

17/12/2014

PLENÁRIO

**AG.REG. NA PROGRESSÃO DE REGIME NA EXECUÇÃO PENAL 22 DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. ROBERTO BARROSO**  
**AGTE.(S)** : **JOÃO PAULO CUNHA**  
**ADV.(A/S)** : **FREDERICO DONATI BARBOSA**

EMENTA: EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DEVOLUÇÃO DO PRODUTO DO ILÍCITO. 1. É constitucional o art. 33, § 4º, do Código Penal, que condiciona a progressão de regime, no caso de crime contra a Administração Pública, à reparação do dano ou à devolução do produto do ilícito. 2. Tendo o acórdão condenatório fixado expressamente o valor a ser devolvido, não há como se afirmar não se tratar de quantia líquida. 3. A alegação de falta de recursos para devolver o dinheiro desviado não paralisa a incidência do art. 33, § 4º, do Código Penal. O sentenciado é devedor solidário do valor integral da condenação. 4. Na hipótese de celebração de ajuste com a União para pagamento parcelado da obrigação, estará satisfeita a exigência do art. 33, § 4º, enquanto as parcelas estiverem sendo regularmente quitadas. 5. Agravo regimental desprovido.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio, que lhe dava provimento e assentava a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 do Código Penal. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux.

Brasília, 17 de dezembro de 2014.

**MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - RELATOR**

17/12/2014

PLENÁRIO

**AG.REG. NA PROGRESSÃO DE REGIME NA EXECUÇÃO PENAL 22 DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. ROBERTO BARROSO**  
**AGTE.(S)** : **JOÃO PAULO CUNHA**  
**ADV.(A/S)** : **FREDERICO DONATI BARBOSA**

## RELATÓRIO

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):**

1. Trata-se de agravo regimental interposto por João Paulo Cunha contra decisão monocrática de minha lavra que indeferiu o pedido de progressão para o regime prisional aberto.

### **I. FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA**

2. Em 1º.12.2014, deixei de conceder o regime prisional aberto ao ora sentenciado com apoio nos fundamentos que passo a resumir:

a) o apenado deixou de cumprir condição específica enunciada no art. 33, § 4º, do Código Penal, *verbis*: “Art. 33 – A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. § 4º O condenado por crime contra a 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.”

b) o acórdão exequendo explicitou o valor do dano causado pelo sentenciado à administração pública em decorrência do crime de peculato: R\$ 536.440,55 (quinhentos e trinta e seis mil, quatrocentos e quarenta reais e cinquenta e

**EP 22 PROGREG-AGR / DF**

cinco centavos);

3. Não obstante o indeferimento da progressão de regime, oficiei à Advocacia-Geral da União para que fossem prestadas as seguintes informações: a) como deve proceder o requerente para recolher espontaneamente o valor que foi condenado a restituir, para os fins do art. 33, § 4º, do Código Penal; e b) as providências que tenham sido tomadas para o cumprimento do capítulo da decisão que condenou o requerente à restituição de R\$ 536.440,55.

**II. FUNDAMENTOS DO AGRAVO REGIMENTAL**

4. Ao impugnar a decisão, o agravante aponta os seguintes argumentos:

a) o recorrente não possui numerário disponível, tampouco imediato para solver *in totum* a reparação exigida;

b) a dívida de natureza cível não pode impedir a progressão de regime, tendo em vista que o art. 33, § 4º, do Código Penal viola o art. 5º, inciso XLV, da CF/88<sup>1</sup>;

c) embora a matéria tenha sido enfrentada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de embargos declaratórios, faz-se imprescindível a análise da constitucionalidade do art. 33, § 4º, do Código Penal por esta Corte;

d) o acórdão exequendo não individualiza a quota-parte de cada um dos quatro condenados no capítulo objeto da reparação aqui discutida (item III.1 da denúncia), tornando ilíquido o valor devido;

e) outros sentenciados da AP 470 também foram condenados por crime contra a administração pública e,

---

1 “XLV - 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;”

**EP 22 PROGREG-AGR / DF**

justamente pela falta de liquidação da reparação do dano, alcançaram a progressão no regime;

5. Com essa argumentação, a defesa postula o provimento deste agravo regimental para o fim de conceder a João Paulo Cunha a progressão de regime prisional. Para tanto, o apenado: i) declara a “*sua impossibilidade financeira – sem prejuízo da própria subsistência e da família – de reparar o valor de R\$ 536.440,55*”; ii) autoriza a quebra de seu sigilo bancário e fiscal nos últimos 30 (trinta) anos.

**III. INFORMAÇÃO DA AGU**

6. A Advocacia-Geral da União prestou informações detalhadas sobre a forma como deve proceder o agravante para o recolhimento espontâneo da quantia correspondente à reparação do dano ao erário e, ao mesmo tempo, requereu cópia de documentos da AP 470 para o oportuno ajuizamento da cobrança judicial.

**IV. PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

7. O Procurador-Geral da República opinou pelo desprovimento do agravo regimental.

8. Antes de concluir este relatório, anoto que João Paulo Cunha requereu, por meio da petição nº 59.704/2014, o parcelamento da dívida fixada a título de reparação do dano, em analogia ao art. 50 do Código Penal<sup>2</sup>, nos seguintes termos:

---

2 “Art. 50 - A multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais. § 1º - A cobrança da multa pode efetuar-se mediante desconto no vencimento ou salário do condenado quando: a) aplicada isoladamente; b) aplicada

**EP 22 PROGREG-AGR / DF**

“[...] Assim é que, considerada a divisão pro rata enquanto alternativa que objetará o locupletamento indevido do Poder Público, soa razoável que – para fins, ao menos, de alcance do regime aberto – cada um dos 4 (quatro) sentenciados nesse capítulo do v. acórdão arque com o valor de R\$ 134.110,13...vale dizer, o resultado da divisão de R\$ 536.440,55 pelos 4 (quatro) condenados, aí não incluída – por ora – a correção monetária. Esse o contexto, o sentenciado se propõe – sem prejuízo, há de ser enfatizado, do julgamento do agravo regimental – a dividir o montante em 60 (sessenta) parcelas mensais e de igual valor, ou seja, R\$ 2.235,11...com primeiro pagamento imediato...”

9. É o relatório.

---

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.”

