

A PROGRESSÃO PRISIONAL NOS CRIMES ECONÔMICOS NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA QUESTÃO DE LEGALIDADE

THE PRISION PROGRESSION OF ECONOMIC CRIMES: EXAMINING THE ROLE OF THE SUPREME COURT AND THE LEGALITY PRINCIPLE

Felipe Lima de Almeida¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O presente artigo analisa os critérios estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal para a progressão de regime dos condenados por crimes econômicos em ações penais de competência originária, a partir do julgamento do Agravo Regimental na Progressão de Regime na EP 12. Para isso são examinadas questões como a própria definição de criminalidade econômica, a pena de multa, o sistema penitenciário progressivo e os regimes prisionais. Em seguida, é escrutinada a postura ativista do Supremo Tribunal Federal e a sua conformidade com o princípio da legalidade.

Palavras-chave: Progressão de regime – crimes econômicos – execução penal – Supremo Tribunal Federal – ativismo judicial – princípio da legalidade.

Abstract: This article undertakes an analysis of the criteria established by the Federal Supreme Court (STF) for the progression of sentences for individuals convicted of economic crimes within the purview of its original jurisdiction. The primary focus of this analysis is the judgment rendered in the Interlocutory Appeal concerning the Progression of Regime in EP 12. The study examines key aspects of this framework, including the definition of economic crimes, the role of fines, the principles of the progressive penitentiary system, and the classification of prison regimes. Furthermore, the article critically assesses the STF's role in shaping this framework, examining its actions in relation to the principle of legality.

Keywords: Sentencing Progression – Economic Crimes – Penal Enforcement – Federal Supreme Court – Judicial Activism – Principle of Legality.

¹ Doutorando em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Professor de Direito Penal e Direito de Execução Penal na Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - FESUDEPERJ. Professor convidado na graduação e no programa de pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas - FGV Direito-Rio. Defensor Público do estado do Rio de Janeiro.

1. INTRODUÇÃO

Na última década, foi perceptível a mudança de postura do Supremo Tribunal Federal com relação à pena de multa imposta nas condenações pelos chamados crimes econômicos, em especial, nas ações penais de competência originária (art. 102, inciso I da Constituição da República), como no caso da Ação Penal nº 470 (APn 470/MG), que ficou nacionalmente conhecida como “Mensalão”. Essas ações penais, ao resultarem em acórdãos condenatórios, são executadas no âmbito da própria Corte, sendo atribuído ao Relator a competência para a condução da execução penal, nos termos do art. 341 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, com redação dada pela Emenda Regimental n. 41/2010.²

Nesse estudo, analisamos a pena de multa e os requisitos para progressão de regime (em regra, o primeiro direito da execução a ser postulado), assim como a própria lógica do sistema progressivo adotado em nosso país. Para tanto, a partir do método hipotético-dedutivo, com pesquisa bibliográfica e documental, foram examinadas execuções penais de competência originária no Supremo Tribunal Federal, com o escopo de verificar os requisitos estabelecidos pela Suprema Corte para progressão de regime nos crimes econômicos.³

A partir do estabelecimento desses requisitos, que transcendem as balizas fixadas pelo legislador e caracterizam o chamado ativismo judicial⁴, é feito um necessário confronto com o princípio da legalidade e os contornos doutrinários encontrados sobre o tema, de modo a verificar a conformidade da posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal com a Constituição da República.

² Art. 341 - Os atos de execução e de cumprimento das decisões e acórdãos transitados em julgado serão requisitados diretamente ao Ministro que funcionou como relator do processo na fase de conhecimento, observado o disposto nos arts. 38, IV, e 75 do Regimento Interno. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 41, de 16 de setembro de 2010).

³ Registre-se aqui a dificuldade encontrada para realização da pesquisa no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>), em razão da ausência de filtros para buscar as execuções penais de competência originária (EP) de forma sistematizada. A busca precisou ser individual, diante da inexistência de vinculação com a ação penal originária (APn), o que aumentou em muito tempo de pesquisa.

⁴ De acordo com Dworkin, o ativismo judicial se caracteriza pela excessiva participação do Poder Judiciário na aplicação dos valores e princípios constitucionais que poderia ser aplicado de variadas formas como através do emprego direto da constituição. A partir desse pressuposto começa o ativismo judicial a ser compreendido como um método de integração e de interpretação. Cf. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jéferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fortes, 1999, p. 25.

