

A PENA DE MULTA NO BRASIL ANALISADA À LUZ DA ONTOLOGIA DA PENA

THE FINE PENALTY IN BRAZIL ANALYZED UNDER THE LIGHT OF THE PENALTY ONTOLOGY THEORY

*Fernanda Nascimento dos Santos**
*Iago Barbosa Silva Araújo***

Resumo: O presente artigo analisa as peculiaridades existentes na pena de multa no Brasil sob o viés ontológico da pena, tendo como relevância jurídica o desenvolvimento de uma discussão acerca da (in)existência de uma essência verdadeiramente penal na sanção de multa no Brasil no seu atual estágio. Nesse viés, a problemática do estudo em questão é: de que maneira as alterações normativas referentes à pena de multa afastam essa sanção penal do conceito ontológico de pena de Luís Greco? Para responder ao citado questionamento, utilizou-se como tipo de pesquisa a bibliográfica, tendo como principais bases teóricas os doutrinadores Luís Greco, Claus Roxin e Eugênio Zaffaroni. No que se refere à topologia do presente artigo, tem-se que, preliminarmente, é abordado acerca da historicidade da pena de multa. Tomando enquanto ponto de partida, os respectivos aspectos doutrinários e legislativos desta sanção penal no Brasil. No ponto seguinte, é exposto acerca da importância sociojurídica da pena, utilizando para isso o conceito ontológico de pena, a fim de que seja percebido o que faz a pena se tornar única no direito, dando origem a vários princípios jurídicos. Por fim, o artigo realiza, após trazer um breve conceito mais prático de pena, o confronto entre a teoria conceitual da pena apresentada com a realidade atual da pena de multa no direito brasileiro, de modo a concluir que pelo fato da pena de multa neste país não atingir os direitos inatos do apenado, essa apenas pode ser enquadrada como pena sob o ponto de vista formal.

Palavras-chave: Pena de multa. Ontologia da pena. Intervenção mínima. Direitos inatos.

*Graduanda em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba – Campus I. Monitora-bolsista do Componente Curricular Direito Penal III.
E-mail:fernanda.nascimento@aluno.uepb.edu.br.Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2206490521605857>.

**Graduando em direito pela Universidade Estadual da Paraíba – Campus I. Aluno-bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC/CNPq/UEPB) com o projeto “Análise Crítica ao Crime de Lenocínio: Há um Bem-Jurídico a ser Tutelado?”.
E-mail: iago.araujo@aluno.uepb.edu.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1267692688423600>.



Abstract: The present article analyzes the peculiarities existing in the fine penalty in Brazil under the ontological bias of the penalty, having as legal relevance the development of a discussion about the (in)existence of a truly penal essence in the sanction of fine in Brazil in its current stage. In this bias, the problem of the study in question is: How do the normative changes regarding the fine penalty distance this penal sanction from the ontological concept of punishment by Luís Greco? To answer the aforementioned question, bibliographical research was used as a type of research, having as main theoretical bases the indoctrinators Luís Greco, Claus Roxin and Eugênio Zaffaroni. With regard to the form of this article, it is necessary, preliminarily, to approach the historicity of the fine penalty. Taking as a starting point, the respective doctrinal and legislative aspects of this criminal sanction in Brazil. In the next point, it is exposed about the socio-legal importance of the penalty, using the ontological concept of the penalty, so that it is perceived what makes the penalty become unique in law, giving rise to several legal principles. Finally, the article performs, after bringing a brief more practical concept of penalty, the confrontation between the conceptual theory of the penalty presented and how the fine penalty is shaped in Brazilian law, in order to conclude that due to the fact that the fine penalty in this country does not reach the innate rights of the convict, this can only be framed as a penalty from a formal point of view.

Keywords: Fine penalt. Ontology of penalty. Minimal intervention. Innate rights.

1. INTRODUÇÃO

A dogmática jurídico-penal é, por consectário lógico, dotada de função científica. E a função da ciência do direito nada mais é do que irradiar suas luzes ao processo de gênese e reformulação do mundo normativo. Desta forma, atua, ou ao menos tenta atuar, como limitador dos interesses políticos que não estejam em conformidade com a técnica jurídica, como é o caso da antiga criminalização da mendicância, o que constituía direito penal promocional, caracterizando clara falta de técnica jurídica por parte do legislador.

Para conquistar seus objetivos, a dogmática jurídico-penal busca conceitos e ontologias que irão nortear os criadores e aplicadores da legislação, tal qual o conceito de bem jurídico. Para tanto, antes de saber quais atitudes são puníveis, e como punir, faz-se necessário entender qual é a punição, seus limites e características únicas. No caso do direito penal, a sanção que bem deve ser delimitada é a “pena”.