17/12/2014

PLENÁRIO

**AG.REG. NA PROGRESSÃO DE REGIME NA EXECUÇÃO PENAL 22 DISTRITO FEDERAL**

V O T O

EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DEVOLUÇÃO DO PRODUTO DO ILÍCITO. 1. É constitucional o art. 33, § 4º, do Código Penal, que condiciona a progressão de regime, no caso de crime contra a Administração Pública, à reparação do dano ou à devolução do produto do ilícito. 2. Tendo o acórdão condenatório fixado expressamente o valor a ser devolvido, não há como se afirmar não se tratar de quantia líquida. 3. A alegação de falta de recursos para devolver o dinheiro desviado não paralisa a incidência do art. 33, § 4º, do Código Penal. O sentenciado é devedor solidário do valor integral da condenação. 4. Na hipótese de celebração de ajuste com a União para pagamento parcelado da obrigação, estará satisfeita a exigência do art. 33, § 4º, enquanto as parcelas estiverem sendo regularmente quitadas. 5. Agravo regimental desprovido.

1. São as seguintes as questões pendentes de solução, que

**EP 22 PROGREG-AGR / DF**

submeto ao Plenário:

- I. Liquidez ou não do valor a ser devolvido pelo sentenciado, nos termos do art. 33, § 4º, do Código Penal;
- II. Constitucionalidade ou não do art. 33, § 4º, do Código Penal;
- III. Alegação de impossibilidade de pagamento, divisão e parcelamento o valor devido.

2. Enfrento cada uma delas em capítulos autônomos.

**I. DA LIQUIDEZ DO VALOR A SER DEVOLVIDO PELO SENTENCIADO, QUE FOI EXPRESSAMENTE FIXADO NO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO**

3. A denúncia oferecida pelo Ministério Público imputou ao apenado o desvio de R\$ 536.440,55. Posteriormente, em alegações finais, o *Parquet* apontou como valor desviado a quantia de R\$ 1.077.857,81. O acórdão, da lavra do então relator, Min. Joaquim Barbosa, deixou de fixar o valor da reparação dos danos, como previsto no art. 387, IV, do Código de Processo Penal<sup>1</sup>, pelos seguintes fundamentos:

“A extrema complexidade dos fatos e a intensa imbricação dos crimes praticados pelos condenados torna, a meu sentir, inviável essa fixação, de forma segura, de um valor, ainda que mínimo, para a reparação dos danos causados pelos delitos praticados por cada um dos réus desta ação penal”.

4. A matéria, todavia, foi reapreciada pelo Plenário em embargos de declaração opostos pela defesa, que alegou, entre outras questões:

---

1 “Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: [...] IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.”

**EP 22 PROGREG-AGR / DF**

**“(3) [R]elativamente à condenação pela prática do crime de peculato, o embargante alega que teria havido omissão e dúvida no acórdão condenatório, por não ter definido o quantum exato do desvio, sustentando que o tema é de extrema importância, tendo em vista as consequências que poderia acarretar na progressão do regime de cumprimento da pena de prisão, à luz do artigo 33, § 4º do CP;”.**

5. Os embargos de declaração foram acolhidos nessa parte, nos termos de divergência inaugurada pelo Ministro Dias Toffoli (acompanhado, posteriormente, pelo relator, que reajustou o voto). Ficou então consignado que o valor enunciado na denúncia (R\$ 536.440,55), e não o que constou das alegações finais (R\$ 1.077.857,81), seria considerado para os fins do art. 33, § 4º, do Código Penal. Reproduzo o voto do Min. Dias Toffoli nas partes relevantes para os fins aqui visados:

**“[...] Senhor Presidente, apenas uma pequena divergência quanto ao valor do desvio, no caso do peculato. No tocante ao delito do peculato, afirma o embargante [João Paulo Cunha] que há omissão quanto ao montante pelo qual foi condenado. Aduz, nas alegações finais apresentadas em seu prol, com relação à imputação de peculato, que, no caso da SMP&B, a denúncia narra que o valor do desvio praticado por ele era de R\$ 536.440,55 (quinhentos e trinta e seis mil quatrocentos e quarenta reais e cinquenta e cinco centavos). Então, na denúncia, constou esse valor. Diz o embargante que, em suas alegações finais, o Parquet, após analisar os pagamentos efetuados no curso do contrato número tal, chegou ao valor desviado de R\$ 1.077.857,81 (um milhão, setenta e sete mil oitocentos e cinquenta e sete reais e oitenta e um centavos). A esse respeito, esclarece o embargante que o Parquet não teria aditado a inicial e que só nas alegações finais teria veiculado o acréscimo ao valor do peculato-desvio. Entende que esse fato tem relevo penal para a definição da materialidade do crime, bem como efeitos para a progressão do regime da pena a ser**



**EP 22 PROGREG-AGR / DF**

**eventualmente cumprida, pois o art. 33, § 4º, do Código Penal condiciona a progressão do condenado à reparação do dano que causou , ou à devolução do produto do ilícito praticado com os acréscimos legais.** Nesse aspecto, eu entendo que há razão ao embargante. É que consta da denúncia que o embargante teria desviado quinhentos e trinta e seis mil quatrocentos e quarenta reais e cinquenta e cinco centavos oriundos do contrato 2003/204.0, em proveito da empresa SMP&B e em prejuízo da Câmara dos Deputados. Todavia, em sede de alegações finais, o Parquet afirmou que, não obstante tenha se referido ao montante mencionado na denúncia, a partir da análise do laudo 1.947/2009-INC, verificou que o desvio havia sido, de fato, de R\$ 1.077.857,81 (um milhão, setenta e sete mil oitocentos e cinquenta e sete reais e oitenta e um centavos). Com efeito, o fato de o valor indicado em sede de alegações finais não ter sido objeto de aditamento da denúncia oferecida importa em cerceamento do direito de defesa do embargante para se manifestar sobre o ponto. Segundo o entendimento da Corte - cito o HC 71.749/RS , da relatoria Ministro Francisco Rezek -, o aditamento proposto pelo Ministério Público trouxe à cena fato novo. Devia ter sido garantido ao acusado, portanto, o direito à notificação, de modo a propiciar a elaboração de uma eventual resposta escrita. **Diante desse quadro, entendo ser o caso de acolhimento, nessa parte, dos embargos, para esclarecer que o embargante [João Paulo Cunha] foi condenado, a título de peculato, pelo valor de R\$ 536.440,55 (quinhentos e trinta e seis mil quatrocentos e quarenta reais e cinquenta e cinco centavos), exatamente nos termos em que apresentada a denúncia.** Por isso, Senhor Presidente, nessa parte, divirjo de Vossa Excelência e acolho, em parte, os embargos de declaração....”.

