

VOTO VOGAL

O Senhor Ministro **CRISTIANO ZANIN** (Vogal): Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta por Solidariedade (SD), com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade do artigo 51 do Código Penal, com a redação dada pela Lei 13964/2019, na parte que impede a extinção da pena privativa de liberdade devidamente cumprida pelo apenado em razão da inadimplência da pena de multa, o que, sob a ótica do partido proponente, contrariaria as disposições firmadas no art. 5º, incisos XLVI, XLVII, alínea “b” e XXXIX da Constituição Federal.

Iniciado o Plenário Virtual de 15/3/2024 a 22/3/2024, o Relator, Ministro Flávio Dino, apresentou, inicialmente, voto com a seguinte proposta de ementa:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 51 DO DECRETO-LEI Nº 2.848/1940 (CÓDIGO PENAL). LEI Nº 13.964/2019. PENA DE MULTA. INADIMPLEMENTO. ÓBICE À EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ART. 5º, XLVI, “c”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RESSALVA. IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTO. DEMONSTRAÇÃO. INTEPRETAÇÃO CONFORME. PARCIAL PROVIMENTO.

1. A alteração legislativa implementada no art. 51 do Código Penal, pela Lei nº 13.964/2019, não desnaturou a pena de multa, que permanece dotada do caráter de sanção criminal, a teor do art. 5º, XLVI, ‘c’, da Constituição da República.

2. Esta Suprema Corte, ao julgamento da ADI 3.150, igualmente veiculada contra o art. 51 do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 9.268/1996, pacificou o entendimento de que a pena de multa, embora considerada dívida de valor, não perde a sua natureza de sanção criminal.

3. É constitucional condicionar o reconhecimento da extinção da punibilidade ao efetivo pagamento da pena de multa - conjuntamente cominada com a pena privativa de liberdade -, ressalvada a hipótese em que demonstrada a impossibilidade de pagamento da sanção patrimonial.

4. Pedido provido parcialmente para conferir, ao art. 51 do Código Penal, interpretação conforme à Constituição da República, no sentido de que, cominada conjuntamente com a pena privativa de liberdade, o inadimplemento da pena de multa obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade,

salvo comprovada impossibilidade de seu pagamento, ainda que de forma parcelada.”

Inicialmente, constou o seguinte dispositivo no voto do Ministro Relator Flávio Dino:

“Provejo parcialmente o pedido, para conferir, ao art. 51 do Código Penal, interpretação conforme à Constituição da República, no sentido de que, cominada conjuntamente com a pena privativa de liberdade, o inadimplemento da pena de multa obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade, salvo comprovada impossibilidade de seu pagamento, ainda que de forma parcelada.”

É o breve relatório.

O artigo 51 do Código Penal tem 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. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º - (Revogado pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

§ 2º - (Revogado pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)”

A respeito desse dispositivo, ainda sob a redação da Lei 9.268/1996, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

“Execução penal. Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Pena de multa. Legitimidade prioritária do Ministério Público. Necessidade de interpretação conforme. Procedência parcial do pedido. **1. 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, XLVI, c, da Constituição Federal.** 2. Como consequência, a legitimação prioritária para a execução da

multa penal é do Ministério Público perante a Vara de Execuções Penais. 3. Por ser também dívida de valor em face do Poder Público, a multa pode ser subsidiariamente cobrada pela Fazenda Pública, na Vara de Execução Fiscal, se o Ministério Público não houver atuado em prazo razoável (90 dias). 4. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga parcialmente procedente para, conferindo interpretação conforme à Constituição ao art. 51 do Código Penal, explicitar que a expressão 'aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição', não exclui a legitimação prioritária do Ministério Público para a cobrança da multa na Vara de Execução Penal. Fixação das seguintes teses: (i) O Ministério Público é o órgão legitimado para promover a execução da pena de multa, perante a Vara de Execução Criminal, observado o procedimento descrito pelos artigos 164 e seguintes da Lei de Execução Penal; (ii) Caso o titular da ação penal, devidamente intimado, não proponha a execução da multa no prazo de 90 (noventa) dias, o Juiz da execução criminal dará ciência do feito ao órgão competente da Fazenda Pública (Federal ou Estadual, conforme o caso) para a respectiva cobrança na própria Vara de Execução Fiscal, com a observância do rito da Lei 6.830/1980."(ADI 3150/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 6/8/2019; grifei)

Portanto, no citado precedente vinculante, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que (i) a pena de multa manteve a sua natureza penal; e (ii) o Ministério Público é o legitimado para promover a execução da pena de multa perante o Juiz da execução criminal.

Apesar disso, nestes autos não se discute a natureza da pena de multa, a legitimidade ou a competência para a execução. No caso discute-se se a extinção da punibilidade da pena pode ser deferida sem o pagamento das obrigações pecuniárias.

É importante observar que dispõe o Código Penal:

“ Art. 32 - As penas são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - privativas de liberdade;

II - restritivas de direitos;

III - de multa.”