Se *ubi societas ibi jus, ubi jus ibi poena*. A sanção criminal, mais repressora punição do Ordenamento Jurídico pátrio nasceu e se moldou à sociedade durante a história, portanto, a evolução de uma se confunde com a evolução da outra. Partindo da vingança privada, chegamos a uma penalização com os olhos fitados para a dignidade da pessoa humana. Se outrora a pena era sinônimo de forte imposição



de poder das classes dominantes, hoje se configura como o maior meio de proteção do indivíduo contra as arbitrariedades do Estado.

O Direito Penal tem uma característica essencial que o faz se distinguir de outros ramos jurídicos: cuida do que a sociedade mais considera necessário à paz coletiva, e que, comumente, são atacadas com as condutas mais violentas, solucionando tais violações com a maior rispidez estatal possível – v.g. privação de liberdade – frente aos seus indivíduos. Ante sua característica diferenciadora, e até mesmo especial se comparada a outros ramos do direito, é que a consequência jurídica das criminalizações também é dotada de um conceito diferenciado, que apenas a esta seara jurídica pertence.

Norteados por uma conceituação à luz da teoria ontológica¹ de Luís Greco, o presente artigo, através de uma pesquisa bibliográfica documental, irá pôr a “pena de multa” nos moldes ostentados pelo direito brasileiro no cerne do debate sobre sua validade à luz da citada teoria, de modo que concluirá se a pena de multa brasileira está em conformidade com o conceito ontológico de pena ou se deverá sofrer alterações.

2. A PENA DE MULTA SOB ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E NORMATIVOS

Anterior a uma análise ontológica da pena de multa, faz-se imperativo que seja traçado um panorama geral acerca de como ocorre a aplicação da pena de multa no Brasil.

Nesse viés, de forma apriorística, deve-se ressaltar que o surgimento das penas pecuniárias, que tem como uma das suas espécies a pena de multa, remonta às antigas civilizações, conforme disserta Bitencourt:

A multa, de larga aplicação na Antiguidade, ressurgiu com grande intensidade na alta Idade Média e depois foi gradualmente sendo substituída por severo sistema de penas corporais e capitais, as quais, por sua vez, cederam terreno, por volta do século XVII, às penas privativas de liberdade. (BITENCOURT, 2020, p. 1703)

¹ Em breve síntese, o professor Luís Greco, catedrático da Humboldt-Universität zu Berlin, advoga que as penas (nome dado à sanção proposta pelo direito penal) têm uma natureza que as distingue das sanções das demais searas jurídicas, qual seja, a de ameaçar suprimir direitos inatos dos indivíduos: vida, através da pena de morte; liberdade, através da pena de prisão; incolumidade física, através das penas de castigo físico. Qualquer outra sanção criminal, cujo conteúdo não ameace os referidos direitos inatos, será “pena” apenas em sentido formal. Para maiores detalhes, a tese de doutorado do professor Luís Greco: *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*.



Em que se pese a antiguidade dessa espécie de sanção, a pena de multa propriamente dita, com o seu caráter penal consolidado, apenas ganhou especial relevância a partir do final do século XIX, em razão das lutas contra as penas privativas de liberdade de curta duração.

Ademais, para distinguir a pena de multa de outras sanções pecuniárias de caráter não penal, descreve Bitencourt que duas são as características essenciais da sanção penal em estudo: “1) a possibilidade de sua conversão em pena de prisão, caso não seja paga; 2) seu caráter personalíssimo, ou seja, a impossibilidade de ser transferida para os herdeiros ou sucessores do *apenado*” (BITENCOURT, 2020, p. 1706).

Entretanto, ocorre que a Lei nº 9.268/96 com o seu forte intuito de provocar a redução da população carcerária, alterou o art. 51 do Código Penal e revogou os seus parágrafos, tendo a nova redação a seguinte roupagem:

Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição. (BRASIL, 1996)

A alteração em questão retirou da pena de multa, na legislação brasileira, uma das suas características essenciais, responsáveis por atribuir a tal o seu caráter penal, restando com esse atributo apenas o seu caráter personalíssimo.

De acordo, em saudosa memória, com as lições de Damásio Evangelista de Jesus (2020, p. 686), a referida alteração teve por base a seguinte fundamentação:

(...) o não pagamento da multa atuava, muitas vezes, como fato mais grave do que o delito cometido pelo condenado. Em alguns casos, para o crime a multa era suficiente; para o inadimplemento, impunha-se resposta penal de maior gravidade, qual seja, a pena privativa de liberdade.