2. CRIMES ECONÔMICOS

Os primeiros estudos sobre a criminalidade econômica remontam a meados do século XX, a partir da criminologia, que atrelava a ideia do crime econômico a seu autor, tido como homem de negócios, de “colarinho branco”. Essa compreensão norteava a análise na teoria da associação diferencial, de Sutherland, sobre a delinquência cometida por pessoas mais abastadas. Tal entendimento criminológico, de acordo com Luciano Anderson de Souza, não pode ser adotado como referencial normativo para criminalização econômica, sendo inaceitável diante de um direito penal liberal, voltado ao fato ilícito, independentemente das características pessoais de seu autor.⁵

Desde que adquiriu verdadeiro relevo científico, a partir do VI Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, realizado em Roma, em 1953, o Direito Penal Econômico não encontrou um consenso na doutrina quanto a sua conceituação. Os autores costumam distinguir dois conceitos de Direito Penal Econômico: um restritivo e outro amplo. Em sentido estrito, o Direito Penal Econômico é conceituado como conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem socioeconômica, entendido como regulação do intervencionismo estatal na economia. Numa concepção mais ampla, o Direito Penal Econômico pode ser considerado como o direito das atividades econômicas ou da empresa, ou seja, um conjunto de normas jurídicas promulgadas para a regulação da produção, fabricação e distribuição de bens econômicos e distingue-se dos delitos que correspondem ao Direito Penal patrimonial por objetivar a proteção de bens jurídicos coletivos ou supraindividuais, ainda que, concorrentemente, vise à proteção do indivíduo, consumidor ou competidor.⁶

Como esclarece Japiassú/Pereira, a partir do XIII Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, adotou-se um sentido mais amplo em matéria de Direito Penal Econômico, em observância a uma tendência internacional. Assim, admitem-se como delitos econômicos não apenas os fatos puníveis dirigidos contra a planificação estatal da economia,

⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. Os crimes econômicos na APN 470/MG: dificuldades e desafios. **Revista dos Tribunais**, vol. 933, São Paulo, p. 317-318, janeiro-dezembro/2013.

⁶ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. PEREIRA, Daniel Queiroz. Direito Penal Econômico e Tributário: uma análise histórica comparada. In *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Org. Arthur de Brito Gueiros Souza. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, p. 250-252.

mas também todo o conjunto de delitos relacionados com a atividade econômica e dirigidos contra as normas estatais que organizam e protegem a vida econômica.⁷

3. A PENA DE MULTA

A pena de multa ou pena pecuniária é uma das três modalidades de pena prevista no art. 32 do Código Penal. A pena de multa consiste no pagamento ao Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa, que será, no mínimo, de dez e, no máximo, de trezentos e sessenta dias-multa.⁸ Essa modalidade de pena pode ser aplicada alternativa ou cumulativamente com a pena privativa de liberdade ou até mesmo isoladamente em algumas hipóteses.⁹

O Código Penal, em sua redação originária, previa um valor mínimo e máximo da multa cominada para certos delitos. Com a Reforma de 1984, essa metodologia foi substituída pelo sistema do dias-multa, previsto na Parte Geral, prevendo, na Parte Especial, tão somente a referência à sua imposição. Assim, o legislador procurou superar os problemas decorrentes da inflação, que defasava rapidamente a multa cominada em quantidade fixa, atrelando o seu valor ao salário mínimo nacional.

Desta forma, fixada a quantidade de dias-multa (entre dez e trezentos e sessenta), passa-se num segundo momento ao estabelecimento do valor de cada dia-multa, em patamar não inferior a um trigésimo do maior salário mínimo à época do fato, nem superior a cinco vezes esse salário. O Código Penal em seu art. 60, ainda prevê que na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu, autorizando, inclusive, que se ultrapasse esse limite até o triplo, se for considerado que, em virtude da situação econômica do réu a multa é ineficaz, mesmo aplicada em seu máximo.¹⁰

⁷ *Idem*, p. 253.

⁸ De acordo com a doutrina, há uma impropriedade no art. 49 do Código Penal, visto que a multa não consiste no pagamento; este é a sua execução. (SOUZA, Artur de Brito Gueiros. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal: Parte Geral*. 3. ed., São Paulo: Tirant lo blanch, 2023, p. 456.)

⁹ No Código Penal não há crime cujo preceito secundário seja somente de pena de multa isoladamente, mas há a possibilidade de, cumpridas certas condições, a incidência isolada da multa, como no crime de furto (art. 155, §2º do CP) ou na sonegação de contribuição previdenciária (art. 347-A, §3º, do mesmo diploma legal). A pena de multa aparece, por vezes, isoladamente, nas contravenções.

¹⁰ Em se tratando de crimes econômicos, vale notar que a Lei 7.492/86 (Crimes contra o sistema financeiro nacional), em seu art. 33, prevê a possibilidade de aumento da pena de multa até o décuplo nos crimes previstos nesta lei.

A pena de multa, como espécie de sanção criminal (pecuniária), aplicada cumulativa ou alternativamente, deve cumprir com as finalidades que lhes são próprias, quais sejam, o caráter retributivo e preventivo da pena, nos termos da parte final do art. 59 do Código Penal. Como afirma Régis Prado, 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.¹¹

A pena de multa deve ser paga dentro de dez dias após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, de acordo com o art. 50 do Código Penal. Faculta-se, ainda, o seu pagamento em prestações mensais, podendo, eventualmente, vir a ser descontada do salário ou dos vencimentos do condenado. No caso de inadimplemento da pena de multa, o art. 51 do Código Penal, alterado pela Lei 9.268/1996, não permite mais a conversão em pena de prisão. Desde então, a pena de multa, uma vez não paga, será considerada dívida de valor e sua execução se dará perante o juiz da execução¹², sendo aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição. Com isso, o legislador procurou retirar o seu caráter coercitivo de cunho penal (conversão em prisão), passando a figurar, tão somente, o seu aspecto fiscal.¹³