É certo que a pena restritiva de direitos, em alguns casos, pode ser convertida em pena privativa de liberdade (art. 77, § 4º, do Código Penal). No entanto, em nenhum caso a pena de multa pode ser convertida em pena privativa de liberdade. Isso denota que, apesar do seu caráter penal, a multa tem um regime próprio previsto na lei, distinto da pena privativa de liberdade.

A Lei de Execução Penal, por outro lado, afirma que “cumprida a pena”, o condenado será posto em liberdade:

“Art. 109. Cumprida ou extinta a pena, o condenado será posto em liberdade, mediante alvará do Juiz, se por outro motivo não estiver preso.”

Portanto, a legislação infraconstitucional, apesar de considerar que a pena de multa tem natureza criminal, estabelece com nitidez a distinção das consequências do seu inadimplemento.

A multa, assim, é pena e deve ser cobrada de quem tem condições para o pagamento. Por esse motivo, o Ministro Luís Roberto Barroso asseverou:

“[...] 15. Em matéria de criminalidade econômica, a pena de multa há de desempenhar papel proeminente. Mais até do que a pena de prisão – que, nas condições atuais, é relativamente breve e não é capaz de promover a ressocialização –, cabe à multa o papel retributivo e preventivo geral da pena, desestimulando, no próprio infrator ou em infratores potenciais, a conduta estigmatizada pela legislação penal. Por essa razão, sustentei no julgamento da Ação Penal 470 que a multa deveria ser fixada com seriedade, em parâmetros razoáveis, e que seu pagamento fosse efetivamente exigido.” (ADI 3150/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 6/8/2019)

Por outro lado, impedir a extinção da punibilidade e a reabilitação

do apenado hipossuficiente perante a sociedade é contraproducente e incompatível com a dignidade humana (art. 1º, III, da Constituição Federal).

É importante observar a realidade das Varas Criminais e de Execução Penal. Os apenados normalmente são pessoas de baixa renda:

“É importante lembrar que a maior parte da população em cumprimento de pena privativa de liberdade no país é formada por pessoas negras, de baixa renda e, em geral, com baixíssima ou sem qualquer escolaridade. Entre as pessoas encarceradas, poucas exercem atividade com remuneração. 44,61% de homens encarcerados e 19,84% de mulheres em cumprimento de pena privativa de liberdade realizam trabalho na prisão sem receber qualquer remuneração. Entre as pessoas remuneradas, 47,3% recebem até um salário mínimo. E 7,93% chegam a receber dois salários mínimos, conforme dados do Sisdepen (no período de janeiro a junho de 2023). Como destacam André Ferreira e Juliana Costa Hashimoto Bertin (2021, p. 141), na ADPF nº 336/2021, o STF julgou recepcionado pela Constituição o artigo 29 da Lei de Execuções Penais, que autoriza a fixação do salário mínimo da pessoa encarcerada abaixo do mínimo legal constitucional.” (SENAPPEN. *Estudo sobre a pena de multa no Brasil. Inadimplemento e seus efeitos para a reintegração social de pessoas egressas do sistema prisional*. Brasília, 2023, p. 15)”

O pagamento da pena de multa não pode ser exigida de pessoas em estado de pobreza sob pena de criar uma injustificável desigualdade em relação aos apenados com condições de adimplemento. Tal debate encontra ressonância também no direito comparado:

“[...] os sistemas de justiça criminal em todo o mundo estão repletos de sanções econômicas que punem desproporcionalmente os pobres. No entanto, esta questão tem recebido relativamente pouca atenção a nível internacional, talvez devido à ausência de proibições específicas contra multas excessivas nos tratados internacionais de direitos humanos. [...] O mundo precisa de sistemas de justiça que tratam os indivíduos de forma justa, garantam a segurança pública e a prosperidade da comunidade e são financiados

equitativamente.” (Galbraith, Jean; AlMarri, Latifa; Bhati, Lisha; Brooks, Rheem; Green, Zachary; Hu, Margo, Irshaidat, Noor. *Poverty penalties as human rights problems*. The American Journal of International Law. Cambridge, Vol. 117:3, p. 440)

Por outro lado, no Brasil, além de prejudicar os mais pobres, a execução da pena de multa tem baixa taxa de satisfação justamente pelo perfil da população carcerária do país:

“Segundo informações do Departamento Estadual de Execução Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), entre fevereiro de 2020 e abril de 2022, há a indicação de pagamento da pena de multa em apenas 10% das execuções.