No que concerne a essa alteração o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais publicou o boletim 47 de outubro de 1996, abordando da seguinte forma:

A modificação trazida pela nova lei teve por objetivo primordial desvincular a pena pecuniária da conversão em privação de liberdade, entendendo que a primeira denotava menor periculosidade do agente do crime e reservando a última apenas para os delitos de maior gravidade. Assim, procurou o legislador, em caso de descumprimento voluntário, submeter o apenado a processo de execução civil. (FERNANDES, 1996)

O motivo para a reforma em questão também pode ser atribuído ao que o professor Jescheck (apud BITENCOURT, 2020, p. 1711) denomina como sendo o



maior inconveniente da pena de multa:

O maior inconveniente da multa reside no tratamento desigual a respeito de ricos e pobres; inconveniente que não se pode evitar totalmente ainda que se considerem as circunstâncias econômicas do réu e que aparecem de forma muito clara quando se impõe a prisão subsidiária pela falta de pagamento.

Em ato contínuo, ocorreu que o artigo 51 do Código Penal veio a sofrer nova modificação operada pela Lei nº 13.964/2019, conhecida vulgarmente por “pacote anticrime”, passando a ter a seguinte redação:

Art. 51 Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição. (BRASIL, 2019)

A retificação dada pelo “pacote anticrime” veio para sanar dúvidas concernentes à redação dada pela Lei nº 9.268/96, solucionando as controvérsias existentes quanto ao regime jurídico aplicável à pena de multa após o seu trânsito em julgado.

A nova redação dada ao art. 51 do Código Penal deixou claro que o juízo competente para a aplicação da pena de multa é o próprio juízo da execução penal, de modo que o Ministério Público passou a deter legitimidade exclusiva para propor a ação de execução da pena de multa (BRASIL, 2019).

No que concerne à prescrição nas ações de execução à pena de multa, dispõe Damásio Evangelista de Jesus:

Quanto ao prazo prescricional, o entendimento predominante nos tribunais superiores é de que é de dois anos (CP, art. 114), embora as causas suspensivas e interruptivas da prescrição, após o trânsito em julgado da condenação, não sejam mais as do CP (arts. 116, parágrafo único, e 117, V e VI), mas, sim, as da legislação tributária (causas suspensivas: art. 151 do CTN e arts. 2º, § 3º, e 4º da Lei n. 6.830/80; causas interruptivas: art. 174 do CTN). (JESUS, 2020, p. 686)

Seguindo esse mesmo viés, será adentrado agora acerca de como se dá a cominação da pena de multa penal no Brasil. No que concerne às formas como a referida sanção penal pode-se apresentar, o parágrafo primeiro do art. 50 do Código Repressor estabelece 3:

§ 1º A cobrança da multa pode efetuar-se mediante desconto no vencimento ou salário do condenado quando:

a) aplicada isoladamente;



- b) aplicada cumulativamente com pena restritiva de direitos;
- c) concedida a suspensão condicional da pena.

§ 2º O desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família. (BRASIL, 1940)

Ademais, outra modalidade como a pena de multa pode ser apresentada é como substitutiva da privativa de liberdade, sendo aplicada isoladamente ou em conjunto com uma pena restritiva. Nesse sentido, tem-se que nos casos em que essa espécie de pena se apresenta de forma isolada (principal), cumulada ou alternadamente, e nos casos de “*sursis*”, permite-se que a cobrança seja feita por meio de descontos no próprio salário do apenado, respeitando o limite para que esse possa garantir para si e para sua família uma existência digna.

A multa substitutiva está regulamentada no parágrafo segundo do art.60 do CP: “A pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 (seis) meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste Código” (BRASIL, 1940).

Ademais, no que concerne à fixação do *quantum* correspondente a essa espécie de pena pecuniária, tem-se que o Brasil adota o sistema dias-multa, o qual apesar de ter sido declinado pelo Código Penal de 1940, retornou para a legislação pátria por meio da Reforma Penal (Lei nº 7.209/84).

No que concerne a adoção do sistema dias-multa pela Reforma Penal, versa Bitencourt (2020, p. 1720):

Não se pode ignorar o verdadeiro sentido da adoção, pela Reforma Penal de 1984 (Lei n. 7.209/84), do sistema dias-multa, o qual leva em consideração, prioritariamente, a condição financeira do infrator, e não, repetindo, a gravidade da infração penal. De notar-se que, ao contrário da filosofia do Código Penal de 1940, os tipos penais não estabelecem mais, ao lado da pena de prisão, a quantidade mínima e máxima da pena de multa, mas tão somente se lhe é aplicável esta pena ou não. Essa é outra grande demonstração da desvinculação da pena de multa da gravidade do crime e de sua metodologia de aplicação de pena. (grifos nossos).

Esse mesmo autor critica a orientação que ignora as regras específicas existentes no Código Penal para a cominação e a aplicação da pena de multa, aplicando de forma pura o sistema trifásico tradicional, descrito no art. 68 do CP (BRASIL, 1940), a pena de multa penal.

