



OLIVEIRA LIMA, HUNGRIA, DALL'ACQUA & FURRIER
A D V O G A D O S

AREOBALDO ESPÍNOLA DE OLIVEIRA LIMA FILHO | JOSÉ LUIS OLIVEIRA LIMA
JAQUELINE FURRIER | CAMILLA HUNGRIA | RODRIGO DALL'ACQUA
GIOVANNA GAZOLA | ANA CAROLINA DE OLIVEIRA PIOVESANA
CAMILA TORRES CESAR | FABIANA SCHEFER SABATINI | ANA CAROLINA MIRANDA
VERÔNICA CARVALHO RAHAL | DANIEL KIGNEL

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL, DOUTOR JOAQUIM BARBOSA.**

JOSÉ DIRCEU DE OLIVEIRA E SILVA, por seus
advogados, nos autos da ação penal nº 470, vem, com fundamento no artigo 337 do
Regimento Interno desse Egrégio Supremo Tribunal Federal, interpor **EMBARGOS
DE DECLARAÇÃO**.

Termos em que,
Pede deferimento.

De São Paulo para Brasília,
Em 01 de maio de 2013.

JOSÉ LUIS OLIVEIRA LIMA

OAB/SP 107.106

RODRIGO DALL'ACQUA

OAB/SP 174.378

ANA CAROLINA PIOVESANA

OAB/SP 234.928

1) QUESTÃO PRELIMINAR. A NECESSÁRIA REDISTRIBUIÇÃO:

Considerando que o Exmo. Ministro Relator Joaquim Barbosa assumiu a presidência desse Egrégio Supremo Tribunal Federal, estes embargos de declaração devem ser redistribuídos para outro Ministro, conforme interpretação dos artigos 38 e 75 do Regimento Interno dessa Colenda Corte. Nesse sentido é a jurisprudência desse Egrégio Supremo Tribunal:

“1. Embargos de declaração convertidos em agravo regimental. 2. Agravo regimental: alegação improcedente de incompetência do Relator para a decisão do recurso extraordinário: redistribuição, por sucessão, decorrente da posse do em. Ministro Celso de Mello, então relator, na Presidência da Corte: caso em que não se configura a hipótese de vinculação prevista no art. 75 do RISTF (“O Ministro eleito Presidente continuará como Relator ou Revisor do processo em que tiver lançado o relatório ou apostado o seu visto”).

(RE 113111 ED, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 03/10/2006, grifamos)

Esse mesmo fundamento ensejou a redistribuição do AI nº 626.273 e da AP nº 512, e, ainda, como exemplo mais recente, temos a decisão do Exmo. Ministro Joaquim Barbosa, já na qualidade de **Presidente**, determinando a redistribuição de uma ação penal:

“AÇÃO PENAL 460 MATO GROSSO

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA

REVISOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

AUTOR(A/S)(ES) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL




*PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA
REPÚBLICA RÉU(É)(S) : JAYME VERÍSSIMO DE
CAMPOS*

ADV.(A/S) : JOSÉ GERARDO GROSSI E OUTRO(A/S)

*DESPACHO: O caso não se enquadra na hipótese
prevista no art. 13, VIII, do Regimento Interno do
Supremo Tribunal Federal.*

*Aguarde-se o fim da situação de vacância, para
redistribuição dos autos, nos termos do art. 38, IV, a, do
RISTF.*

Publique-se.

Brasília, 26 de dezembro de 2012.

Ministro JOAQUIM BARBOSA

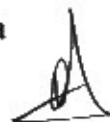
Presidente (RISTF, art. 13, VIII)" (grifamos)

Diante do exposto, requer-se sejam os embargos de
declaração redistribuídos, nos termos dos artigos 38 e 75 do Regimento Interno dessa
Colenda Corte.

2) EXISTÊNCIA DE OMISSÃO PELA SUPRESSÃO DE MANIFESTAÇÕES DOS EXCELENTÍSSIMOS MINISTROS.

O acórdão não conteve a transcrição, na íntegra, das
manifestações de todos os Exmos. Ministros, posto que houve supressão de diversas
falas proferidas durante o debate da causa.

O cancelamento das manifestações dos Exmos. Ministros
viola o Regimento Interno desse Egrégio Supremo Tribunal Federal, que prevê que a
transcrição das discussões será parte integrante do acórdão:



Art. 93. As conclusões do Plenário e das Turmas, em suas decisões, constarão de acórdão, do qual fará parte a transcrição do áudio do julgamento.

(...)

Art. 96. Em cada julgamento a transcrição do áudio registrará o relatório, a discussão, os votos fundamentados, bem como as perguntas feitas aos advogados e suas respostas, e será juntada aos autos com o acórdão, depois de revista e rubricada.

§ 1º Após a sessão de julgamento, a Secretaria das Sessões procederá à transcrição da discussão, dos votos orais, bem como das perguntas feitas aos advogados e suas respostas.

§ 2º Os Gabinetes dos Ministros liberarão o relatório, os votos escritos e a transcrição da discussão, no prazo de vinte dias contados da sessão de julgamento.

