de legitimidade democrática, pois não foram generalizados de forma a atingir toda comunidade política. Por isso, a utilização do conceito indeterminado “sério” corrompeu por completo o julgamento por ausência de fundamento jurídico legitimo e válido que acabou por cercear a liberdade do condenado.

Então, conclui-se com o estudo e análise da decisão do Agravo Regimental na Execução Penal nº 16 do STF que há flagrante incompatibilidade dos fundamentos da decisão com a teoria do Direito Penal Libertário e o objetivo do Direito Penal no Estado Democrático de Direito. A dignidade da pessoa humana e a liberdade do apenado foram sacrificadas sob o argumento de se estabelecer um "exemplo a não ser seguido", utilizando, para isso, o homem como meio de se intimidar os presentes e os potenciais infratores das normas. Na atual epistemologia jurídica o homem é um fim em si mesmo, e não mero instrumento do Estado ou de um particular.

Ademais, foi utilizada a força simbólica do direito penal através de sua coerção mais gravosa, que é a pena privativa de liberdade. A pena de multa inadimplida, considerada como dívida de valor pelo ordenamento jurídico, deveria ser executada por meio das prerrogativas dispostas na Lei de Execuções Fiscais com todos os meios expropriatórios do patrimônio, e não às custas da dignidade e da liberdade do condenado.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 22 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, 964 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, 206 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 Jul 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 09 Jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210compilado.htm>. Acesso em: 21 Abr. 2018

BRASIL**. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 07 Jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.268, de 1º de abril de 1996**. Altera dispositivos do Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal - Parte Geral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9268.htm>. Acesso em: 09 Jun. 2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no REsp 1347196/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 15/06/2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula 521, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/03/2015, DJe 06/04/2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental em Execução Penal n. 12, Relator: Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 08/04/2015 (a), PROCESSO ELETRÔNICO DJe-111 DIVULG 10-06-2015 PUBLIC 11-06-2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental em Execução Penal n. 16. Relator: Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2015 (b), PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 19-05-2015 PUBLIC 20-05-2015.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, 136 p.

ESTEFAM, André. **Direito penal**, volume 1: parte geral (arts. 1º a 120). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, 593 p.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Juspodivm, 2012, 1.305 p.

GRACCO, Abraão Soares Dias dos Santos. **Direito Constitucional do cidadão comum**. 2016, 184 p. Disponível em:<http://www.movimentocidadaocomum.com.br/uncategorized/baixe-gratuitamente-o-ebook-direito-constitucional-do-cidadao-comum/attachment/ebook-dccc/>. Acesso em: 04 Jun. 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral, volume I. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017, 1.022 p.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, 278 p.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Volume I. 2. ed.Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, 354 p.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, 264 p.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005, 456 p.

HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico y condificación: la vinculación del juez a la ley. *In:* **El pensamineto jurídico contemporáneo**. Madrid: Roland, 1992, p. 265-275.

HEGEL, G. W. F. Filosofia do Direito. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010, 328 p.

JAKOBS, Günther. **Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido**. Barueri: Malone, 2003, 57.

JAKOBS, Günther. **Tratado de direito penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, 850 p.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, 118 p.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005, 141 p.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal allemão**. vol. 1. Brasília: Senado Federal, 2006, 485 p.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal allemão**. vol. 2. Brasília: Senado Federal, 2006, 660 p.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976, p. 217.

MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**: a jurisdição na Sociedade órfã de Pai. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, 234 p.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013, 263 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 12. ed. rev., atual. e ampl.Rio de Janeiro: Forense, 2016, 1.031 p.

PRADO, Luiz Regis. Do sistema de cominação da multa no código penal brasileiro. *In*: Revista dos Tribunais, vol. 650, p. 249, Dez/1989. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, vol. 4, p. 619, Out/2010.

PRADO, Luiz Regis; CASTRO, Bruna de Azevedo de. Pena de multa e progressão de regime executório: ativismo judicial. *In*: **Revista dos Tribunais**: RT, São Paulo, v. 105, n. 966, p. 183-200, abr. 2016.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, 306 p.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena**: limites, princípios e novos parâmetros. 2. ed. rev. e ampl. Sao Paulo: Saraiva, 2015, 304 p.

ROXIN, Claus. **Derecho penal parte general**, Tomo I: fundamentos. La estrutura de la teoria del delito. Madrid: Civitas, 1997, 1.071 p.

SÁNCHES, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política: criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 236 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, 520 p.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, 282 p.