Nos outros 90% — ou seja, 240,2 mil execuções —, o valor seguia pendente, impedindo a extinção da punibilidade dos presos que já cumpriram sua pena corporal.” (Higídio, José. *STF começa a analisar possibilidade de extinção de punibilidade sem pagamento de multa*. 15/3/2024, Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2024-mar-15/stf-comeca-a-julgar-possibilidade-de-extincao-da-punibilidade-sem-pagamento-da-multa/>; acesso em 18/3/2024)

A Defensoria Pública da União, *amicus curiae*, argumenta, nessa direção:

“Dados do SISDEPEN revelam que o Brasil possui uma população carcerária de 832.295 pessoas, cujos crimes de maior incidência são, como já referido, delitos contra o patrimônio (40%) e tráfico de drogas (27%), que juntos totalizam 67% das incidências penais no país - ambos sujeitos à incidência de multa.

Para estas tipificações penais, considerado o valor do salário mínimo nacional fixado em R\$ 1.320,007, o valor da pena de multa para delitos cometidos neste mês de agosto de 2023 pode variar conforme a tabela a seguir - sem considerar a possibilidade de triplicação:

[...]

Estes montantes são extremamente elevados se for considerada a renda média da população brasileira (R\$ 2.921,00 entre abril e junho de 2023), o elevado nível de desigualdade que afeta o país e, especialmente, a realidade de nossa

população prisional – sendo de se mencionar que, no ano de 2022, somente 19% da população carcerária estava inserida em programas de laborterapia - sendo certo que nem todos os presos beneficiados com oportunidades de trabalho recebem remuneração pela atividade.

[...]

Nessa linha, a execução de multa penal em face de pessoas hipossuficientes, além de inócua - em razão da incapacidade financeira dos condenados, acaba por gerar gastos desnecessários ao poder público, que passa a tramitar inúmeros processos de execução inevitavelmente infrutíferos. No estado de São Paulo, por exemplo, segundo reportagem do G111 publicada em 23 de setembro de 2021, por Andreza Oliveira – TV Globo – São Paulo, apenas 1% dos ex-detentos do estado a quem foi imposta multa penal conseguiu pagar o valor no último ano (2020). ‘Segundo dados do Tribunal de Justiça de São Paulo, a pena de multa fixada em 40.518 processos, foi cumprida apenas em 409.’” (doc. eletrônico 36, pp. 6-9; grifei)

Na mesma linha, pelo reconhecimento da hipossuficiência notória do apenado, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) determina, por exemplo, que, em caso de pessoas em situação de rua, a punibilidade deve ser extinta tão logo cumprida a pena privativa de liberdade, independentemente do pagamento da multa:

“Art. 29. Deverá ser observada a vulnerabilidade decorrente da situação de rua no momento de aplicação da pena, evitando-se a aplicação da pena secundária de multa.

Parágrafo único. No curso da execução criminal, cumprida a pena privativa de liberdade e verificada a situação de rua da pessoa egressa, deve-se observar a possibilidade de extinção da punibilidade da pena de multa.” (Resolução 425/2021, grifei)

Portanto, nesse caso, em favor do apenado em situação de rua, há uma situação particular que deve ser observada. Não há como exigir prova a respeito da hipossuficiência, inclusive porque, na prática, o apenado muitas vezes sequer consegue ser localizado por seu Defensor.

Em tema análogo, o Supremo Tribunal Federal, atento a essa realidade de baixa eficiência na cobrança de valores pela Fazenda Pública,

decidiu que deve haver critério para o processamento das execuções fiscais no Poder Judiciário (RE 1355208/SC, Tema 1184/RG, Min. Cármen Lúcia, j. 19/12/2023).

Assim, é importante que se permita ao juiz da execução, de forma fundamentada e sempre sujeita ao controle recursal, concluir pela insuficiência de recursos do apenado, diante das informações presentes nos autos que reflitam essa realidade - para que seja possível a extinção da punibilidade e também o arquivamento da execução da pena de multa, evitando trabalho ineficiente do Poder Judiciário.

Noto que a mesma questão também vem sendo debatida no Superior Tribunal de Justiça. A respeito do assunto, o Tema 931 do STJ passou por três revisões de entendimento, sendo que atualmente se entende que:

“O inadimplemento da pena de multa, após cumprida a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, não obsta a extinção da punibilidade, ante a alegada hipossuficiência do condenado, **salvo se diversamente entender o juiz competente, em decisão suficientemente motivada, que indique concretamente a possibilidade de pagamento da sanção pecuniária.**” (REsp n. 2.024.901/SP, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 28/2/2024, DJe de 1/3/2024; grifei).

Ou seja, para o STJ, uma vez verificada a hipossuficiência do apenado, a regra será a extinção da punibilidade ainda que inexista o pagamento da multa. Caso contrário, deverá haver uma decisão fundamentada pelo juízo competente.

Tal solução, entendo, é mais consentânea com o objetivo da ressocialização e com a realidade da população carcerária brasileira e, ainda, com a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CF/88, art. 1º, III). Também parece estar mais alinhada com a busca da eficiência do serviço judiciário que emerge da garantia prevista no art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República.

Assim, diante do reajuste do voto do eminente Relator Ministro Flávio Dino, a partir do voto parcialmente divergente que apresentei em 18/3/2024, acompanho integralmente sua Excelência.

É como voto.