§ 3º A Secretaria das Sessões procederá à transcrição do áudio do relatório e dos votos lidos que não tenham sido liberados no prazo do § 2º, com a ressalva de que não foram revistos.

§ 4º A Secretaria das Sessões encaminhará os autos ao Relator sorteado ou ao Relator para o acórdão, para elaboração deste e da ementa no prazo de dez dias.

§ 5º A transcrição do áudio dos feitos julgados conjuntamente será trasladada para os autos do chamado em primeiro lugar e anexada aos demais em cópia autêntica.

§ 6º As inexatidões materiais e os erros de escrita ou de cálculo, contidos na decisão, podem ser corrigidos por despacho do Relator, mediante reclamação, quando referentes à ata, ou por via de embargos de declaração, quando couberem.” (grifamos)

A supressão das manifestações dos Exmos. Ministros prejudicou imensamente a compreensão do acórdão, inviabilizando a plena ciência da fundamentação adotada pelos Eminentes Julgadores da causa.

Abaixo colacionamos um exemplo do grave prejuízo causado pelas supressões, mostrando que um relevante diálogo expondo fundamentos dos votos ficou com a compreensão seriamente abalada:

“O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – CANCELADO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Certamente não receberam para votar contra!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – CANCELADO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência me permite uma observação? É curta. (...).

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – CANCELADO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, sim, mas o que nós exatamente tipificamos, a partir dos elementos constatados e de prova cabal, é que o quê se criou foi um fundo – em rigor, esse é o nome que se usa –, alimentado com recursos públicos, inclusive, e com recursos privados, para fidelizar essa base partidária, para usar um termo hoje muito comum. Então, é disso que nós estamos a falar.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – CANCELADO




O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE)

– *Se Vossa Excelência permite um aparte, não é à toa o nome caixa dois, ele foi cunhado tomando por referência o caixa um. (...).*

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – CANCELADO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE)

– **É. Em segundo lugar**, quando a origem do recurso é pública, ainda que parcialmente, há uma pré-exclusão lógica, portanto, de qualquer ideia de caixa dois, seria o maior guarda-chuva deste mundo, o álibi mais objetivo para impedir a incidência das normas penais comuns, não eleitorais, das normas penais sobre corrupção ativa e passiva, sobre peculato, sobre extorsão, sobre prevaricação etc. (...).

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – CANCELADO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE)

– **Isso. O agente tinha como não saber?**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – CANCELADO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE)

– *Pela minha investigação, treze vezes aqui em Brasília e quatro vezes em São Paulo.*

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – CANCELADO”

(fls. 56.589 e seguintes, grifamos)




No trecho transcrito, nota-se que o Exmo. Ministro Fux conduz, com suas manifestações, um debate sobre questões jurídicas do caso. Os demais Exmos. Ministros ora concordam com seu ponto de vista (“*Sim, sim*”; “*É*”; “*Isso*”), ora fazem perguntas (“*O agente tinha como não saber?*”) ou, ainda, fazem apartes com outros argumentos. Ocorre que todo esse debate foi inutilizado, porque, em razão da supressão das manifestações do Exmo. Ministro Fux, fica **impossível compreender a discussão mantida em Plenário**.

Como resultado das indevidas supressões, o acórdão contém diálogos em que se conhece apenas a manifestação de um dos interlocutores. O prejuízo é visível, como se vê nos exemplos abaixo:

“O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – CANCELADO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR)- E sem querer criar nenhuma polêmica, apenas para mostrar como é que as leituras de um mesmo documento, de um mesmo depoimento, por vezes, podem levar a conclusões contraditórias.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – CANCELADO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Assim como o depoimento de Jefferson, é claro.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – CANCELADO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Não apoiado.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – CANCELADO



*O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI
(REVISOR) - Eu agradeço a Vossa Excelência."
(fl. 56.592 e seguintes)*

Apenas a título de exemplo, uma vez que seria exaustivo citar aqui todas as passagens em que houve o cancelamento das manifestações dos Exmos. Ministros, transcrevemos outro trecho em que **3 (três) Julgadores** compartilham seus entendimentos sobre o caso, mas apenas se conhece o teor da fala de um deles:

"O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – CANCELADO

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

***O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA
(RELATOR) - Mas a nossa decisão é anterior.***

***O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:
CANCELADO."***
(fl. 56835)

Muito além de ofensa ao Regimento Interno dessa Colenda Corte Suprema, a supressão das manifestações dos Exmos. Ministros fere o **princípio constitucional da fundamentação das decisões judiciais**. Os debates, quando tratam de questões fáticas ou jurídicas do caso em julgamento, integram a fundamentação dos Julgadores. Fundamentam a decisão final tanto quanto os votos escritos.

Não se vislumbra razão para sacrificar o princípio constitucional da fundamentação das decisões judiciais mediante o cancelamento de manifestações já transcritas pela secretaria dessa Corte.



O cancelamento das manifestações dos Exmos. Ministros impede a plena publicidade de todos os fundamentos que sustentaram o acórdão e atenta contra o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Diante do exposto, requer-se seja sanada a omissão apontada, publicando-se as transcrições das manifestações dos Exmos. Ministros que foram indevidamente canceladas.

3) EXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO NA FIXAÇÃO DA PENA DO CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA PELA VALORAÇÃO DE UM ÚNICO FATO EM DUPLICIDADE.

No momento da fixação da pena-base de José Dirceu pela prática de formação de quadrilha (fl. 57.904 e seguintes), o voto vencedor do Exmo. Relator valorou a sua **culpabilidade** como “extremamente elevada” (grifamos).

Para tanto, o voto baseou-se na alegação de que o Embargante “*valeu-se das suas posições de mando e proeminência, tanto no Partido dos Trabalhadores, quanto no Governo Federal, no qual ocupava o estratégico cargo de ministro-chefe da Casa Civil da Presidência da República*”. O voto vencedor sustentou que José Dirceu **comandava** os corréus, que o procuravam em busca de seu “de acordo”, afirmando que cabia ao Embargante, dentro de seu papel de líder, a função de “bater o martelo” nos acordos realizados.

Atestando, sem a menor sombra de dúvida, que valorou negativamente a culpabilidade de José Dirceu sob o fundamento do comando da ação dos demais acusados, o voto do Exmo. Relator finalizou sua exposição sintetizando que o Embargante era o “signo de ‘palavra final’”.



Portanto, na fixação da pena por formação de quadrilha, é inegável que o voto do Exmo. Relator **valorou negativamente a culpabilidade de José Dirceu sob o argumento de que ele dirigia a atividade dos demais agentes, exercendo papel proeminente na condução dos corréus por meio de sua “palavra final”.**

Ocorre que, em sequência, o voto do Exmo. Relator incorreu em patente **contradição**.

A contradição se estabeleceu no momento em que o voto do Exmo. Relator **aumentou a pena**, no patamar de um sexto, **por força da agravante do artigo 62, inciso I, do Código Penal, pelo fato de José Dirceu ter ocupado papel proeminente na quadrilha**:

“Considerando o fato de JOSÉ DIRCEU ter desempenhado um papel proeminente na condução das atividades de todos os réus, especialmente dos integrantes do chamado “núcleo político”, aumento a pena em um sexto, elevando-a para dois anos e onze meses de reclusão, tendo em vista a incidência da agravante prevista no art. 62, I, do Código Penal (CPP, art. 387, I).”
(grifamos)

Verifica-se que o **acórdão foi contraditório ao exacerbar a pena duas vezes pelo mesmo fundamento**.

Tal contradição é inadmissível e viola entendimento desse Egrégio Supremo Tribunal Federal. Segundo precedente do **Exmo. Ministro Joaquim Barbosa**, é **inaceitável** o uso de uma mesma circunstância para **“majorar a pena em fases distintas da dosimetria”**:



"Habeas Corpus. Dosimetria da pena. Reincidência. Bis in idem. Ocorrência. Ordem parcialmente concedida. Ocorrência, na fixação da pena, de bis in idem, pois a mesma circunstância - a reincidência - foi utilizada para aumentar a pena, na primeira fase da dosimetria, como circunstância judicial desfavorável, e depois, na segunda fase, como agravante prevista no art. 61, inc. I, do Código Penal. Ordem parcialmente concedida."

(HC 94692, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, 14/09/2010, grifamos)

Além de contrariar a jurisprudência dessa Egrégia Corte Suprema, o uso de uma mesma circunstância para "majorar a pena em fases distintas da dosimetria" também é considerado uma ofensa ao princípio do non bis in idem, conforme se vê dos julgados a seguir, proferidos em uníssono pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. IMPUGNAÇÃO À DOSAGEM DA PENA. QUESTÕES OBJETIVAS. CABIMENTO DO WRIT. PENA-BASE. EXACERBAÇÃO. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. (...)

2. Há evidente bis in idem na consideração negativa da culpabilidade do agente, em função de ter dirigido e coordenado a ação dos demais acusados, quando incidente, na segunda fase de aplicação da pena, a agravante genérica prevista no art. 62, inciso I, do Código Penal. O que se verifica é que a pena foi exacerbada duas vezes pelo mesmo fundamento -

coordenação da ação dos demais agentes -, o que não se pode admitir. (...)”

(AgRg no HC 197.895/PB, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 11/06/2012, grifamos)

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. DESFAVORABILIDADE. ACENTUADA REPROVABILIDADE DA CONDUTA DELITUOSA PRATICADA. CONDENAÇÕES ANTERIORES TRANSITADAS EM JULGADO GERADORAS DE REINCIDÊNCIA. CONSIDERAÇÃO NA PRIMEIRA ETAPA COMO MAUS ANTECEDENTES. SISTEMA TRIFÁSICO. OFENSA. ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. ART. 42 DA LEI 11.343/06. CHEFIA DO TRÁFICO DE DROGAS. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE A TÍTULO DE ACENTUADA CULPABILIDADE. AGRAVANTE GENÉRICA DO ART. 62, I, DO CP. BIS IN IDEM. MAUS ANTECEDENTES. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. COAÇÃO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADA EM RELAÇÃO A APENAS UM PACIENTE.

(...)

