

# Perda de Bens e Multa Substitutiva

ROBERTO DELMANTO,

ROBERTO DELMANTO JUNIOR e FABIO M. DE ALMEIDA DELMANTO

**V**isando deixar a aplicação das penas privativas de liberdade — geradoras de tantos males — para os crimes mais graves, a Lei nº 9.714/98 ampliou as penas restritivas de direitos.

Em que pese a louvável intenção do legislador, tem essa lei suscitado algumas controvérsias.

Uma delas refere-se à **perda de bens e valores**, instituída pelos novos arts. 43, II e 45, § 3º, do Código Penal, *verbis*:

"Art. 43. As penas restritivas são:

...

II — perda de bens e valores;

...

Art. 45.

...

§ 3º. A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto — o que for maior — o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime".

Dispõe o art. 5º, XLV, da Constituição da República que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido".

Para **Luiz Flávio Gomes**, a perda de bens mencionada pelos arts. 43, II e 45, § 3º, do Código Penal pode ser estendida aos sucessores, tratando-se de uma exceção constitucional ("Penas e Medidas Alternativas à Prisão", ed. RT, 1999, p. 138).

Em que pese a opinião sempre respeitável desse eminente autor, não é este, *data venia*, o nosso entendimento.

A perda de bens é modalidade de pena, prevista no art. 5º, XLVI, b, da *Magna Carta*, que dispõe: "a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: ... b) perda de bens".

Como tal, **jamais** poderá passar da pessoa do condenado, nos estritos termos da primeira parte do art. 5º, XLV, da CR/88.

O perdimento de bens constante da segunda parte deste último artigo da Constituição não se refere, a nosso ver, à pena de perda de bens e valores prevista nos novos arts. 43, II e 45, § 3º, do CP, mas sim ao **efeito extrapenal genérico da condenação**, disciplinado pelo art. 91, II, b, do CP, que estabelece:

"Art. 91. São efeitos da condenação:

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

...

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constituía proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso".

Sendo a perda de bens e valores, instituída pela Lei nº 9.714/98, modalidade de sanção

penal, é ela "pessoal, individuada, intransferível, adstrita à pessoa do delinqüente"; "a morte do condenado rompe o vínculo jurídico entre o Estado-condenador e o morto-réu", e "a família, quanto aos descendentes, ascendentes e colaterais, não fica sob a incidência da pena, exaurida para sempre com a morte do réu" (**J. Cretella Júnior**, "Comentários à Constituição 1988", 3ª ed., Forense Universitária, vol. I, p. 497).

Já a perda de bens mencionada pelo art. 91, II, b, do CP é **efeito civil** e não penal da condenação (STF, RTJ 101/516), podendo, portanto, ser estendida aos sucessores e contra eles executada, nos termos da segunda parte do art. 5º, XLV, da CR/88.

Outra questão polêmica surgida com a Lei nº 9.714/98 diz respeito à **multa substitutiva** prevista no art. 60, § 2º, do Código Penal.

**"A perda de bens é modalidade de pena, prevista no art. 5º, XLVI, b, da Magna Carta, que dispõe: 'a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: ... b) perda de bens'. Como tal, jamais poderá passar da pessoa do condenado, nos estritos termos da primeira parte do art. 5º, XLV, da CR/88."**

Não obstante douts posições em contrário, pensamos que o novo art. 44, inc. I, do Código Penal, que prevê a substituição da pena privativa de liberdade não superior a quatro anos se o crime doloso não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, **não revogou tacitamente** o art. 60, § 2º, do estatuto penal repressivo. Este continua a ser aplicado para os crimes dolosos cometidos **com violência ou grave ameaça à pessoa, desde que a pena aplicada não seja superior a seis meses**. Isto porque o § 2º do art. 60 só requer a observância dos incisos II e III do art. 44 e não a do mencionado inciso I. Assim, uma lesão corporal leve (art. 129, *caput*), cuja pena é de detenção de três meses a um ano, se fixada em até seis meses, ou uma ameaça (art. 147, *caput*), cuja pena é de detenção de um a seis meses, apesar de cometidas com violência no primeiro caso e com ameaça (que a jurisprudência exige seja grave) no segundo, poderão ter suas penas privativas de liberdade substituídas por multa com base no art. 60, § 2º. O mesmo se diga para os crimes dolosos praticados **sem** violência ou grave ameaça à pessoa, ou, ainda, para os crimes culposos, nos quais a pena fixada não seja superior a seis meses, por questão de equidade.

**Coexistem**, por outro lado, o atual § 2º do art. 44 com o § 2º do art. 60 do Código Penal. Enquanto o § 2º deste último artigo dispõe que "a pena privativa de liberdade aplicada, não superior a seis meses, pode ser substituída pela de multa", a primeira parte do novo § 2º do art. 44, instituído pela Lei nº 9.714/98, prevê que "na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos". Desta feita, poderão ocorrer duas situações: a) não sendo a pena privativa de liberdade imposta superior a seis meses, aplica-se o § 2º do art. 60, pois a substituição por pena de multa nele prevista é **mais benéfica** do que a substituição por multa ou pena restritiva de direitos estipulada pela primeira parte do atual art. 44, § 2º. Isto porque, ao contrário do que ocorre com as penas restritivas de direitos (art. 44, § 4º), a pena de multa não mais pode ser convertida em pena privativa de liberdade (cf. art. 51 do CP, com redação dada pela Lei nº 9.268/96); b) sendo a pena privativa de liberdade imposta superior a seis meses, mas igual ou inferior a um ano, aplica-se a primeira parte do novo art. 44, § 2º.

No sentido de que o § 2º do art. 60 não foi revogado, embora criticando a sua convênção com o novo preceito do § 2º do art. 44, é também a abalada doutrina de **Miguel Reale Júnior** ("Mens legis insana, corpo estranho", in "Penas Restritivas de Direitos", ed. RT, 1999, p. 40).

Haverá, ainda, **retroatividade** dos novos incisos II e § 3º do art. 44, na hipótese de aplicação do § 2º do art. 60. Enquanto o antigo inciso II do art. 44, ao qual o art. 60, § 2º, faz remissão, exigia que o condenado não fosse **reincidente** para obter a substituição da pena privativa de liberdade, o novo inciso II do art. 44 requer apenas que ele não seja **reincidente em crime doloso**, permitindo ainda o atual § 3º do mesmo artigo a substituição no caso de **reincidência genérica em crime doloso, se socialmente recomendável**. Sendo os novos incisos II e § 3º do art. 44 **mais benéficos**, no que se refere à aplicação do art. 60, § 2º deverão retroagir para os fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 9.714, de 25.11.98, quando a pena privativa de liberdade fixada for igual ou inferior a seis meses. Ou seja, para a aplicação do art. 60, § 2º, bastará, nesta hipótese, que o condenado não seja **reincidente específico em crime doloso** e que a substituição seja **socialmente recomendável**.

Saliente-se aqui que o § 2º do art. 60 exige **somente** a observância dos "critérios dos incisos II e III do art. 44", *v.g.*, a não-reincidência em crime doloso e que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indiquem que a substituição é suficiente.

Todavia, se para uma condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos (art. 44, § 2º, primeira parte), **ainda** que o condenado seja **reincidente genérico em crime doloso, desde que socialmente recomendável** (art. 44, § 3º), por equidade o **mesmo critério** deve ser aplicado na substituição de condenação não superior a seis meses por multa (art. 60, § 2º).

Os autores são advogados criminalistas em São Paulo