Para sustentar o seu entendimento de que a metodologia para a aplicação da pena de multa é diversa da aplicada a pena privativa de liberdade, disserta:



Inegavelmente, os fundamentos e os elementos a serem utilizados na dosimetria da pena de multa são absolutamente diversos daqueles adotados no cálculo da pena privativa de liberdade, sintetizados no art. 68 do Código Penal, tanto que para a pena de multa não existe sequer a denominada “pena-base” sobre a qual as demais causas modificadoras da pena, relacionadas no art. 68, incidiriam. Ora, se **não existe sequer a pena base, tampouco poderá haver pena provisória ou definitiva. Essa linguagem não existe para a pena de multa dentro do sistema dias-multa consagrado pela Reforma Penal de 1984.** (BITENCOURT, 2020, p. 1720) (grifo nosso).

Nesse viés, tem-se que a partir das regras estabelecidas pelo Código Penal para a aplicação da pena de multa, pode-se estabelecer as seguintes fases:

1. Primeira fase - fixação dos dias de multa: Art. 49 do CP: “A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.” (BRASIL, 1940). Para essa fixação deve-se considerar as circunstâncias judiciais, as atenuantes, as agravantes, as minorantes e as majorantes;

2. Segunda fase - cálculo do *quantum* para cada dia multa: Art. 60 CP: “Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu.” (BRASIL, 1940);

3. Terceira fase - essa só se fará presente quando o juiz verificar que, em virtude da situação econômica do réu, o *quantum* fixado seja insuficiente: Art. 60, § 2º do CP: “A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo” (BRASIL, 1940).

No que se refere à quantificação da pena de multa e à distinção desta com o modo como se dá a aplicação das penas privativas de liberdade, Bitencourt (2020, p.1719):

Nessa linha, calha ressaltar que as agravantes e as causas de aumentos da pena de prisão referem-se somente à gravidade do crime e não à situação econômico-financeira do infrator, que é prioritária para aplicação da pena de multa, segundo a dicção do *caput* do art. 60 do Código Penal. Por isso, essas causas modificadoras da pena (gravidade do crime, circunstâncias judiciais, legais e causas de aumento ou diminuição) não podem e não devem ser consideradas individualmente na dosimetria da pena de multa, exatamente porque o sistema de seu cálculo é absolutamente distinto.

Destarte, pode-se concluir acerca da distinção da forma como ocorre a aplicação das penas de multa em relação às penas privativas de liberdade, haja vista que na primeira espécie, ao contrário da segunda, ocorre uma desvinculação da gravidade do crime com as penas a ele cominadas. Ademais, a pena de multa detém seus próprios critérios para a fixação da pena (art. 60 do CP), que se distinguem em



pontos cardeais dos critérios estabelecidos para as penas privativas de liberdade (art. 59 do CP) (BRASIL, 1940).

3. DO CONCEITO DE PENA POR UMA VISÃO ONTOLÓGICA

Vem-se debatendo que criminalização de condutas e imposição de penas é algo deveras retrógrado ao Estado Democrático de Direito (ZAFFARONI et. al., 2003, p. 93 e ss.). Advoga-se que a pena é o maior instrumento para reafirmação do *status quo* do grupo dominante, além de que a ideia é sustentada pelo argumento de que o combate às causas sociais de delinquência seriam aliados a medidas conciliatórias extra-estatais e indenizações reparatórias, soluções melhores que o direito penal. Estaríamos, portanto, sendo guiados à abolição da seara mais agressiva do direito.

Porém, Roxin (2008, p. 3 e ss.) versa que as posições abolicionistas são deveras românticas para serem seguidas. Para tanto, necessitar-se-ia que através de uma utilização racional de recursos, controles de natalidade, consciência extensa coletiva, dentre outros, a sociedade atacasse voluntariamente todas as causas de criminalidade. Roxin defende, ainda, que nem com as supressões das supostas causas de delinquência poderíamos abrir mão do direito penal, visto que a criminalidade corresponde a um comportamento desviante, dentro do arcabouço típico de condutas humanas, que sempre irá existir em maior ou menor grau, dependendo das condições político-sociais da nação. Desta necessidade de um direito penal, antes mesmo de nascer Roxin, se pronunciou Tobias Barreto (1892, p.81) em publicação póstuma:

Onde quer que um povo, pelo caminho do desenvolvimento social, tenha deixado atrás de si todas as phases de organização pre-política, domina o princípio de que certas condições da vida *commum* devem ser asseguradas contra a rebeldia da vontade individual; e o meio de segurança é a pena, cujo conceito envolve a idéia de um mal imposto, em nome de todos, ao perturbador da ordem pública, ao violador da vontade de todos.

