

EXECUÇÃO PENAL N. 22

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 cinco centavos);

3. Não obstante o indeferimento da progressão de regime, oficiiei 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/88¹;
- 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, 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,

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;”

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 Penal², nos seguintes termos:

“[...] 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

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 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.”

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.

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 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 Penal³, 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:

“(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;**”.

³ “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.”

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 narrava 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 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 dispositiva⁴. Estes novos embargos, visando à precisa 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:

⁴ Para tanto, requereu fossem “*recebidos e acolhidos os 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).

“[...] 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 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 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 ilícito 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 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 *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 exemplos⁵.

⁵ 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

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 destoa da lógica de nosso sistema legal, que 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

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 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 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 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;”

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 – 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).

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 são⁶, o valor integral da dívida 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,

⁶ 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”.

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. 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.