6. Ainda inconformada, a defesa manejou novos embargos declaratórios, apontando a subsistência de contradição entre a ementa do acórdão e sua parte dispositiva<sup>2</sup>. Estes novos embargos, visando à precisa

---

2 Para tanto, requereu fossem “recebidos e acolhidos os

**EP 22 PROGREG-AGR / DF**

definição do *quantum* a que fora condenado João Paulo Cunha pelo crime de peculato, foi acolhido nessa parte, uma vez mais. Pela clareza, reproduzo o voto proferido pelo revisor, Min. Ricardo Lewandowski, hoje eminente Presidente da Corte, que acompanhou o relator nos seguintes termos:

“[...] Trata-se de segundos embargos declaratórios opostos por JOÃO PAULO CUNHA contra acórdão proferido nos autos da AP 470/MG.

**I ALEGADA CONTRADIÇÃO ENTRE A EMENTA E O DISPOSITIVO DO ACÓRDÃO**

O embargante sustenta, de início, que esta Corte, por ocasião do julgamento dos embargos de declaração na repercussão geral no RE 642.682/SP, entendeu serem oponíveis embargos declaratórios para sanar contradição existente entre a ementa e a parte dispositiva do acórdão. Alega que, no julgamento dos embargos declaratórios opostos pelo embargante, ficou consignado na parte dispositiva do acórdão que o Tribunal teria acolhido em parte os embargos, a fim de estabelecer, para fins penais quanto ao delito de peculato, que o valor válido a ser considerado seria o apontado na denúncia, ou seja, R\$ 536.440,55 (quinhentos e trinta e seis mil, quatrocentos e quarenta reais e cinquenta e cinco centavos). Entretanto, contraditoriamente, teria constado na ementa, por duas vezes, que os embargos foram rejeitados e que não haveria omissão a ser suprida com relação ao valor do peculato. Pede, desse modo, o acolhimento dos embargos para se corrigir a contradição apontada, ou, caso se entenda tratar-se de erro material, requer o conhecimento e provimento dos embargos a

---

*embargos de declaração para [...] corrigir-se a contradição existente entre a ementa e a parte dispositiva do v. acórdão recorrido, fazendo constar da primeira que os Embargos eram cabíveis e foram parcialmente providos [...] e para o [...]fim de alterar a parte dispositiva do acórdão recorrido a fim de que se esclareça que o valor devido PARA FINS do § 4º do artigo 33 do Código Penal é o de R\$ 536.440,55...” (trecho do relatório dos ED-ED-AP 470).*

**EP 22 PROGREG-AGR / DF**

fim de sanar o erro.

**II DA OBSCURIDADE NA PARTE DISPOSITIVA DO ACÓRDÃO**

Nesse tópico, que, na verdade, é um desdobramento do primeiro, alega-se obscuridade na parte dispositiva do acórdão.

O embargante argumenta não ser compreensível o significado da expressão sem prejuízo do § 4º do artigo 33 do Código Penal ao final da parte dispositiva. Afirma que a presença de tal expressão gera dúvida quanto ao valor a ser considerado: se R\$ 536.440,55 (quinhentos e trinta e seis mil, quatrocentos e quarenta reais e cinquenta e cinco centavos) ou o montante de R\$ 1.077.857,81 (um milhão, setenta e sete mil, oitocentos e cinquenta e sete reais e oitenta e um centavos).

Pede, assim, o acolhimento dos embargos para que se esclareça que o valor devido para os fins do § 4º do art. 33 do Código Penal é de R\$ 536.440,55 (quinhentos e trinta e seis mil, quatrocentos e quarenta reais e cinquenta e cinco centavos).

**III - EXAME DOS EMBARGOS**

Bem examinados os autos, verifico que assiste razão ao embargante.

De fato, a questão apontada pelo embargante é pertinente. Da leitura atenta do acórdão ora embargado, percebe-se que o Ministro Relator reajustou o voto para acompanhar a divergência aberta pelo Ministro Dias Toffoli e acolher parcialmente a insurgência do embargante. Há, portanto, a alegada contradição entre o dispositivo do acórdão e a respectiva ementa no tocante ao resultado do julgamento.

Dessa forma, os embargos devem ser acolhidos para determinar a correção da ementa, consignando-se o acolhimento parcial dos embargos.

Quanto ao segundo ponto, do mesmo modo, assiste razão ao recorrente. É necessário esclarecer que o valor estipulado no acórdão embargado, qual seja, o mesmo que constou da

**EP 22 PROGREG-AGR / DF**

denúncia, tem natureza de ordem penal, devendo ser observada a previsão do art. 33, § 4º, do Código Penal para fins de progressão de regime de cumprimento de pena.

O acolhimento nesse ponto também é de rigor, excluindo-se, assim, a expressão sem prejuízo do § 4º do artigo 33 do Código Penal ao final da parte dispositiva.

**IV CONCLUSÃO**

Isso posto, acolho integralmente estes embargos, nos termos do voto.”

7. Diante disso, restou fora de dúvida, em sucessivos pronunciamentos do Plenário, que o valor devido pelo apenado, para fins do art. 33, § 4º, do Código Penal, é de R\$ 536.440,55. Como consequência, não é possível acolher a tese da defesa no sentido de que seria ilíquido o valor devido pelo sentenciado a título de reparação do dano causado em decorrência do crime de peculato.

**II. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 33, § 4º DO CÓDIGO PENAL**

8. A primeira observação a ser feita é que durante a fase de conhecimento, nem a parte nem o Tribunal, em qualquer momento, cogitaram da inconstitucionalidade do § 4º do art. 33. O dispositivo foi incluído no Código Penal pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003, encontrando-se em vigor há mais de dez anos. Seja como for, nunca houve pronunciamento do Plenário a esse respeito, fato que por si só justifica a presente discussão.