Em verdade, os abolicionistas pretendem entregar um fardo ao direito penal que a ele não pertence. O direito penal não é mágico, por si só ele não conseguirá coibir a criminalidade, simplesmente sendo mais um meio dada para a sociedade objetivando coibir o avanço do ímpeto criminal. Desta forma, o seu caráter de *ultima ratio* não poderá ser posta de lado pela coletividade, de modo que a pena, consequência direta da criminalização de qualquer conduta, tem algo de diferente de qualquer outro ramo do direito (v.g., o direito administrativo sancionador), detendo



algo que a ele é único e não pode ser modificado. É o que passa-se a expor.

A doutrina divide-se em duas sobre qual o conceito de pena: uma teoria comunicativa e outra teoria retributiva. A função comunicativa, ou pedagógica, diz respeito ao objetivo de informar à sociedade que aquela conduta pelo agente perpetrada está em descompasso com o direito, demonstrando, com a aplicação da pena (ou censura), que a norma continua vigendo e foi rechaçado o dano ao ordenamento jurídico proposto, apelando para a razão coletiva e buscando um consenso entre seus destinatários (OLIVEIRA, 2011, p. 163).

Quanto à função retributiva, esta diz respeito a infligir de um mal ao delinquente, ou seja, a invasão do Estado a uma situação confortável ao indivíduo (HUNGRIA, 1978, p. 30 - 31). Porém, imperioso aqui destacar o fato de que, apesar destas indissociáveis funções da pena, estas não conseguem realizar a distinção entre as sanções penais se comparadas com as outras sanções do direito. Isto porque as outras searas do direito também podem infligir um mal ao indivíduo, tal qual uma execução por ação monitória, a qual está afastada do direito penal.

Não obstante, outras situações podem também comunicar censura, como o pronunciamento algo tentando fazer um consenso total, como é o caso do relatório da Comissão da Verdade no Brasil, sem que isso necessariamente se reproduza em pena, ou, mais ligado ao dia a dia do judiciário, a punição com objetivo dúplice do direito do consumidor, em que, através da ideia de *punitive damages*, o Tribunal da Cidadania compreende a sanção consumerista como função pedagógico-punitiva (FILHO, 2015, p. 333 e ss.); Greco (2019, p. 69) defende que, se a pena só pode ser imposta a alguém por algo que realmente a pessoa humana fez, ela (a pena) não pode ser reduzida à sua função comunicativa. Portanto, há algo a mais que torna a pena diferente de uma sanção administrativa, trabalhista, ou uma reprimenda pública.

Há quem defenda que um conceito inicial de pena possa derivar do critério da gravidade, ou seja, pena é considerada o que gravosamente atinge o indivíduo. Este conceito não está de todo errado. Em verdade, ele está parcialmente correto, toda pena é grave por si só. Mas, ele (o conceito em questão) goza de uma grande subjetividade, posto que o critério gravidade muito varia de indivíduo para indivíduo; como exemplo, a cassação de um visto de residência para estrangeiro (GRECO, 2019, 71 e ss.).

Carnelutti (2015, p. 18), de mesmo modo, sente a necessidade de algo mais que justifique a pena, e não somente uma retribuição:



Mas é também certo que a relação cronológica entre dois males, mesmo quando seja necessária, não é suficiente para fazer de um desses com relação ao outro uma pena.

(...)

É, portanto, fácil intuir que um mal, para ser uma pena, não deve ser a respeito de outro somente um *post hoc*, porém um *propter hoc*; a relação cronológica entre eles é um aspecto da relação causal.

Ante a gravidade inerente à pena, Greco advoga que o caminho correto a se analisar é um estudo qualitativo de pena, e não quantitativo. Ou seja, não o quanto ela atinge, mas sim, o que ela atinge. Arremata o mestre: “o mal da pena atinge direitos especiais, direitos de um caráter peculiar” (GRECO, 2019, p. 72)

E estes direitos especiais são os chamados “direitos inatos”, em que Bobbio os define, com fulcro em Immanuel Kant, como sendo “os que são transmitidos pela natureza independentemente de qualquer ato jurídico” (BOBBIO, 2000, p. 120). Em outros termos, os direitos inatos são aqueles que ao indivíduo pertence apenas por sua condição de ser humano. De outro norte, temos também os direitos adquiridos, os quais ganhamos ou perdemos ao longo das nossas vidas em situações distintas (BOBBIO, 2000, p. 120 e ss.), tal como a investidura em funções públicas e o patrimônio.

Os direitos inatos são, portanto, a vida, a integridade física e a liberdade. Bitencourt (2020, p. 1.306 e ss.) leciona que outrora o Estado já tocou nos direitos inatos do indivíduo através da pena de morte, castigo corporal e supressão de liberdade, de modo que hoje, em nosso Ordenamento, apenas subsiste a privação de liberdade.