4. REGIMES PRISIONAIS E SISTEMA PROGRESSIVO

O sistema penitenciário progressivo surgiu na segunda metade do século XIX, como nova forma de execução da pena, objetivando a recuperação moral e social dos condenados. O sistema era baseado no chamado *mark system*, modelo no qual o condenado poderia obter vales ou marcas conforme sua conduta e seu rendimento no trabalho.¹⁴ O preso nesse sistema iniciava o cumprimento da pena com o isolamento celular e, em seguida, diante das marcas obtidas, passava para a etapa seguinte: o trabalho em obras públicas. Diante do mérito do condenado,

¹¹ PRADO, Luiz Régis. CASTRO, Bruna de Azevedo de. Pena de Multa e Progressão do Regime Executório. *Ativismo Judicial. Revista dos Tribunais*. vol. 966, São Paulo, p. 183-184, abril/2016.

¹² Alteração promovida pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime).

¹³ SOUZA/JAPIASSÚ, *op. cit.*, p. 459.

¹⁴ O sistema progressivo surgiu baseado na experiência das colônias inglesas da Austrália. Segundo Manoel Pedro Pimentel, o responsável pelo desenvolvimento do sistema progressivo foi Walter Crofton, diretor da Colônia Penal da Ilha de Norfolk, na Austrália. Nesse modelo baseado no *mark system*, a duração da pena não era determinada exclusivamente pela sentença condenatória, mas dependia também do aproveitamento do preso, demonstrado pela dedicação ao trabalho e à boa conduta. Levavam-se em conta, ainda, a gravidade e as circunstâncias do delito. (Cf. PIMENTEL, Manoel Pedro. *Sistemas Penitenciários. Doutrinas Essenciais Processo Penal – Execução Penal*. vol. VI, NUCCI, Guilherme de Souza. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (org.). São Paulo: Revistas do Tribunais, 2012, p. 813-814).

passava-se à terceira etapa, a semiliberdade, consistente no trabalho externo com pernoite no estabelecimento prisional. Por fim, a quarta e última etapa consistia na liberdade sob vigilância até o término de pena (*ticket of leave*), que poderia ser revogada ou convertida em definitiva pelo bom comportamento. O sistema (*ticket of leave system*) foi depois adotado na Inglaterra, como última fase do sistema progressivo irlandês.¹⁵

No Brasil, o sistema penitenciário progressivo começou a se desenvolver com os regimes prisionais para cumprimento da pena privativa de liberdade, originalmente definidos com base na periculosidade do agente e incluídos no Código Penal de 1940 por força da Lei 6.416/77,¹⁶ como corolário de uma forma individualizada de cumprimento de pena.¹⁷ A Lei 6.416/77 além de criar os regimes fechado, semiaberto e aberto, facultou o isolamento celular inicial, o início de cumprimento em regime menos rigoroso e reformulou a disciplina do livramento condicional, concretizando no Brasil o sistema penitenciário progressivo (irlandês). Este sistema progressivo foi mantido e aperfeiçoado pela Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) e a Nova Parte Geral do Código Penal (Lei 7.209/84), que juntas passaram a disciplinar a forma progressiva (e regressiva) de cumprimento de pena.

A Reforma Penal de 1984 consolidou definitivamente o sistema progressivo de cumprimento de pena em nosso país, o que representou uma conquista histórica na trajetória de humanização das práticas punitivas.¹⁸ Como consectário do sistema penitenciário progressivo, o instituto da progressão de regime foi disciplinado na legislação penal com o estabelecimento de requisitos objetivos e subjetivos para sua concessão, o que revela a sua natureza de direito público subjetivo do apenado.

De acordo com o art. 112 da Lei de Execução Penal (LEP), as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, diante do preenchimento dos requisitos legais. Com

¹⁵ Cf. PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. I. Parte Geral. 6. ed., São Paulo: RT, 2006, p. 544; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. Causas e Alternativas. São Paulo: RT, 1993, p. 84-86.

¹⁶ Sobre as alterações substanciais introduzidas pela Lei 6.416/77 no sistema progressivo. Cf. COSTA JÚNIOR, Paulo José. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A nova lei penal e A nova lei processual*. Comentários à Lei 6.416 de 24 de maio de 1977. São Paulo: RT, 1977, p. 5-61.

¹⁷ Por regime prisional deve-se entender a forma pela qual se dará o cumprimento da pena imposta na sentença condenatória. Significa a disciplina legal a ser observada na fase executiva do processo de individualização da sanção penal, em harmonia com o sistema progressivo e a Constituição da República (Art. 5º, XLVI). Cf. GUEIROS/JAPIASSÚ, *op. cit.*, p. 415.