9. O Código Penal (art. 33) e a Lei de Execução Penal (art. 110 e segs.) preveem e disciplinam três regimes diversos de cumprimento de penas privativas de liberdade: o fechado, o semiaberto e o aberto. Para cada uma dessas fases, o legislador definiu estabelecimentos penais próprios. Como regra geral, condenados com bom comportamento podem progredir de um regime para o outro após o cumprimento de um sexto da pena no regime anterior. Esta foi a regra que apliquei

**EP 22 PROGREG-AGR / DF**

imparcialmente a todos os que cumprem pena por força do acórdão na Ação Penal nº 470. Porém, no tocante aos crimes contra a Administração Pública – cujo capítulo é aberto pelo crime de peculato (CP, art. 312) –, o § 4º do art. 33 do Código Penal impõe uma exigência a mais para a progressão:

“§ 4º. O condenado por crime contra a 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”.

10. Circunstâncias brasileiras – como as limitações orçamentárias, a superlotação dos presídios e a existência de centenas de milhares de mandados de prisão à espera de cumprimento – fazem com que o sistema de cumprimento de penas e de progressão de regime entre nós seja menos severo do que o de outros países. Menos do que uma opção filosófica ou uma postura de leniência, trata-se de uma escolha política acerca da alocação de recursos, feita pelas instâncias representativas da sociedade e materializada na lei.

11. Todavia, em matéria de crimes contra a Administração Pública – como também nos crimes de colarinho branco em geral –, a parte verdadeiramente severa da pena, a ser executada com rigor, há de ser a de natureza pecuniária. Esta, sim, tem o poder de funcionar como real fator de prevenção, capaz de inibir a prática de crimes que envolvam apropriação de recursos públicos. A decisão que se tomar aqui solucionará não apenas o caso presente, mas servirá de sinalização para todo o país acerca da severidade com que devem ser tratados os crimes contra o erário.

12. Não vejo inconstitucionalidade no § 4º do art. 33, destacando dois argumentos para demonstração da minha tese. Em primeiro lugar, a devolução do produto do crime não é, em rigor, uma sanção adicional. Trata-se, como o texto da norma deixa claro, de simples

**EP 22 PROGREG-AGR / DF**

reparação do que foi desviado. Em segundo lugar, não é o direito fundamental à liberdade que está em questão, mas a obtenção de um benefício. Vale dizer: não se trata de manter alguém preso, após o cumprimento da pena privativa de liberdade, pelo fato de não haver pago a reparação devida. Isso não acontecerá. O que se discute é se a pena privativa de liberdade, que continuará a ser cumprida, deve se dar em regime mais favorável ou não.

13. Observo que o § 4º do art. 33 não é o único dispositivo previsto na legislação penal que tem na reparação do dano uma importante medida de política criminal. Ao contrário, basta uma rápida leitura dos principais diplomas penais brasileiros para constatar que a falta de reparação do dano: i) pode ser causa de revogação obrigatória do sursis; ii) impede a extinção da punibilidade ou mesmo a redução da pena, em determinadas hipóteses; iii) pode acarretar o indeferimento do livramento condicional e do indulto; iv) afasta a atenuante genérica do art. 65, III, “b”, do Código Penal, entre outros vários exemplos<sup>3</sup>.

---

3 . Código Penal

“Art. 9º - A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas conseqüências, pode ser homologada no Brasil para: I - obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis;” “Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços”. “Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:[...] III - ter o agente: [...] b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;” “Art. 81 - A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário: I - é condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso; II - frustra, embora solvente, a execução de pena de multa ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano;” “Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao

**EP 22 PROGREG-AGR / DF**

14. A esse propósito, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, em outras oportunidades, acerca da possibilidade de se impor a reparação de dano como condição para o deferimento de benefícios previstos na legislação penal. Registro alguns precedentes:

“A fixação do ressarcimento do dano como condição para o indulto não destoia da lógica de nosso sistema legal, que

---

condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: [...] IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração;” “Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa. § 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário. Peculato culposo § 2º - Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano. § 3º - No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta.”

---

Lei 9.099/1995

“Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). § 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na

**EP 22 PROGREG-AGR / DF**

estimula a composição dos prejuízos causados pelo delito, mesmo antes do seu julgamento definitivo (v.g., arts. 16 e 312, § 2º, do CP), sem conferir-lhe, no entanto, caráter de obrigatoriedade, mas apenas de pressuposto para o gozo de determinado benefício. (RHC 71.400, Rel. Min. Ilmar Galvão, Segunda Turma, Sessão de 07.06.1994).

“SUSPENSÃO DO PROCESSO – DECURSO DO PRAZO – IRRELEVÂNCIA. Uma vez verificada a ausência de reparação do dano, possível é a revogação da suspensão do processo, ainda que decorrido o prazo estipulado.” (HC 91.938, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, Sessão de 30.10.2007).

“HABEAS CORPUS . PENAL MILITAR. PROCESSO PENAL MILITAR. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REQUISITOS LEGAIS. REPARAÇÃO DO DANO E BONS ANTECEDENTES. NÃO PREENCHIDOS (...) INDEFERIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS CONHECIDO E INDEFERIDO”. (HC 83.137, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, Sessão de 19.08.2003).

“ESTELIONATO – REPARAÇÃO DO DANO –

---

presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;”

Decreto nº 8.173/2013:

“Art. 1º Concede-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais e estrangeiras:[...] XVI - condenadas por crime contra o patrimônio cometido sem grave ameaça ou violência à pessoa, desde que tenham cumprido um sexto da pena, se não reincidente, ou um quarto, se reincidente, e reparado o dano até 25 de dezembro de 2013, salvo inoccorrência de dano ou incapacidade econômica de repará-lo;”



**EP 22 PROGREG-AGR / DF**

APLICAÇÃO DO ARTIGO 9º DA LEI Nº 10.684/2003. A norma do artigo 9º da Lei nº 10.684/03 revela-se de natureza especial, guardando pertinência apenas em relação a tributo. **É impróprio evocá-la no tocante ao estelionato, quando a reparação do dano pode atrair causa de diminuição da pena – artigo 16 do Código Penal – ou atenuante – artigo 65 do mesmo diploma.** PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO. Mostra-se razoável decisão que refuta o regime aberto ante a reincidência e a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.” (HC 98.218, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, sessão de 12.04.2011).