Doutrina Luís Greco (2019, p. 74) que toda pena, ontologicamente, deverá ao menos ameaçar suprimir algum direito inato do indivíduo, em que hoje em dia apenas se enquadra a supressão de liberdade. Para argumentar deste modo, Greco utiliza o exemplo das contraordenações em comparação à pena de multa no direito alemão. Enquanto as multas simples das contraordenações não poderão ter substituição por privação de liberdade em caso de descumprimento, as penas de multa aceitam a pena de privação de liberdade substitutiva (GRECO, 2019, p. 73).

Buscando não pairar dúvidas, imperioso abrir parênteses para tratar sobre o que seriam as contraordenações alemãs (ou ilícitos de mera ordenação social), chamadas de “coima” em Portugal. Em grosso modo, são ilícitos não-civis que, por seu caráter desproporcional, ou seja, de bagatela, não chegam a ser penalmente relevantes, em que boa parte destes ilícitos pertenciam ao direito penal, de modo



que foram descriminalizados e punidos com uma sanção pecuniária distinta da multa (ROXIN, 2008, p. 13). Criadas para serem, em primeiro momento, um ramo acessório ao direito penal, hoje as contraordenações muito estão aproximadas do direito administrativo, passo que a entidade administrativa exerce função jurisdicional: com inquérito, instrução e decisão/cumprimento da sanção. Deste modo, em conceito tripartite, constituem o direito sancionador público o direito penal, direito das contraordenações e direito disciplinar, em que este último comumente está ligado aos funcionários públicos (ALMEIDA, 2021, p. 11 e ss.)

Sendo o maior mal suportado institucionalmente por um indivíduo em um Estado Democrático de Direito, em decorrência de ser a única autorizada a sempre ameaçar a liberdade do indivíduo, a pena perpetuamente carecerá de justificação, visto que “a liberdade se presume, a restrição da liberdade se justifica” (GRECO, 2017, p. 116). Desta forma, da ontologia/essência da pena, nascem princípios basilares do direito penal, tal qual o princípio da culpabilidade, intervenção mínima, e a ideia funcionalista-teleológica de tutela de bens jurídico-penais.

Não se pode condenar um indivíduo criminalmente por ação ou omissão sem que este tenha atuado sem dolo ou culpa, necessitando um liame psicológico, não podendo alguém ser condenado por fato causado por outrem; isto é o que conhecemos como princípio da culpabilidade (PRADO et. al., 2014, p. 112 e ss.). Ademais, não se pode condenar criminalmente um indivíduo sem que seja prolatada decisão por juiz criminal, obedecendo o contraditório e ampla defesa. Na mesma esteira, não se pode criminalizar condutas que não tutelem bens jurídico-penais, de modo que: “Busca-se, (...), no conceito de bem jurídico um critério limitador do *ius puniendi* estatal” (BECHARA, 2014, p. 352). Todas estas limitações, em que pedimos licença para não nos aprofundarmos em cada uma delas, visto não ser o objetivo do presente artigo, decorrem da força coativa e máxima punição que a pena exerce sobre os indivíduos da sociedade.

De mesmo norte, impende destacar o princípio da intervenção mínima, que é gênese da subsidiariedade e fragmentariedade. Em verdade, todo e qualquer delito corresponde a um conflito social; porém, nem todo conflito social se perfaz como delito, podendo se valer de uma solução não tão drástica quanto o direito penal. Sobre o princípio em tela, doutrina Juarez Tavares (2020, p. 86 e ss.):

Em face disso, descortina-se o **princípio da intervenção mínima**, pelo qual o processo de criminalização tem seu limite justamente no fato de o conflito poder ser solucionado por outro meio menos gravoso.

(...)



Na intervenção mínima o que se cogita é de, ao proceder a uma análise em termos de proporcionalidade entre os fatos e as consequências que lhes são acopladas, fazer-se uma avaliação qualitativa dos meios empregados para solucionar o conflito. Nesse caso, a proporcionalidade passa a constituir um critério do qual a intervenção mínima irá se valer para excluir as soluções mais graves, caso subsistam outras menos rigorosas. (grifo do autor)

É de se assentir, pois, que ao criminalizar uma conduta em que o Estado não está disposto a encarcerar um indivíduo, não subsiste necessidade de criminalização. Se subsiste meios de penalização que não seja através do direito penal, e que surta os efeitos positivos esperados, tal qual as contraordenações, deve o Ordenamento Jurídico pátrio adotá-los, sob cristalina pena de ferir o princípio da intervenção mínima.