¹⁸ GUEIROS/JAPIASSÚ, *op. cit.*, p. 421.

relação a esses requisitos, os incisos I ao VIII do art. 112 estabelecem os requisitos objetivo-temporais, ou seja, o tempo de cumprimento de pena exigido para progressão prisional do condenado, com diferentes patamares a depender do tipo de crime cometido.¹⁹ Da mesma forma, a Lei de Execução Penal disciplinou no parágrafo primeiro do art. 112 o requisito de ordem subjetiva, consistente na boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento e pelos resultados do exame criminológico (conforme alteração promovida pela Lei 14.843/2024). A Lei de Execução Penal ainda prevê uma modalidade especial de progressão de regime, no parágrafo terceiro do art. 112, destinada à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, ocasião em que os requisitos cumulativos serão: i) não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; ii) não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente; iii) ter cumprido ao menos um oitavo da pena no regime anterior; iv) ser primária e ter bom comportamento carcerário e, v) não ter integrado organização criminosa.

Nas hipóteses de progressão prisional para o regime aberto, a Lei de Execução Penal ainda estabelece requisitos específicos no art. 114, condicionando o ingresso ao condenado que: i) estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente; ii) apresentar, pelos seus antecedentes e pelos resultados do exame criminológico, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina, baixa periculosidade e senso de responsabilidade, ao novo regime.

No entanto, além da Lei 7.210/84, o Código Penal e a legislação extravagante estabelecem requisitos específicos para a progressão de regime. O Código Penal, no §4º do art. 33, incluído em 12.11.2003, estabelece que a pessoa condenada por crime contra a

¹⁹ Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada; VI-A - 55% (cinquenta e cinco por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de feminicídio, se for primário, vedado o livramento condicional; VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.²⁰ Na legislação extravagante, a Lei 12.850/2013 no §9º do art. 2º determina que o condenado de forma expressa em sentença por integrar organização criminosa ou por crime praticado por meio de organização criminosa não poderá progredir de regime de cumprimento de pena (ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais) se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo.

5. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROGRESSÃO DE REGIME NOS CRIMES ECONÔMICOS

O Supremo Tribunal Federal, na Execução Penal nº 12 (EP 12/DF), oriunda da APn 470/MG, cuja relatoria coube ao Ministro Luís Roberto Barroso, por ocasião do julgamento do pedido de progressão de regime formulado pela defesa de um dos apenados, enfrentou o tema envolvendo os requisitos legais para a concessão da progressão prisional, quando se tratar de condenação por crimes econômicos.

O sentenciado que requereu a progressão de regime foi condenado pelos crimes de corrupção passiva (art. 317 do CP – pena de dois anos e seis meses de reclusão e pena de multa em cento e cinquenta dias-multa, no valor de dez salários mínimos cada) e lavagem de dinheiro (art. 1º, incisos V e VI da Lei nº 9.613/1998 – pena de quatro anos de reclusão e pena de multa de cento e oitenta dias-multa, no valor de dez salários mínimos cada), totalizando uma pena privativa de liberdade de seis anos e seis meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como uma pena de multa fixada em 330 dias-multa. Assim, considerando que ao tempo dos crimes, o requisito temporal para progressão de regime era o cumprimento de ao mesmo um sexto da pena no regime anterior²¹ e o bom comportamento carcerário, foi requerida a sua

²⁰ De acordo com o entendimento do STJ, o art. 33, §4º do CP é constitucional, sendo necessário que conste expressamente na sentença em execução a determinação para reparar o dano (art. 387, inciso IV do CPP), vedada a sua inserção pelo juízo da execução, como requisito para progressão de regime. “A execução penal guarda relação com o título condenatório formado no juízo de conhecimento, motivo pelo qual não é possível agregar como condição para a progressão de regime capítulo condenatório expressamente decotado. Nessa linha de inteligência, não havendo na sentença condenatória transitada em julgado determinação expressa de reparação do dano ou de devolução do produto do ilícito, não pode o juízo das execuções inserir referida condição para fins de progressão, sob pena de se ter verdadeira revisão criminal contra o réu.” (STJ – 5ª Turma – AgRg no Habeas corpus 686.334-PE, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 14/09/2021).

²¹ Art. 112 - A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento,

progressão para o regime aberto. O Ministro Relator nesta ocasião, indeferiu o pedido defensivo, ao argumento que o apenado, embora devidamente notificado, não efetuou o pagamento da pena de multa. A defesa do executado impugnou tal decisão e o Plenário do Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão no julgamento do Agravo Regimental na Progressão de Regime na EP 12/DF.²²

Nesse julgado, o Ministro Relator destacou alguns aspectos da pena multa: (i) a pena de multa não perdeu o seu caráter de sanção penal; (ii) em matéria de criminalidade econômica, a pena de multa desempenha um papel proeminente de prevenção específica, prevenção geral e retribuição; e (iii) como consequência, a multa deve ser fixada com seriedade, proporcionalidade e, sobretudo, deve ser efetivamente paga. Nesse sentido, o Relator afirmou que a jurisprudência do STF tem demonstrado que a análise dos requisitos necessários para a progressão de regime não se restringe ao 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.*” Para ilustrar essa afirmação, o Ministro apontou o requisito específico para progressão de regime nos crimes contra a administração pública previsto no §4º do art. 33 do Código Penal e a possibilidade do juiz determinar a realização de exame criminológico para aferição do requisito subjetivo nos termos da Súmula Vinculante nº 26 (atualmente prevista no art. 112 da LEP, com a redação dada pela Lei 14.483/2024). Como argumento de reforço, o Ministro Barroso ainda invocou 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*”. Com base nesse raciocínio, concluiu que “*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*”, de modo que o não pagamento da pena de multa poderia impedir a progressão de regime.