5. Implica ofensa ao princípio do non bis in idem elevar-se a reprimenda de um dos condenados pelo fato de organizar a cooperação no crime de tráfico de drogas e dirigir a atividade dos demais agentes, quando tal circunstância é considerada tanto na primeira etapa da

dosimetria, a título de acentuada culpabilidade, como na segunda fase de aplicação da sanção, para fazer incidir a agravante genérica prevista no inciso I do art. 62 do CP."

(STJ, HC nº 122.040/RJ, Relator Ministro Jorge Mussi, Dje 17/5/2011, grifamos)

"AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL. PENA-BASE COMINADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. **Mostra-se indevida a valorção negativa das circunstâncias do crime, já que o mesmo fundamento foi utilizado como agravante, na segunda fase de dosimetria, conforme o disposto no art. 62, inciso I, do Código Penal (agente que "promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais"), em ofensa ao princípio do non bis in idem. (...)"**

(STJ, AgRg no AREsp 23.429/AM, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 28/06/2012, grifamos)

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PENA-BASE. REDUÇÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. POSIÇÃO DE LIDERANÇA NA EMPREITADA CRIMINOSA. CIRCUNSTÂNCIA

LEVADA EM CONSIDERAÇÃO DUAS VEZES: NA PENA-BASE E COMO AGRAVANTE (ART. 62, I DO CP). BIS IN IDEM.

1. (...)
2. *Não se pode tolerar, sob pena de indevido bis in idem, a consideração da condição de proeminência na empreitada criminosa, tanto como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal, como também agravante do art. 62, I do mesmo diploma legal.*

3. *Ordem concedida para reduzir as penas.*”

(HC 100.370/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 23/11/2010, DJe 17/12/2010)

“HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – INÉPCIA DA DENÚNCIA – INDIVIDUALIZAÇÃO SATISFATÓRIA DAS CONDUTAS IMPUTADAS AO PACIENTE – INOCORRÊNCIA DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO – IMPROPRIEDADE DA PRESENTE VIA – NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO – NULIDADE DA SENTENÇA – UTILIZAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA QUE CONDENOU OS CO-RÉUS – OUTROS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO TAMBÉM SOPESADOS – REGULARIDADE – CO-RÉUS QUE SOFRERAM PENAS MENORES – PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO – PENA PELA ASSOCIAÇÃO FIXADA NO MÁXIMO LEGAL – EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS – REDUÇÃO DA PENA-BASE – AGRAVANTE NÃO DESCRITA NA DENÚNCIA OU ALEGAÇÕES FINAIS –

*RECONHECIMENTO PELO TRIBUNAL DE APELAÇÃO
APÓS EXPRESSO PEDIDO DO PARQUET –
INEXISTÊNCIA DE NULIDADE – ELEMENTOS DA
AGRAVANTE TAMBÉM LEVADOS EM
CONSIDERAÇÃO NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME –
BIS IN IDEM – REESTRUTURAÇÃO DA PENA-BASE –
ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.*

1. (...)

7. Configura manifesto bis in idem a utilização da
atuação organizadora do agente sobre os demais
comparsas como motivo para sopesar negativamente as
circunstâncias do crime, durante a 1ª fase de aplicação
da pena, e para configurar a agravante do artigo 62, I do
Código Penal, na 2ª fase.

(HC 92.650/RS, Rel. Ministra JANE SILVA
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG),
QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2007, DJ
07/02/2008, p. 1, grifamos)

Pois bem, restou claro que o voto que aplicou a pena ao
Embargante pelo crime de formação de quadrilha incorreu em contradição ao valorar a
mesma circunstância em duas oportunidades. Houve manifesto *bis in idem*,
contrariando frontalmente a unânime jurisprudência dos Tribunais Pátrios e dessa
Suprema Corte.

A correção se faz perfeitamente cabível pela via dos
embargos de declaração. A fixação da pena é exercício jurisdicional que exige análise
de circunstâncias diversas em três fases distintas, vedada a dupla valoração. As
proposições desenvolvidas nas três etapas são somadas e geram, como conclusão final,
a pena total do condenado.

Portanto, no sistema trifásico de fixação de pena, há evidente contradição na valoração em duplicidade de uma única circunstância, pois, de forma ilógica, um único fato é considerado como se constituísse dois episódios distintos.

O reconhecimento dessa contradição implica necessariamente na redução da pena-base imposta ao Embargante, considerando que, segundo entendimento dessa Corte Suprema, *“a possibilidade de interposição de embargos de declaração com efeitos infringentes é admitida amplamente na jurisprudência brasileira desde que os efeitos modificativos decorram de omissão, obscuridade ou contradição verificada no julgado embargado”*¹.

De fato, seguindo a orientação desse Egrégio Supremo Tribunal Federal, cotidianamente nossos Tribunais admitem a retificação da pena por meio de embargos de declaração:

“Habeas corpus. Embargos de declaração. Possibilidade de modificação do decisum, após verificadas e sanadas omissões e contradição. – “Se, no julgamento dos embargos de declaração, os mesmos são acolhidos para modificar a pena-base antes fixada e alterar o regime inicial imposto em relação a um dos réus, sanando-se, assim, de maneira fundamentada, as apontadas omissões e contradição, não há porque não se aceitar os efeitos infringentes dos embargos” (STJ – 5.ª T. – HC 9.297 – Rel. Gilson Dipp – j. 29.06.1999 – RSTJ 123/349, grifamos).