A primeira conclusão intermediária é: em consonância com a argumentação proposta por Roxin no início deste ponto (fl. 7) não é válido o argumento que prega o abolicionismo penal, razão que subsiste necessidade estatal mais firme para frear os impulsos humanos. Deste modo, a pena, enquanto característica única do direito penal, continuará a existir, não por acaso detém destacada função social. Portanto, torna-se necessário entender que a característica que a pena não poderá abrir mão é a de atingir / ameaçar os direitos inatos de cada indivíduo da sociedade, mostrando-se repressão de maior custo social, razão que sempre carecerá de justificação. Portanto, em não havendo, ao menos, uma ameaça aos direitos inatos, correspondente a não disposição da sociedade de encarcerar um indivíduo, o direito penal não se justifica, devendo outras searas do direito sobressaltarem, evitando vilipêndio ao princípio da intervenção mínima.

4. DA CONTRAPOSIÇÃO ENTRE A IDEIA DE ONTOLOGIA DA PENA E A CARACTERÍSTICA DE PENA DE MULTA NO BRASIL

Pela ideia acima posta e capitaneada por Luís Greco, pode-se definir pena como a consequência normativa da imputação / situação normativa suportada a um agente de determinado crime, em que será aplicada após sentença judicial proferida por um juiz natural, e sempre infligirá mal ao indivíduo através de supressão de liberdade ou ameaça de supressão de liberdade, afirmando à sociedade que determinada conduta é reprovável. Em suma: só deve-se criminalizar quando a sociedade está disposta a privar a liberdade.



Fato é que o legislador pode chamar uma sanção que não atinja ou ameace direitos inatos de pena. Entretanto, plenamente estará tal nomenclatura equivocada, sendo a sanção considera “pena” apenas formalmente, mas não materialmente, ou por essência.

Retornando à pena de multa no Brasil, nota-se que o legislador brasileiro, que naturalmente já goza de atecnicidade, sequer ameaça a supressão de liberdade em caso de descumprimento da pena de multa, como outrora já ocorreu. O que há é simplesmente uma execução civil do valor arbitrado da multa. Ora, se o legislador acreditava que a privação da liberdade em muito excedia o razoável em qualquer hipótese, não mais aquela conduta deveria ser considerada crime. Com a conversão de multa em execução civil, foge-se do direito penal para a sanção do ato realizado; quanto a migração para outra seara do direito, isto já não poderia ter sido feito antes? Será que a característica de *ultima ratio* do direito penal, tão cara a este ramo do direito, está sendo aviltado? Crê-se que sim.

Greco exemplifica a ameaça de supressão de liberdade com a questão do *sursis*: “O *sursis* é uma pena pelas mesmas razões: a pena suspensa continua a ser pena porque pode a qualquer momento tornar-se atual e infligir a liberdade do afetado” (GRECO, 2019, p. 73 - 74).

Com vistas ao confronto entre a teoria cá trazida e a situação da pena de multa no Brasil, o presente artigo passa a concluir: a pena de multa aplicada ao direito brasileiro está em desconformidade técnica ao conceito ontológico da pena proposto por Luís Greco. Ainda que seja a “pena de multa” brasileira considerada como “multa” em nosso ordenamento jurídico, ela o é apenas formalmente, de modo que deve o legislador deve realizar estudos e alterações no direito positivo vigente de modo que retorne à regra anterior a 1996, ou seja, de privação de liberdade substitutiva em caso de descumprimento do pagamento da pena de multa, ou, tal qual há no direito alemão com as contraordenações, e já apresentado no ponto anterior acima, puna apenas fato delituoso com multa simples, de modo que não mais se considere pena, passo que o legislativo brasileiro fite seus olhos à técnica a dogmática jurídico-penal.

Chega-se, aqui, à segunda conclusão intermediária, qual seja: uma sanção que não suprima ou ameace suprimir direitos inatos pode ser chamada formalmente de pena, mas jamais poderá assim ser por essência; outrossim, penas meramente formais vão de encontro ao atributo de *ultima ratio* do direito penal. Observa-se atecnicidade do legislador penal brasileiro, o qual não mais permitiu converter pena de multa em pena privativa de liberdade. Portanto, necessário se faz um diálogo institucional entre o poder criador e modificador de normas penais e a academia.



5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pena de multa no Brasil vem enfrentando intensas modificações desde sua gênese, dentre essas significativas mudanças está a operada pela Lei nº 9.268/96, a qual com o seu forte intuito de provocar o desaprisionamento retirou do ordenamento jurídico pátrio a possibilidade de sua conversão em pena de prisão, no caso de insolvência.

Ademais, a referida alteração legislativa retirou da pena de multa uma das suas características essenciais, responsáveis por atribuir a tal o seu caráter penal. Nesse viés, o presente artigo buscou analisar a atual situação da regulamentação da pena de multa no Brasil, tendo por base o conceito ontológico de pena.

Destarte, tendo como base o conceito ontológico de pena de Luís Greco, concluiu-se que diante do panorama atual da pena de multa do Brasil, essa embora continue sendo formalmente uma sanção penal, perdeu a sua essência de pena, pelo fato de que esta não atinge, e nem sequer ameaça atingir, os direitos inatos do indivíduo.