15. Em todas essas situações, como visto, este Tribunal não cogitou de incompatibilidade ou mesmo de inconstitucionalidade em exigir a reparação do dano para o gozo de benefícios penais. E, embora não fosse esse o ponto central da controvérsia, a própria Segunda Turma desta Corte chegou a afirmar, em julgado recente, que a reparação do dano resultado de crime contra a Administração Pública é, sim, condição para a progressão de regime. Veja-se:

“Habeas Corpus. 2. Emendatio libelli (art. 383, CPP) em segunda instância mediante recurso exclusivo da defesa. Possibilidade, contanto que não gere reformatio in pejus , nos termos do art. 617, CPP. A pena fixada não é o único efeito que baliza a condenação, devendo ser consideradas outras circunstâncias para verificação de existência reformatio in pejus. 3 . A desclassificação do art. 155, § 4º, II, para o art. 312, § 1º , ambos do Código Penal, gera reformatio in pejus , visto que, nos crimes contra a Administração Pública, **a progressão de regime é condicionada à reparação do dano causado, ou à devolução do produto do ilícito (art. 33, § 4º, CP).** 4. Writ denegado nos termos em que requerido, mas, de ofício, concedido habeas corpus.” (HC 123.251, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Sessão de 02.12.2014).

**EP 22 PROGREG-AGR / DF**

16. Rejeito, assim, o argumento da inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 do Código Penal.

**III. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTO. DIVISÃO E PARCELAMENTO DO VALOR DEVIDO**

**III.1. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTO**

17. Não considero a alegação da impossibilidade de pagamento como capaz de impedir a aplicação do § 4º do art. 33 do Código Penal. Noto, de plano, que o argumento da prisão por dívida (CF, art. 5º, LXVII) não se aplica na espécie. Com efeito, não está em discussão a liberdade do sentenciado, mas o direito de progredir ou não para regime menos rigoroso. A pena privativa de liberdade subsiste em qualquer caso. Em segundo lugar, reiterando o já afirmado, o dever de restituir a quantia desviada não é uma sanção adicional, mas o mínimo a se exigir, sob pena de o crime compensar. Note-se bem: não se trata de um pagamento, mas de devolução. Em terceiro lugar, não impressiona a abertura do sigilo fiscal e bancário. Não é na declaração de bens e de rendimentos à Receita Federal que se vai encontrar o produto de peculato.

**III.2. DIVISÃO E PARCELAMENTO DO VALOR**

18. O sentenciado foi condenado, individualizadamente, ao pagamento do valor de R\$ 536.440,55. É certo que existem co-réus, nada impedindo que, eventualmente, rateiem entre si o pagamento devido. Nada obstante, devedores solidários como são<sup>4</sup>, o valor integral da dívida

---

4 . V. Código Civil, art. 942: “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. *Parágrafo único.* São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932”.

**EP 22 PROGREG-AGR / DF**

pode ser exigido de cada um.

19. Instada a se manifestar, informa a Advocacia-Geral da União:

a) o procedimento que deve seguir o sentenciado para pagamento espontâneo inclusive, por simplificação, fornecendo desde logo a guia para pagamento (GRU), no valor certo da condenação, e sem prejuízo da ulterior cobrança de correção monetária;

b) que não foi ajuizada até o momento ação de execução cível da decisão penal condenatória.

20. Embora se deva lamentar a não instauração da execução pela Fazenda, o fato é que sendo do sentenciado o interesse de quitar a dívida para o fim de progressão de regime, nos termos do art. 33, § 4º, do Código Penal, cabe a ele, espontaneamente, tomar as providências nesse sentido. A este propósito, e como regra, decisões judiciais devem ser cumpridas voluntariamente, sem necessidade de se aguardar a execução coercitiva. Em síntese: não tendo sido cobrado, mas sendo de seu interesse o pagamento célere, para fins de progressão, pode e deve fazê-lo espontaneamente. Para tanto, vem a Fazenda de expedir a competente guia.

21. Resta enfrentar, por fim, a questão do pedido de parcelamento. Faço a ressalva de que o sentenciado deve pagar o valor total. Pode, é certo, cotizar-se com os demais, por iniciativa própria. Mas a progressão de regime, que nesse momento beneficia somente ao agravante, não pode ser concedida sem a devolução do valor integral reconhecido pelo acórdão como tendo sido desviado.

22. Não vejo impedimento, contudo, a que o sentenciado firme com a União acordo de parcelamento, nos moldes que são adotados para outros devedores. Aplica-se aqui, por analogia, o art. 50 do Código Penal.

**EP 22 PROGREG-AGR / DF**

Nesse sentido, deverá a AGU, caso haja requerimento do sentenciado, tratar com a urgência cabível a solicitação que venha a ser formulada, comunicando a este relator, prontamente, eventual ajuste que seja firmado. A celebração do acordo e o pagamento regular das parcelas ajustadas importam em satisfação da exigência contida no art. 33, § 4º. Eventual descumprimento de ajuste sujeitará o sentenciado à regressão ao regime anterior.

**V. CONCLUSÃO**

23. Em conclusão de tudo que vem de ser exposto, fica assentado que:

A. O sentenciado somente tem direito a progressão de regime após o recolhimento do valor líquido de R\$ 536.440,55;

B. O §4º do art. 33 do Código Penal, incluído pela Lei 10.763, de 12.11.2003, é constitucional;

C. A alegação de falta de recursos para devolver o valor desviado não inibe a incidência do dispositivo legal reconhecido como constitucional, sob pena de o crime compensar. É relevante observar que não é a liberdade do sentenciado que é condicionada ao pagamento, mas tão somente a progressão para outro regime de cumprimento da condenação a pena privativa de liberdade.

D. O sentenciado é devedor do valor integral da condenação. Admite-se, porém, o parcelamento da dívida pela União, nos moldes aplicáveis aos demais devedores da Fazenda Pública.

24. É como voto.

**17/12/2014****PLENÁRIO****AG.REG. NA PROGRESSÃO DE REGIME NA EXECUÇÃO PENAL 22 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Senhor Presidente, acompanho integralmente o voto do Ministro Barroso, com uma observação em relação à liquidez do valor. Eu lembro que, quando foram julgados os embargos de declaração, ficou uma dúvida entre o valor que estava na peça acusatória e o valor que foi depois apurado pelo Ministério Público.