respeitadas as normas que vedam a progressão. (redação anterior à Lei 13.964/2019). A Lei Anticrime (Lei 13.964/2019), por se tratar de norma penal mais gravosa, é irretroativa nos termos do art. 5º, inciso XL da CRFB/88. Contudo, ao tratarmos de apenado primário, condenado por crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, o atual requisito previsto no inciso I do art. 112 da LEP (dezesseis por cento da pena) mostra-se mais benéfico que a anterior fração de 1/6, o que revela a sua natureza de *novatio legis in melius* (parágrafo único do art. 2º do CP) com aplicação retroativa.

²² STF – Pleno - EP 12 ProgReg-AgR. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 08/04/2015.

Assim, com exceção do Ministro Marco Aurélio que dava provimento ao Agravo Regimental²³, a maioria do Supremo Tribunal Federal decidiu nos termos do Ministro Relator e passou a entender que o pagamento da pena de multa é requisito para progressão de regime, salvo nos casos de absoluta impossibilidade econômica. Esse julgado, considerado o “*leading case*” na questão da progressão prisional nos crimes econômicos, não foi aplicado apenas para a APn 470/MG e tornou-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, orientando julgamentos posteriores pela Corte e até mudança de posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, em temas que tangenciam o inadimplemento da pena de multa.²⁴

6. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O ATIVISMO JUDICIAL

A aplicação e a interpretação das normas em matéria de execução penal são permanentemente norteadas pelos princípios contidos na Constituição Federal, no Código Penal, no Código de Processo Penal, na Lei de Execução Penal e nos Tratados e nas Convenções internacionais em matéria penal e de direitos humanos. De acordo com Roig, em uma visão penal-constitucional moderna, tais princípios não mais atuam como elementos meramente informadores ou programáticos, possuindo, sim, poder de concretamente tutelar direitos fundamentais das pessoas presas.²⁵

Nesse sentido, entre todos os princípios fundamentais, o mais importante, sem dúvidas, é o princípio da legalidade ou da reserva legal²⁶, que constitui uma das maiores garantias do

²³ O Ministro Marco Aurélio, em seu voto vencido, consignou que a pena de multa não paga é dívida de valor, devendo ser promovida a competente execução fiscal. Considerar o pagamento da pena de multa como requisito para progressão para o regime aberto, seria estabelecer uma hipótese de prisão civil por dívida, fora da permissão constitucional e convencional.

²⁴ O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3.150, ratificou o entendimento de que a Lei nº 9.268/1996, ao considerar a multa penal como dívida de valor, não retirou dela o caráter de sanção criminal, que lhe é inerente por força do art. 5º, inciso XLVI, alínea c, da Constituição Federal. Tal entendimento foi responsável pela mudança de posicionamento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que, por exemplo, passou a entender que nas hipóteses de condenação concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária obstaria o reconhecimento da extinção da punibilidade. Tese fixada nos REsps n. 1.785.383/SP e 1.785861/SP, com acórdãos publicados no DJe de 2/12/2020 (revisando o entendimento anteriormente consolidado no REsp n. 1.519.777/SP, cujo acórdão tinha sido publicado no DJe de 10/9/2015). Atualmente o STJ, por ocasião do Tema Repetitivo 931, revisou em parte a tese (ressalvando o condenado que comprovar a impossibilidade financeira) e firmou a seguinte tese: “*Na hipótese de condenação concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária, pelo condenado que comprovar impossibilidade de fazê-lo, não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade*” (STJ - Terceira Seção - REsp 1785861/SP – Rel. Min. Rogério Schietti Cruz – j. 24/11/2021).

²⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal*. Teoria crítica. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 23.

²⁶ Neste sentido: Cf. GUEIROS/JAPIASSÚ. *op. cit.*, p. 112. Ver também: LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003 p. 18.

cidadão frente ao poder punitivo do Estado.²⁷ No âmbito da execução penal, o princípio encontra-se previsto no art. 45 da Lei de Execução Penal²⁸, funcionando como instrumento de contenção da discricionariedade administrativa e do arbítrio judicial.²⁹

O desenvolvimento doutrinário da formulação latina *nullum crimen nulla poena sine lege*³⁰, originou quatro desdobramentos, denominados de funções de garantia do princípio da legalidade: *nullum crimen nulla poena sine lege praevia (lex praevia)*, *nullum crimen nulla poena sine lege scripta (lex scripta)*, *nullum crimen nulla poena sine lege stricta (lex stricta)* e *nullum crimen nulla poena sine lege certa (lex certa)*. Para Roxin esses quatro desdobramentos, seriam consequências ou repercussões do princípio da legalidade, consubstanciadas em proibições dirigidas ao juiz, como verdadeiras regras de interpretação (*lex scripta* e *lex stricta*) e ao legislador (*lex praevia* e *lex certa*).³¹