¹ HC 86139, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 02/09/2008, DJe-182 DIVULG 25-09-2008 PUBLIC 26-09-2008 EMENT VOL-02334-02 PP-00238. No mesmo sentido: RHC 90532 ED, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 23/09/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-03 PP-00728 RDDT n. 172, 2010, p. 161-164 RT v. 99, n. 892, 2010, p. 515-519

“Fixação da pena. Sentença condenatória. Corrigida por via de embargos declaratórios com efeito modificativo. Equívoco manifesto. Possibilidade. Habeas corpus. – “1. Constatado equívoco manifesto na fixação da pena, devem os embargos declaratórios ser recebidos com efeito modificativo para a necessária correção. 2. Habeas corpus conhecido” (STJ – HC 6597 – Rel. Min. Edson Vidigal – DJU 06.04.1998, p. 142).

Ademais, como visto, a contraditória e ilegal forma com que se deu a aplicação da pena de José Dirceu ofende diretamente a jurisprudência consolidada nesse Egrégio Supremo Tribunal Federal (conforme exemplifica julgado já citado: HC nº 94692, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, 14/09/2010).

Definitivamente, essa Egrégia Corte Suprema não permite o *bis in idem* na fixação da pena. O repúdio é absoluto.

Também por esse motivo, cabível a “oposição de embargos declaratórios com efeitos infringentes para a correção do equívoco e consequente aplicação da jurisprudência adequada à solução da lide”, uma vez que “a manutenção de decisões contraditórias compromete a segurança jurídica, porque provoca nos jurisdicionados inaceitável dúvida quanto à adequada interpretação da matéria submetida a esta Suprema Corte”.²

Diante do exposto, requer-se o acolhimento destes embargos de declaração para que seja reconhecida a existência de contradição no voto do Exmo. Relator, e, diante desse reconhecimento, requer-se sejam conferidos efeitos infringentes aos embargos de declaração com a consequente e necessária redução da pena-base imposta ao Embargante pelo crime de formação de quadrilha.

² RE 177308 ED, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 10/04/2012. No mesmo sentido: AR 1.713, rel. Min. Ellen Gracie, Plenário, DJ 19.12.2003, e RE 222.874, rel. Min. Ellen Gracie, 1ª Turma, DJ 30.04.2004.

4) EXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO NA FIXAÇÃO DA PENA DO CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA PELA VALORAÇÃO DE UM ÚNICO FATO EM DUPLICIDADE.

Ao valorar negativamente a **culpabilidade** do Embargante no crime de corrupção ativa como “extremamente elevada” (fls. 57906 e seguintes), o voto vencedor do Exmo. Relator fundamentou sua decisão no argumento de que ele **promoveu e organizou** os delitos, pois tinha a função de “selecionar quem seriam os alvos do oferecimento da propina”.

O voto do Exmo. Relator também afirmou que o Embargante **organizava** a distribuição de valores, pois primeiro se reunia com os parlamentares para depois direcioná-los para os corréus incumbidos do repasse financeiro:

*“Simultaneamente, o réu JOSÉ DIRCEU realizou reuniões também com esses parlamentares corrompidos e, para viabilizar seu apoio, **direcionou-os aos acusados MARCOS VALÉRIO e DELÚBIO SOARES**, que deveriam beneficiá-los com os pagamentos milionários.”*
(grifamos)

O voto, nesse aspecto da culpabilidade, ainda citou o fato de o Embargante **promover** reuniões com instituições financeiras:

*“Além disso, JOSÉ DIRCEU também **promoveu** reuniões com os representantes das instituições financeiras que, no período dos encontros, injetaram milhões de reais no esquema de pagamento de propina.”*
(grifamos)




Assim, na fixação da pena por corrupção ativa, o voto do Exmo. Relator **valorou negativamente a culpabilidade de José Dirceu sob o argumento de ter ele promovido e organizado os crimes de corrupção ativa.**

Ocorre que, dando sequência à fixação da pena no crime de corrupção ativa, o voto do Exmo. Relator incorreu em patente **contradição**.

A contradição se estabeleceu no momento em que o voto do Exmo. Relator aumentou a pena, no patamar de um sexto, por força da agravante do artigo 62, inciso I, do Código Penal, pelo fato de **José Dirceu ter promovido e organizado os crimes de corrupção ativa:**

“Aplica-se a agravante do art. 62, I, do CP, por ter o acusado promovido e organizado os crimes de corrupção ativa, a elevar a pena-base na fração de um sexto (1/6), para o total de 4 anos e 9 meses, com mais 157 dias-multa.” (grifamos)

Verifica-se que o **acórdão foi contraditório ao exacerbar a pena duas vezes pelo mesmo fundamento**. Tal contradição é inadmissível e viola entendimento desse Egrégio Supremo Tribunal Federal. Segundo precedente do **Exmo. Ministro Joaquim Barbosa**, é **inaceitável** o uso de uma mesma circunstância para **“majorar a pena em fases distintas da dosimetria”**:

*“Habeas Corpus. Dosimetria da pena. Reincidência. **Bis in idem**. Ocorrência. Ordem parcialmente concedida. Ocorrência, na fixação da pena, de **bis in idem**, pois a mesma circunstância - a reincidência - foi utilizada para aumentar a pena, na primeira fase da dosimetria, como circunstância judicial desfavorável, e depois, na segunda fase, como agravante prevista no art. 61, inc. I, do Código Penal. Ordem parcialmente concedida.”(HC*

94692, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, 14/09/2010, grifamos)

Além de contrariar o entendimento dessa Egrégia Corte Suprema, o uso de uma mesma circunstância para “majorar a pena em fases distintas da dosimetria” também é considerado uma ofensa ao princípio do non bis in idem pela nossa jurisprudência:

“(…) 7. Configura manifesto bis in idem a utilização da atuação organizadora do agente sobre os demais comparsas como motivo para sopesar negativamente as circunstâncias do crime, durante a 1ª fase de aplicação da pena, e para configurar a agravante do artigo 62, I do Código Penal, na 2ª fase.”

(HC 92.650/RS, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2007, grifamos)

Pois bem, restou claro que o voto que aplicou a pena ao Embargante pelo crime de corrupção ativa incorreu em contradição ao valorar a mesma circunstância em duas oportunidades. Houve manifesto *bis in idem*, contrariando frontalmente a unânime jurisprudência dos Tribunais Pátrios e dessa Suprema Corte.

A correção se faz perfeitamente cabível pela via dos embargos de declaração. A fixação da pena é exercício jurisdicional que exige análise de circunstâncias diversas em três fases distintas, vedada a dupla valoração. As proposições desenvolvidas nas três etapas são somadas e geram, como conclusão final, a pena total do condenado. Portanto, no sistema trifásico de fixação de pena, há evidente contradição na valoração em duplicidade de uma única circunstância, pois, de forma ilógica, um único fato é considerado como se constituísse dois episódios distintos.



O reconhecimento dessa contradição implica necessariamente na redução da pena-base imposta ao Embargante, considerando que, segundo entendimento dessa Corte Suprema, “a possibilidade de interposição de embargos de declaração com efeitos infringentes é admitida amplamente na jurisprudência brasileira desde que os efeitos modificativos decorram de omissão, obscuridade ou contradição verificada no julgado embargado”³.

De fato, seguindo a orientação desse Egrégio Supremo Tribunal Federal, cotidianamente nossos Tribunais admitem a retificação da pena por meio de embargos de declaração:

“Habeas corpus. Embargos de declaração. Possibilidade de modificação do decisum, após verificadas e sanadas omissões e contradição. – “Se, no julgamento dos embargos de declaração, os mesmos são acolhidos para modificar a pena-base antes fixada e alterar o regime inicial imposto em relação a um dos réus, sanando-se, assim, de maneira fundamentada, as apontadas omissões e contradição, não há porque não se aceitar os efeitos infringentes dos embargos” (STJ – 5.ª T. – HC 9.297 – Rel. Gilson Dipp – j. 29.06.1999 – RSTJ 123/349).

Ademais, como visto, a contraditória e ilegal forma com que se deu a aplicação da pena de José Dirceu ofende diretamente a jurisprudência consolidada nesse Egrégio Supremo Tribunal Federal (conforme exemplifica julgado já citado: HC nº 94692, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, 14/09/2010).

³ HC 86139, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 02/09/2008, DJe-182 DIVULG 25-09-2008 PUBLIC 26-09-2008 EMENT VOL-02334-02 PP-00238. No mesmo sentido: RHC 90532 ED, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 23/09/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-03 PP-00728 RDDT n. 172, 2010, p. 161-164 RT v. 99, n. 892, 2010, p. 515-519



Definitivamente, essa Egrégia Corte Suprema não permite o *bis in idem* na fixação da pena. O repúdio é absoluto.

Também por esse motivo, cabível a “oposição de embargos declaratórios com efeitos infringentes para a correção do equívoco e consequente aplicação da jurisprudência adequada à solução da lide”, uma vez que “a manutenção de decisões contraditórias compromete a segurança jurídica, porque provoca nos jurisdicionados inaceitável dúvida quanto à adequada interpretação da matéria submetida a esta Suprema Corte”.⁴

Diante do exposto, requer-se o acolhimento destes embargos de declaração para que seja reconhecida a existência de contradição no voto do Exmo. Relator, conferindo-se efeitos infringentes aos embargos de declaração com a consequente e necessária redução da pena-base imposta ao Embargante pelo crime de corrupção ativa.

5) EXISTÊNCIA DE OMISSÃO NA FIXAÇÃO DA PENA PELA AUSÊNCIA DE ANÁLISE DE ELEMENTOS CONCRETOS SOBRE A CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE DO EMBARGANTE.