Naquela oportunidade, se estabeleceu que o valor mínimo para efeitos penais era esse que estava na petição inicial, de modo que há um valor mínimo perfeitamente líquido nesse sentido. Mas também se salientou, naquela oportunidade, que esse valor é mínimo, a significar que, apurados outros prejuízos, o credor correspondente poderia, pelos meios próprios, fazer a cobrança. A liquidez - e penso que o Ministro Barroso concorda com isso - a que se refere é quanto a esse valor mínimo.

De modo que, com essa brevíssima observação, eu o acompanho, inclusive quanto à constitucionalidade e demais pontos abordados por Sua Excelência.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)** - E é exatamente isso, Presidente. A própria AGU, ao expedir a guia, disse: Esse é o valor do principal, mas pode haver acréscimos, tanto monetários quanto, eventualmente, de uma ação que constate uma lesão maior.

De modo que não há divergência entre mim e o eminente Ministro Teori Zavascki.

**17/12/2014****PLENÁRIO****AG.REG. NA PROGRESSÃO DE REGIME NA EXECUÇÃO PENAL 22 DISTRITO FEDERAL****VOTO****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Senhor Presidente, tenho uma pequena e ligeira divergência quanto à posição do relator. Concordo com o eminente Relator quanto à higidez do dispositivo em face das garantias individuais, mas só anoto que essa leitura da progressão de regime deve ser feita de acordo com os mesmos requisitos que existem para o livramento condicional.

O art. 83 do Código Penal estabelece os requisitos para o livramento condicional. E o inciso IV, que não foi alterado por essa lei de 2003, estabelece que há a necessidade da reparação do dano, **salvo a comprovação da efetiva impossibilidade de fazê-lo**.

Nós estaríamos aplicando de maneira hígida, para a progressão do regime, a necessidade da reparação do dano. Estaríamos, então, diante de uma aporia: ele não pode ter a progressão do regime, Ministro **Gilmar**, mas, depois, poderá ter o livramento condicional, o **sursis**, se ele comprovar que não há a efetiva condição de fazê-lo.

Então, faço uma leitura conjugada dessa legislação, alterada em 2003, com o disposto no inciso IV do art. 83, de modo a admitir a possibilidade da progressão do regime, desde que, na forma da parte final do inciso IV do art. 83 do Código Penal, aquele que pleiteia o benefício venha efetivamente a comprovar a total impossibilidade de reparar o dano.

Voto, com uma ligeira divergência com o eminente Relator, pela constitucionalidade do dispositivo.

**17/12/2014****PLENÁRIO****AG.REG. NA PROGRESSÃO DE REGIME NA EXECUÇÃO PENAL 22 DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, tenho enormes dificuldades em conciliar a parte penal, no que envolvida a liberdade de ir e vir, com a que se pode apontar como cível, que é a referente à liquidação dos danos causados - e já se disse aqui que o Estado ainda não se movimentou para buscar, por meio próprio – que é o Judiciário –, essa reparação.

Não consigo conceber que se condicione a progressão no regime de cumprimento da pena à questão alusiva à reparação do dano. A pena envolve a liberdade de ir e vir. A reparação do dano pode até alcançar – e pela Constituição alcança, na extensão do benefício, direito dos sucessores – o patrimônio. A mesclagem é imprópria.

Reconheço que se deve atingir a parte mais sensível do corpo humano, que parece ser, ao que tudo indica no contexto vivenciado, o bolso, mas para chegar-se a esse resultado não se pode desconhecer princípios ligados à individualização da pena, em termos de recuperação, de ressocialização, de abrandamento no cumprimento, presente o instituto da progressão.

Há mais, Presidente: existe um sistema. Quanto ao livramento condicional, observa-se o afastamento de reparar o dano quando impossível patrimonialmente e não se observa quanto a instituto similar, como é o da progressão no cumprimento da pena alusiva à liberdade de ir e vir?

Guilherme de Souza Nucci teve oportunidade de ressaltar, em Código Penal Comentado, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, edição de 2012, que a exigência de reparação do dano ou devolução do produto do ilícito para progressão do regime – introduzida essa exigência pela Lei 10.763, de 12 de novembro de 2003 – se mostra um empecilho indevido à progressão de regime (...) digo, levando à manutenção do custodiado no regime mais gravoso, quando já atendidos os requisitos de

**EP 22 PROGREG-AGR / DF**

bom comportamento e de tempo para galgar a um regime que seja mais brando. E prossegue o autor: (...) seja obrigado a reparar previamente o dano causado ou devolver o produto do ilícito. Tal reclamo é, em nosso entender, inconstitucional e, além de tudo, de pouca utilidade.

Execute-se, Presidente. Tendo o custodiado patrimônio, que se leve à praça os bens que compõem esse patrimônio. Agora, simplesmente dizer-se que progredir depende da reparação do dano é proceder a mesclagem, sob meu olhar, imprópria, que contraria o sistema em termos de individualização da pena. Há outra articulação forte. Não concebo que, em se tratando de valor que alcance diversos réus, cogite-se de responsabilidade solidária, porque, caso o faça, estarei desprezando, sob o ângulo da reparação, o princípio da individualidade.

Peço vênia ao relator – e já não me imaginava a enfrentar incidentes desse tipo, porque pensei que fossem ficar com o Juízo da Vara de Execuções, mas, de qualquer forma, a matéria está colocada, houve decisão do relator – para prover o agravo, assentando a inconstitucionalidade do § 4º do artigo 33 do Código Penal, a alcançar, indiretamente, é certo, prisão por dívida civil, estranha a alimentos.

É como voto.



**17/12/2014**

**PLENÁRIO**

**AG.REG. NA PROGRESSÃO DE REGIME NA EXECUÇÃO PENAL 22 DISTRITO FEDERAL**

**ESCLARECIMENTO**

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Presidente, na delegação que o Supremo fez para a Vara de Execução reteve para si a competência para deliberar sobre as progressões de regime, que é o caso. Eu, em todas, tenho decidido monocraticamente, mas, nessa, havia uma arguição incidental de inconstitucionalidade de uma norma. Por essa razão, achei que era próprio trazer ao Plenário.