Interessante destacar que, ao trazer no sistema jurídico-penal uma “pena de multa” que, ontologicamente, não é pena, o legislador brasileiro incorre em um grave erro, transformando o direito penal no que conhecemos como direito penal promocional, em que fins políticos são buscados através da seara mais repressora do mundo jurídico, ignorando o legislador a intervenção mínima do direito criminal.

Em nossas pesquisas bibliográficas, pouco ou quase nada se viu sobre a discussão mais aprofundada sobre essência da pena, tampouco sobre críticas (positivas ou negativas) à alteração legislativa, o que se demonstra, no mínimo, descuido a uma doutrina autoproclamada crítica. De mesma forma, este afastamento entre doutrina, academia e o poder legiferante é um risco ao estudo acadêmico da dogmática jurídica, visto que os estudiosos do direito têm função auxiliadora, como bem doutrina Roxin (2008, p. 65 e ss.):

O dogmático do direito penal é, assim, quem auxilia o legislador a realizar a sua intenção, quem tem de levar adiante as ideias básicas deste e quem tem de chegar a conclusões que correspondem à sua vontade, sem que o legislador as tenha conscientemente visto.

Dito isto, frisa-se a importância de pesquisas e debates como o exposto, a fim de evidenciar a necessidade de cautela legislativa no momento de alteração de normas que tratem acerca das sanções penais, não podendo essas regras serem alteradas pelo livre arbítrio do legislador, o qual muitas vezes desprovido de qual-



quer técnica, acaba provocando alterações normativas ao mero sabor da pressão popular ou apenas para ganhar crédito político, transformando o direito penal em mero instrumento de uns poucos poderosos.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Sara Cristina Carvalho. *Direito das contraordenações: âmbito da jurisdição*. 2021. 60 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade do Porto. Porto, Portugal.
- BARRETO, Tobias. *Estudos de direito penal*. Ed. fac-similar (Senado Federal). Laemmert e C – Editores: Rio de Janeiro, 1892.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, 1. 26ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado de pensamento de Emanuel Kant* (trad. Alfredo Fait). 2ª ed. – São Paulo: Mandarim, 2000.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Visto em: 20 dez. 2022. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.
- BRASIL. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. *Altera dispositivos do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências*. Visto em: 20 dez. 2022. Disponível: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-publicacaooriginal-148882-pl.html>>.
- BRASIL. Lei nº 9.268, de 1º de abril de 1996. *Altera dispositivos do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal - Parte Geral*. Visto em: 20 dez. 2022. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9268.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.268%2C%20DE%201%C2%BA,%2D%20C%C3%B3digo%20Penal%20%2D%20Parte%20Geral.&text=%C2%A7%202%C2%B0%20Se%20o,se%20as%20circunst%C3%A2ncias%20do%20art.>.
- BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. *Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal*. Visto em: 20 dez. 2022. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm>.
- CARNELUTTI, Francesco. *O problema da pena* (trad. Ricardo Pérez Banega). São Paulo: Editora Pillares, 2015.
- FERNANDES, Odmir et. al. A cobrança da multa penal (artigo 51 do CP). *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM*. Boletim 47 – Outubro/1996. Disponível em: <https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_editorial/67-47-Outubro-1996>.
- FILHO, Raul Araújo. Punitive damages e sua aplicabilidade no Brasil. Superior Tribunal de Justiça, 2015. In: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Doutrina: edição comemorativa 25 anos*. Brasília: 2015. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Dout25anos/article/>>



download/1117/1051>.

GRECO, Luís. Opõe-se o princípio da culpabilidade à penalização de pessoas Jurídicas? Reflexões sobre a conexão entre pena e culpabilidade. In: GRECO, Luís. *As razões do direito penal. Quatro estudos*. 1ª ed. - São Paulo: Editora Marcial Pons, 2019.

_____. Por que inexistem deveres absolutos de punir. *Católica Law Review Revista Jurídica*. v. n.º 3. nov/2017. Universidade Católica de Portugal.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao código penal, volume I, tomo I: arts. 1º ao 10*. 5ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1976.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal vol 1*. 37ª ed. atual. Por André Estefam – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

OLIVEIRA, TARSIS BARRETO. *Pena e racionalidade: a função comunicativa e estratégica da sanção penal na tipologia habermasiana*. – 2011. 226 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/8442/1/TARSIS%20BARRETO%20OLIVEIRA%20-%20TESE.pdf>>

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal* (trad. Luís Greco). 2ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 2ª ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. Acesso em: 31 jan. 2023. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/128083/fundamentos_teorias_delito_tavares_2.ed.pdf>.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl et. al. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2003.