Ao fixar a pena-base do Embargante pela prática do crime de formação de quadrilha, o voto do Exmo. Relator afirmou, no tocante a sua **conduta social e personalidade**, que “*não há registros de maus antecedentes contra JOSÉ DIRCEU, nem dados concretos acerca da sua conduta social e personalidade*” (fl. 57904, grifamos)

Todavia, o voto do Exmo. Relator incorreu em **omissão** ao proclamar que não há “*dados concretos*” no processo sobre a conduta social e personalidade de José Dirceu.

⁴ RE 177308 ED, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 10/04/2012. No mesmo sentido: AR 1.713, rel. Min. Ellen Gracie, Plenário, DJ 19.12.2003, e RE 222.874, rel. Min. Ellen Gracie, 1ª Turma, DJ 30.04.2004.

O voto foi omissivo, uma vez que diversos testemunhos colhidos na ação penal revelam a existência de **dados concretos sobre a personalidade e conduta social do Embargante.**

Exemplificando, consta no processo que José Dirceu é um homem que *“dedicou sua vida à luta do povo brasileiro em defesa da democracia, defesa da liberdade, pagou preço alto por isso, foi preso, foi exilado”* (José Aldo Rebelo, fl. 29.493, grifamos). Encontra-se nos autos testemunho dando conta de que o Embargante é um cidadão que *“lutou pela democratização do Brasil, pagando com o exílio”* (Luis Inácio Lula da Silva, fls. 38.635, grifamos). Reforçando a omissão do voto do Exmo. Relator, há dados concretos nos autos que provam que o Embargante foi eleito Deputado Estadual e Deputado Federal, e, graças a sua ilibada atuação no Poder Legislativo, é *“reconhecido como um dos parlamentares mais eficientes e comprometidos”* do nosso país (Ideli Savatti, fls. 42.766, grifamos). Testemunhas asseguram que José Dirceu sempre *“pautou sua militância e sua atividade pública pela correção e pela idoneidade no tratamento de todas as questões”* (Paulo Adalberto Ferreira, fl. 42.366, grifamos). Provas testemunhais indicam que sua personalidade e conduta social o fizeram *“sempre respeitadíssimo, não apenas dentro do PT, respeitado na sociedade e respeitado pelos adversários, pela sua posição íntegra.”* (Rubens Otoni, fl.42.892, grifamos).

Portanto, independentemente de qualquer valoração política ou ideológica, salta aos olhos que o voto do Exmo. Relator foi omissivo, pois **existem nos autos dados concretos sobre a conduta social e personalidade de José Dirceu.**

A omissão é relevante. Nas palavras do Exmo. Ministro Brito, manifestando-se também nesta ação penal, a sentença deve conter a *“demonstração racional do itinerário mental do julgador ao valorar cada qual das chamadas circunstâncias do artigo 59”* (fl. 58669, grifamos).




E, conforme consignou nesta ação penal o Exmo. Ministro Celso de Mello, ao fixar a pena o Magistrado deve retratar fielmente a “realidade objetiva dos fatos constantes do processo penal de conhecimento”:

“É por isso, Senhor Presidente, que o magistrado sentenciante deve descrever, de maneira racionalmente adequada – e de modo plenamente ajustado à realidade objetiva dos fatos constantes do processo penal de conhecimento –, o “itinerário lógico que conduziu o juiz às conclusões inseridas na parte dispositiva de sua manifestação sentencial” (RTJ 143/600, 604, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – grifei)” (fl. 58666, grifos no original).

Portanto, a omissão do voto do Exmo. Relator inviabilizou o cumprimento do **artigo 59 do Código Penal**.

Tanto a conduta social quanto a personalidade integram o rol das **circunstâncias judiciais subjetivas** contidas no referido artigo, “ocupando posição mais destacada e importante do que as consideradas circunstâncias objetivas, referentes ao fato criminoso”, impondo que “as subjetivas devem sempre prevalecer sobre as objetivas em caso de confronto, conforme indica claramente o art. 67 do Código Penal”⁵.

A omissão na análise da existência de dados concretos sobre a conduta social e personalidade do Embargante também ofende o **princípio constitucional da individualização da pena**.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*, 3.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 177, grifamos.

Referido princípio impõe a **análise dos fatos da vida pregressa** do sentenciado, posto que *“o que se julga em um processo é, sobretudo, o homem acusado da prática de um ilícito penal e não um fato descrito isoladamente na denúncia ou queixa, de forma fria e técnica, o qual, por vezes, retrata um episódio único e infeliz em meio a toda uma vida pautada pelo respeito ao próximo.”*⁶

Os fatos da vida pretérita do sentenciado são tão relevantes no momento da fixação da pena que podem, inclusive, motivar a aplicação da atenuante inominada prevista no artigo 66 do Código Penal, cabível quando *“existir uma causa efetivamente importante, de grande valor, pessoal e específica do agente”*⁷. Sua incidência passa pela apreciação de uma gama variada de episódios, devendo ser aplicada quando *“fatos anteriores à prática do crime”*⁸ revelarem que o sentenciado praticou atitudes de **relevante valor social**⁹.