\*\*\*\*\*

**17/12/2014**

**PLENÁRIO**

**AG.REG. NA PROGRESSÃO DE REGIME NA EXECUÇÃO PENAL 22 DISTRITO FEDERAL**

**V O T O**

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Peço vênia, Senhor Presidente, para acompanhar, integralmente, o voto do eminente Ministro Relator.**

**É o meu voto.**

**17/12/2014**

**PLENÁRIO**

**AG.REG. NA PROGRESSÃO DE REGIME NA EXECUÇÃO PENAL 22 DISTRITO FEDERAL**

**DEBATE**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Presidente, eu também, sem prejuízo de avaliação que se pudesse fazer neste caso, vou fazer a ressalva trazida pelo Ministro Dias Toffoli. A mim me parece razoável - é claro que isso tem que ser verificado com o devido rigor, tal como já apontado pelo Ministro.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

No caso, eu não vejo essa presença. Acompanho o Relator.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Mas a mim me parece que, ainda que a imposição esteja restrita a crimes contra a Administração Pública, podemos ter situações de flagrante miserabilidade, ou flagrante insolvabilidade.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Alguém que tenha uma participação menor e seja condenado como coautor, dentro de uma conjugação maior e solidariamente, fica responsável por uma quantia que nem chegou a aferir com o delito praticado.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** Talvez essa questão possa e deva ser apreciada quando nos defrontarmos com uma situação concreta em que se evidenciem circunstâncias excepcionais aptas a justificar a aplicação da analogia.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Ministro Celso, no tocante à multa, eu teria mais conforto com essa solução, porque a multa é uma pena e, aí, eu acho que pode ocorrer de alguém sofrer uma sanção criminal sem ter condições financeiras. Mas, aqui, o que o Código Penal fez, o § 4º do artigo 33, foi presumir que quem desviou o dinheiro tem que restituí-lo.

**EP 22 PROGREG-AGR / DF**

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** Exato...

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Portanto, a meu ver, essa tem que ser uma regra. Eu acho que nada na vida em geral deve ser absoluto, portanto eu posso imaginar uma situação extrema para se excepcionar essa regra. Mas a presunção do legislador é que quem se apropriou de dinheiro público tem que devolvê-lo, sob pena de o sujeito distribuir, prodigamente ou escamoteadamente, o produto do desvio - não estou dizendo que foi o caso, nem insinuando nada, e preciso dizer que eu pessoalmente nem gosto desse papel de juiz criminal, eu apenas cumpro o meu dever, não gosto de condenar ninguém à prisão. Se nós flexibilizarmos excessivamente esse dinheiro, Ministro Celso de Mello, não faltará ao peculatório artifícios para diluir o valor apropriado.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** É verdade, pois a excessiva flexibilização poderia comprometer a própria eficácia do § 4º do art. 33 do CP, o que não pode ser tolerado.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Não, mas é relevante.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** A ocorrência de intencional dissipação patrimonial, provocada com o objetivo ilícito de frustrar a reparação civil "*ex delicto*", pode configurar a situação excepcional de que estamos a falar.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Eu só não a considero anômala porque, geralmente, quem se apropria indevidamente do que não deve não coloca na sua conta bancária nem na sua declaração de imposto de renda - de novo não estou me referindo a este sentenciado. Portanto, a regra geral, em caso de peculato, deve ser a

**EP 22 PROGREG-AGR / DF**

de presumir que aquele dinheiro apropriado continua no patrimônio do peculatório de alguma forma, e por achar que essa é a presunção é que estou aplicando o § 4º do artigo 33, mas eu posso imaginar também que, em situações extremas e excepcionais, se pudesse conceber a linha alvitrada por Vossa Excelência, ou inicialmente pelo Ministro Toffoli.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** Não estou assumindo posição definitiva sobre a matéria, mas apenas destacando o relevo da reflexão suscitada pelo eminente Ministro DIAS TOFFOLI.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Mas a mensagem que o Supremo Tribunal Federal quer passar ao país é que a regra geral é que quem se apropriou de dinheiro público, além da condenação à pena privativa de liberdade, tem que devolver o dinheiro.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** O Supremo Tribunal Federal, **na decisão** que está a proferir, **não pode, realmente,** transmitir uma mensagem dúbia, **pois** quem *criminosamente* se apropriou de valores públicos, além de merecer *severa* reprimenda penal, **necessita** devolvê-los, **em ordem** a restabelecer o “*status quo ante*”.

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** – Se me permite, Ministro Celso, apresento observação nessa linha. Colho do voto do eminente Relator exemplos de preceitos legais em que essa possibilidade ou esse condicionamento foi feito – a reparação do dano. Todos eles trazem a ressalva não prevista no art. 33, § 4º. O art. 83, IV, diz:

“IV – tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração;”

Depois também, mais adiante, no art. 312, § 3º:

“§ 3º No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se

**EP 22 PROGREG-AGR / DF**

lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta.”

Ainda na Lei nº 9.099/1995, art. 89, § 1º:

“I – reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;”

Decreto nº 8.172/2013, relativo a indulto, art. 1º:

“XVI – (...) e reparado o dano até 25 de dezembro de 2013, salvo inoccorrência de dano ou incapacidade econômica de repará-lo;”

Sempre há essa ressalva, mas no art. 33 não há.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** A eminente Ministra ROSA WEBER põe em destaque um ponto relevante...

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Presidente, eu gostaria de deixar clara a minha posição. Eu acho que, em matéria de peculato, até diferentemente de outras situações, não faltará o peculatório que diga que não tem dinheiro para restituir. Vai ser cem por cento. E nós não estamos impedindo alguém de ser posto em liberdade por dívida, nós estamos impedindo alguém de progredir dentro do regime privativo de liberdade. Portanto, é preciso que haja um incentivo para essas pessoas devolverem o dinheiro, e o incentivo é não deixar progredir, porque eu não posso - e por isso não devo e não quero, porque a Constituição não permite - impedir alguém, depois de cumprida a pena, de sair da prisão por ter uma dívida. Isso é fora de cogitação, porque a Constituição veda. Porém, a progressão de regime - e com todas as vênias eu não equipararia à liberdade condicional, porque a progressão de regime significa a continuidade da prisão -, eu acho que esta é uma situação diferente da do livramento condicional e da multa.