As regras de interpretação decorrentes da *lex scripta* e *lex stricta*, devem ser observadas obrigatoriamente pelo Poder Judiciário. Em primeiro lugar, o *nullum crimen nulla poena sine lege scripta* determina que a lei penal seja uma lei escrita (lei formal), promulgada de acordo com as previsões constitucionais, vedando-se a incriminação de condutas ou imposição de consequências jurídicas através dos costumes (como ocorre no direito consuetudinário).³² O

²⁷ O que levou José Frederico Marques a afirmar que “*hodiernamente, apesar do hiato totalitário anterior à última conflagração mundial, o nullum crimen sine lege é regra universal de limitação dos jus puniendi dos Estados ocidentais*”. Cf. MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. vol. I, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1965, p. 142. O princípio da legalidade, que vivenciou a consolidação da sua versão mais moderna a partir da revolução burguesa e as ideias da Ilustração, no Brasil, do Império à República, foi acolhido por todas as Constituições e Códigos Penais: Constituição Imperial de 1824: art. 179, XII. Constituição de 1891: art. 72, §15. Constituição de 1934: art. 113, XXVI. Constituição de 1946: art. 141, §25. Constituição de 1967: art. 150, §16 e no §16 do art. 153 da Emenda Constitucional 01 de 17/10/69. Constituição de 1988: art. 5º, II, XXXIX, XL, entre outros dispositivos. Código Penal Imperial de 1830: art. 1 e art. 33. Código Penal de 1890: art. 1º. Código Penal de 1940: art. 1º. Nova Parte Geral de 1984: art. 1º.

²⁸ Art. 45. Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar.

²⁹ ROIG, *op. cit.*, p. 32.

³⁰ Feuerbach foi quem primeiro desenvolveu a fórmula latina do princípio da legalidade, com a criação de três preceitos: *nulla poena sine lege* (toda a imposição de pena pressupõe uma lei), *nulla poena sine crimine* (a imposição de uma pena está condicionada a existência de uma conduta proibida em lei) e *nullum crimen sine poena legali* (a conduta proibida por lei – pressuposto legal – é condicionada pela pena legal; por conseguinte, o mal, como consequência jurídica necessária, se vinculará mediante lei a uma lesão jurídica determinada). Cf. FEUERBACH, Paul Johann Ritter Anselm von. *Tratado de Derecho Penal Comum vigente em Alemania*. Traducción de la 14. edición alemana (1847) por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. 2. ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 55.

³¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la segunda edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Tomo I, Madrid: Civitas, 2006, p. 140. Adotando os quatro desdobramentos, mas entendendo que a *lex praevia* também é destinada ao juiz. Cf. BACIGALUPO, Enrique. *Principios Constitucionales de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 45.

³² O que não significa, como alerta Assis Toledo, que os costumes não sejam fontes do direito penal, visto a grande importância que possui nas hipóteses de causas supralegais de exclusão da ilicitude, atenuação da pena

nullum crimen nulla poena sine lege stricta, por sua vez, proíbe a aplicação da analogia para definir crimes, fundamentar ou agravar a pena (*analogia in malam partem*), sendo permitida apenas a analogia para favorecer o réu (*analogia in bonam partem*).³³

De acordo com o pensamento de Eduardo Viana, interpretar, em última análise, é o ato por meio do qual o intérprete acessa os possíveis significados dos termos usados pelo legislador, “*trata-se, portanto, de um ato de revelação cognitivo e não um ato de vontade*”.³⁴ Assim, segundo a regra contida na *lex stricta*, a interpretação de qualquer dispositivo passível de imposição de tratamento penal rigoroso deve ser eminentemente restritiva, não se comportando extensões ou analogias em prejuízo do indivíduo. A analogia somente pode servir como forma integradora de conceitos, jamais para criar formas de agravar a condição das pessoas condenadas.³⁵

É inquestionável a importância político-criminal da pena de multa, que imposta com seriedade e proporcionalidade nos crimes econômicos, cumpre com o seu papel de retribuição e prevenção geral/especial. Como ocorre com a pena privativa de liberdade, o adimplemento da pena de multa é de suma importância para o cumprimento de suas finalidades, podendo se afirmar que 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. Contudo, é necessário perceber que a pena de multa e a privativa de liberdade são sanções distintas e, conseqüentemente, não só a determinação de cada uma delas se faz de modos diferentes, mas também a sua execução.³⁶

Por mais louvável que seja a preocupação do Judiciário com a efetividade da pena de multa nos crimes econômicos, em especial, naqueles envolvendo escândalos de corrupção, tal preocupação não pode transpor os limites da legalidade. A progressão de regime é instituto exclusivo da pena privativa de liberdade. A pena de multa, ainda que não perca o seu caráter

ou da culpa. Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed., 13. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 25. Para atenuação ou isenção de responsabilidades, a doutrina afirma não haver restrição ao direito costumeiro; se esse não cria o tipo, pode funcionar como argumento de exclusão ou delimitação do tipo no âmbito em que o próprio sistema jurídico – explícita ou implicitamente – remete aos costumes. Isso pode acontecer, por exemplo, nos tipos de ato obsceno e escrito ou objeto obsceno. Cf. VIANA, Eduardo. Observações sobre o Princípio da Legalidade. **Revista Científica do CPJM**, Rio de Janeiro, vol.1, n. 2, p. 111, 2021.