Eu apenas gostaria de deixar clara essa minha posição, Presidente. Mas os votos, de qualquer forma, acompanharam a minha conclusão,

**EP 22 PROGREG-AGR / DF**

portanto, acho que não há uma divergência, salvo a do Ministro Marco Aurélio evidentemente.

\*\*\*\*\*

**17/12/2014****PLENÁRIO****AG.REG. NA PROGRESSÃO DE REGIME NA EXECUÇÃO PENAL 22 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Eu também vou pedir vênias à divergência aberta pelo Ministro Marco Aurélio para negar provimento. No entanto, acolho também, em tese, o raciocínio elaborado pelo eminente Ministro Dias Toffoli, porque acho que é preciso que haja uma certa composição entre a proposta de Vossa Excelência, que deriva de uma política criminal, porque também acho que o legislador pode impedir a progressão de regime, tendo em vista a proteção de outros bens mais relevantes, como é o caso do patrimônio público. Mas nós nos depararíamos com uma aporia, como disse o Ministro Dias Toffoli, porque se ele não pode pagar de forma nenhuma, comprovadamente, mais adiante ele conseguirá o livramento condicional. E eu vejo que, no caso que estamos julgando, essa situação não ocorre. Em primeiro lugar, porque não houve prova de que havia a impossibilidade de pagamento; isso ficou claro, pelo menos do voto de Vossa Excelência. Em segundo lugar, eu penso também que essa hipótese da impossibilidade do pagamento ou da restituição do valor correspondente ao dano é muito difícil, sobretudo na medida em que Vossa Excelência, a meu ver acertadamente, com apoio dos Pares, abriu a possibilidade do parcelamento da dívida.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Exatamente.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Então se a pessoa for capaz de trabalhar, como é o caso do réu, ele poderá parcelar a dívida e pagá-la em inúmeras vezes. É isso que ocorre, a meu ver, neste caso.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Presidente, é importante, porque eu tenho certeza que o nosso Ano



**EP 22 PROGREG-AGR / DF**

Judiciário vai abrir com um novo recurso deste mesmo sentenciado, dizendo que, no caso dele, se aplica a exceção. Então nós já estamos decidindo que, no caso dele, não se aplica a exceção. Está certo?

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - A menos que surja uma prova nova.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**  
- Vai surgir.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Vai surgir?

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**  
- Vai surgir. O sujeito vai dizer: eu abro todos os meus sigilos. Como já abriu, abre o sigilo, só que o dinheiro desviado não está na conta. Pode abrir quantos sigilos quiser que nós não vamos achar.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** Exato.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**  
- Por isso que eu acho que, no caso de crime contra a Administração Pública, nós não podemos fazer essa exceção, porque, eu insisto, é a devolução do dinheiro, não é multa. É o dinheiro que o Tribunal reconheceu que foi apropriado indevidamente. Então, se ele distribuiu o dinheiro entre os amigos ou entre os familiares e não tem mais o dinheiro, não precisa mais devolver? Eu não consigo imaginar. O pressuposto dessa condenação e do § 4º do 33 é que houve desvio de dinheiro. Aí o sujeito diz: Gastei o dinheiro. Sinto muito. Com todo respeito, eu acho que a exceção não se aplica no caso de peculato, porque senão não vai faltar o peculatório que distribua o dinheiro. É verdade, ele não tem mais o dinheiro.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Mas aí esse peculatório, alguns meses depois, ...

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**  
- Eu, de novo, não estou me referindo a essa pessoa.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI**

**EP 22 PROGREG-AGR / DF**

**(PRESIDENTE)** - Requer o livramento condicional e faz essa prova, que não lhe é permitida neste primeiro momento. E obtém a liberdade condicional.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- O livramento condicional eu acho que nós não podemos impedir, porque quem tem direito à liberdade não pode tê-la privada por não pagar, aí é uma hipótese de prisão por dívida. Mas progressão de regime é outra coisa, é o único estímulo que o Estado tem para ele pagar. Portanto, nós todos estamos de acordo que no caso de liberdade condicional, que foi o exemplo do Ministro Toffoli, e no caso de liberdade por cumprimento da pena não é possível manter ninguém preso por dívida.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Ministro Barroso, Vossa Excelência me permite?

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Claro, Ministra Cármen.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Em apoio a tudo o que o Ministro Barroso afirma, eu lembraria que o Direito Penal caminha hoje para a prevenção cada vez maior. E é uma forma de, se não se prevenir, especificamente, o sistema apresentar pelo menos uma sugestão de que o crime não compensa. Nós já tivemos casos no Brasil, conhecidos, de pessoas - e reitero, não é este caso - que gastaram, tomaram uma enormidade - peculato - da Administração e, na sequência, não se conseguia obter esse recurso de volta. Quer dizer, a sociedade brasileira via isso, e exatamente com esse tipo de norma que se tentou, em que a política criminal é do legislador. Parece-me que é o que o Ministro Barroso está realçando.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI**

**(PRESIDENTE)** - Mas sem querer polemizar também, o crime não compensa temporariamente, porque, segundo o artigo 83, inciso I:

*"I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente (...)"* - como de fato não é, ele terá direito à liberdade provisória.

Então, cumprido um terço da pena, ele não pode fazer a prova da

**EP 22 PROGREG-AGR / DF**

insolvência, mas, cumprido um terço da pena, ele poderá fazê-lo. Na verdade, é uma espada de dâmocles que se aplica ao condenado, ou àquele que eventualmente quiser praticar um crime dessa natureza, com prazo limitado.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Mas é política criminal, exatamente.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**  
- Mas é isso mesmo. Se ele quiser esperar cumprir um terço da pena, vai sair, mas se quiser sair com um sexto, tem que pagar.

**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**AG.REG. NA PROGRESSÃO DE REGIME NA EXECUÇÃO PENAL 22**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

**RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO**

AGTE.(S) : JOÃO PAULO CUNHA

ADV.(A/S) : FREDERICO DONATI BARBOSA

**Decisão:** O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao agravo regimental, vencido o Ministro Marco Aurélio, que lhe dava provimento e assentava a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 do Código Penal. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 17.12.2014.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte  
Assessora-Chefe do Plenário