³³ Nesse sentido. Cf. GUEIROS/JAPIASSÚ, *op. cit.*, p. 208. No tocante a proibição da analogia: Cf. BACIGALUPO, *op. cit.*, p. 82-96.

³⁴ VIANA, *op. cit.*, p. 111.

³⁵ ROIG, *op. cit.*, p. 36-37.

³⁶ PRADO/CASTRO, *op. cit.*, p. 184-185.

penal, uma vez inadimplida, será considerada como dívida de valor. Essa foi a escolha do legislador e está positivada no art. 51 do Código Penal, que desde o ano de 1996 extirpou do ordenamento jurídico brasileiro a odiosa possibilidade de conversão da pena de multa em prisão (ou quaisquer outros efeitos prisionais) diante de seu inadimplemento. Como afirma Prado/Castro, 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.³⁷

É demasiadamente preocupante a afirmação que os requisitos da progressão de regime não se restringem ao art. 112 da LEP, uma vez que essa é a própria previsão legal do referido instituto. Nos casos de crimes contra a administração pública, que não se confundem com os crimes econômicos, existe previsão expressa no art. 33, §4º do Código Penal. Nos casos de elaboração de exame criminológico para aferição do requisito subjetivo, a supressão promovida pela Lei 10.792/2003 no art. 112 da LEP instaurou divergência doutrinária e jurisprudencial que culminou na criação da Súmula Vinculante nº 26 pelo STF e o verbete nº 439 da súmula do STJ e, atualmente, em que pese as inevitáveis críticas, a possibilidade de realização de exame criminológico foi reinserida expressamente no art. 112 da LEP. Assim, não existe no ordenamento jurídico brasileiro, uma normativa sequer que estabeleça requisitos próprios para progressão de regime nos crimes econômicos, de modo que tais exemplos não servem para justificar o entendimento adotado pela Suprema Corte.

Da mesma forma, o raciocínio utilizado no julgamento por alguns Ministros, invocando as regras do regime aberto, o art. 36, §2º do CP e o art. 118, §1º da LEP, para justificar a exigência do pagamento da pena de multa como condição para progressão prisional, igualmente não faz sentido, uma vez que a progressão não existe apenas para o regime aberto. Os requisitos específicos da progressão para o regime aberto e as regras desse regime estão previstos expressamente no art. 114 e art. 115 da LEP. Como aplicar esse entendimento ao condenado por crime econômico que pretende progredir do regime fechado para o regime intermediário?

De acordo com o pensamento de Prado/Castro, 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*

³⁷ PRADO/CASTRO, *op. cit.*, p. 185.

*além de absurda, vem a ser flagrantemente inconstitucional por violar a individualização da pena e o princípio da legalidade penal.”*³⁸

A criação pelo STF de requisito não previsto em lei para progressão de regime, demonstra um claro exemplo de ativismo judicial, entendido como “*um problema eminentemente hermenêutico, relacionado à invasão das preferências ideológicas dos julgadores nas decisões judiciais*”.³⁹ Dentre as formas de manifestação de ativismo judicial apontadas pela doutrina, o que se verifica na decisão analisada é a fundamentação deficiente, a mascarar inadmissível discricionariedade judicial não vinculada. 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.⁴⁰

O ativismo judicial, inicialmente concebido como uma exceção à regra, tornou-se hoje uma prática cotidiana em uma variedade de conflitos sociais tornando-se prejudicial ao equilíbrio da ordem constitucional e à estabilidade interinstitucional. Isso ocorre, de acordo com Eduardo Val, devido à atuação do judiciário como legislador positivo, à violação do princípio da separação dos poderes, à desconsideração de precedentes jurisprudenciais e às decisões judiciais influenciadas por considerações políticas. Para caracterizar o ativismo judicial de forma legítima é importante considerar alguns elementos-chave nas decisões judiciais como a garantia dos direitos fundamentais a defesa da supremacia da Constituição a fundamentação em princípios jurídicos especialmente os constitucionais e o uso de técnicas hermenêuticas que respeitem a intenção do legislador e não extrapolem os limites da interpretação.⁴¹

7. CONCLUSÃO

Ao longo desse trabalho, foi demonstrado que o Supremo Tribunal Federal ao estabelecer o pagamento da pena de multa como requisito para progressão de regime nos crimes

³⁸ PRADO/CASTRO, *op. cit.*, p. 184

³⁹ ABOUD, Georges. LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. Diálogos entre discricionariedade e democracia. **Revista de Processo**. vol. 242. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/2015, p. 24.

⁴⁰ PRADO/CASTRO, *op. cit.*, p. 187.

⁴¹ VAL, Eduardo Manoel. GERSTENBERGER, Guilherme Santoro. VALE, Pietra Rangel Bouças do. PAGANI, Lucas Augusto Gaioski. Ativismo judicial: controle dos demais poderes ou racionalidade jurídica? **Revista Direito e Contexto**. n. 01, Rio de Janeiro, janeiro-dezembro/2022. Disponível em <https://www.revistadireitocontexto.com.br/index.php/rdct/article/view/ativismo-judicial-Pietra-Val-Guilherme-Gerstenberger-Eduardo-Val/ativismo-judicial-controle-poderes-racionalidade-juridica-Vale> Acesso em 06/09/2024.

econômicos, incorreu num temerário ativismo judicial, em atendimento aos auspícios populares de maior severidade na execução das penas. Tal postura, além de colocar em risco a harmonia entre os poderes e o pacto federativo, viola um dos pilares do direito penal liberal, o princípio da legalidade (estricta) e da segurança jurídica, assim como o princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI da CRFB/88).

O STF, a partir de uma confusa argumentação sobre as finalidades da pena multa e da privação de liberdade, faz crer que o Poder Judiciário pode e deve criar novos instrumentos para coibir o condenado a pagar o valor determinado como sanção penal. A exigência do pagamento da pena multa como condição para progressão de regime, revela um total desprezo do Supremo Tribunal Federal pela legalidade e já se mostrava um prenúncio das investidas da Corte, que ocorreriam anos depois, contra outros Poderes da República.⁴²

Da mesma forma, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em última análise, ripristinou o inconstitucional regime integralmente fechado, na medida em que o sujeito pode ter negado o seu direito à progressão prisional, diante do inadimplemento da pena de multa, sendo mantido em regime mais gravoso até o implemento dos requisitos para o livramento condicional, o que também viola o princípio constitucional da individualização da pena.

8. REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. Diálogos entre discricionariedade e democracia. **Revista de Processo**. vol. 242. p. 21-47. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/2015.

BACIGALUPO, Enrique. *Principios Constitucionales de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

⁴² A título exemplificativo, vale destacar a ADI 5.874/DF, em que foi concedida medida cautelar para suspender a eficácia do dispositivo contido no art. 10 do Decreto 9.246/2017, que autorizava o indulto da pena de multa. No julgamento da ADI 5.874/DF, se debateu sobre a possibilidade de controle judicial sobre a concessão de indulto presidencial. Ao final, o Supremo Tribunal Federal revogou a medida cautelar e entendeu que o referido Decreto era constitucional. Outra decisão que sinaliza tal tendência da Suprema Corte, pode ser observada nas ADPFs 964, 965, 966 e 967, apresentadas pela Rede Sustentabilidade, pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), pelo Cidadania e pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), respectivamente, em que foi questionada a concessão de indulto individual pelo então Presidente da República, sob o argumento de suposto desvio de finalidade. O Supremo Tribunal Federal, por esse motivo, em 10/05/2023, anulou o Decreto Presidencial de 21 de abril de 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão. Causas e Alternativas*. São Paulo: RT, 1993

COSTA JÚNIOR, Paulo José. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A nova lei penal e A nova lei processual*. Comentários à Lei 6.416 de 24 de maio de 1977. São Paulo: RT, 1977

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jéferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fortes, 1999.

FEUERBACH, Paul Johann Ritter Anselm von. *Tratado de Derecho Penal Comum vigente em Alemanha*. Traducción de la 14. edición alemana (1847) por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. 2. ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2007

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. PEREIRA, Daniel Queiroz. *Direito Penal Econômico e Tributário: uma análise histórica comparada*. In *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Org. Arthur de Brito Gueiros Souza. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. vol. I, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1965.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Sistemas Penitenciários*. **Doutrinas Essenciais Processo Penal – Execução Penal**. vol. VI, NUCCI, Guilherme de Souza. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (org.). São Paulo: Revistas do Tribunais, 2012

PRADO, Luiz Régis. CASTRO, Bruna de Azevedo de. *Pena de Multa e Progressão do Regime Executório. Ativismo Judicial*. **Revista dos Tribunais**. vol. 966, São Paulo, p. 183-200, abril/2016.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. I. Parte Geral. 6. ed., São Paulo: RT, 2006

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal*. Teoria crítica. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la segunda edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y Garcia Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Tomo I, Madrid: Civitas, 2006

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed., São Paulo: Tirant lo blanch, 2023.

SOUZA, Luciano Anderson de. Os crimes econômicos na APN 470/MG: dificuldades e desafios. **Revista dos Tribunais**, vol. 933, São Paulo, p. 317-332, janeiro-dezembro/2013.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed., 13. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007.

VAL, Eduardo Manoel. GERSTENBERGER, Guilherme Santoro. VALE, Pietra Rangel Bouças do. PAGANI, Lucas Augusto Gaioski. Ativismo judicial: controle dos demais poderes ou racionalidade jurídica? **Revista Direito e Contexto**. n. 01, Rio de Janeiro, janeiro-dezembro/2022. Disponível em

<https://www.revistadireitocontexto.com.br/index.php/rdct/article/view/ativismo-judicial-Pietra-Val-Guilherme-Gerstenberger-Eduardo-Val/ativismo-judicial-controle-poderes-racionalidade-juridica-Vale> Acesso em 06/09/2024

VIANA, Eduardo. Observações sobre o Princípio da Legalidade. **Revista Científica do CPJM**, Rio de Janeiro, vol.1, n. 2, p. 111, 2021