Portanto, os dados sobre conduta social e personalidade, se existentes nos autos, devem ser expostos pelo Magistrado e, a seguir, adequadamente valorados como circunstâncias *“favoráveis”*, *“neutras”* ou *“desfavoráveis”*. Essa é a metodologia utilizada por essa Suprema Corte, conforme registrou nesta ação penal o **Exmo. Ministro Brito**:

“(…) Mas acho que a metodologia que sempre empregamos aqui, a partir do voto do Ministro Peluso, é: que circunstâncias são neutras? E aí a pena tem que ser a mínima. Que circunstâncias são favoráveis? Que circunstâncias são desfavoráveis? (fl. 58631, grifamos)

⁶ DELMANTO, Celso. Código Penal comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar ... [et al.]. – 8. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010. art. 59, p. 273.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. obra citada. p. 165, grifamos.

⁸ DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal: parte geral, 3.ed.rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista os Tribunais, 2010. p. 623, grifamos.

⁹ *“Assim, independentemente da época de sua ocorrência, a pena poderá ser atenuada por circunstância relevante. Exemplo: anos antes de cometer um crime grave, ainda não julgado, o acusado arriscou sua vida para salvar vítimas de um incêndio ou desastre; após o cometimento de homicídio culposo no trânsito, o agente passa a dedicar-se a difundir as regras de trânsito em escolas.”* DELMANTO, Celso; obra citada., p. 307, grifamos.

Pois bem, restou claro que o voto que aplicou a pena ao Embargante pelo crime de formação de quadrilha incorreu em omissão ao afirmar que inexistem dados concretos sobre sua personalidade e conduta social. Pelo contrário, existem fartos subsídios no processo que provam que tais circunstâncias judiciais são amplamente favoráveis. O reconhecimento dessa omissão implica necessariamente na redução da pena-base imposta ao Embargante, considerando que *“a possibilidade de interposição de embargos de declaração com efeitos infringentes é admitida amplamente na jurisprudência brasileira desde que os efeitos modificativos decorram de omissão, obscuridade ou contradição verificada no julgado embargado”*¹⁰.

Diante do exposto, requer-se o acolhimento dos embargos de declaração para que seja reconhecida a existência da mencionada omissão no voto do Exmo. Relator, sanando tal lacuna com a consequente declaração da existência de dados concretos no processo sobre a personalidade e conduta social do Embargante. Diante desse reconhecimento, requer-se sejam conferidos efeitos infringentes aos embargos de declaração, com a consequente e necessária redução da pena-base imposta ao Embargante.

6) DA EXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO PELA APLICAÇÃO DO CONCURSO MATERIAL DE CRIMES.

Como é bem sabido o Código Penal Brasileiro estabelece a unidade de ação como primeiro fator de distinção entre as hipóteses de concurso formal e material de crimes. O conceito de unidade de ação, segundo bem expõe o Exmo. Ministro Fux, *“não se confunde com unidade de ato, porquanto uma ação pode desdobrar-se em vários atos”* (HC 98.960/RJ, grifamos). Encontra-se, no referido voto, uma precisa citação doutrinária sobre o tema:

¹⁰ HC 86139, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 02/09/2008, DJe-182 DIVULG 25-09-2008 PUBLIC 26-09-2008 EMENT VOL-02334-02 PP-00238. No mesmo sentido: RHC 90532 ED, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 23/09/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-03 PP-00728 RDDT n. 172, 2010, p. 161-164 RT v. 99, n. 892, 2010, p. 515-519

“Ação é comportamento voluntário dirigido a um fim (cf. nº 123, supra). Não se confunde com ato, que é o movimento corpóreo. Uma só ação pode ser constituída de vários atos, que ganham unidade por serem uma só manifestação da vontade.”

(FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: Parte Geral, 15. ed., Forense: 1995, p. 349, grifamos)

No mesmo voto, o **Exmo. Ministro Fux** registra o segundo fator de distinção aplicável em matéria de concurso de delitos, observando que **“para reconhecer-se a incidência de concurso formal, os crimes não podem ser resultantes de desígnios autônomos”**, devendo, ao contrário, existir **unidade de desígnios**.

Uma apropriada definição do conceito de **desígnio** nos é fornecida por Damásio E. de Jesus, citando Manzini e Bettiol:

“Desígnio, observava Manzini, ‘é um programa ou plano de ações ou de omissões, firme, determinado e concreto, que não resulta apenas da coordenação de uma série de ideias substanciais, mas que pressupõe ainda a escolha de meios para conseguir um determinado fim e o prévio conhecimento das condições objetivas e subjetivas nas quais deverá desenvolver-se a atividade delituosa’. Para Bettiol, é decisivo o elemento intelectual no conceito de desígnio criminoso, **‘devendo ele ser entendido como um plano, um programa que o agente ideou e que pretende realizar sucessivamente em tempos e lugares diversos, ainda que em prejuízo de diversas pessoas’.**” (Direito Penal, parte geral, 10ª edição, Ed. Saraiva, 1º vol., 517, grifamos)

A ocorrência da **unidade de designio**, caracterizadora do concurso formal, pode ser novamente compreendida pela conceituação de Damásio, dessa vez amparado em Remo Pannain e Domenico Pisapia:

*“Há unidade de designio, ensina Remo Pannain, quando ‘resulta de um complexo de linhas representativas das várias infrações, que se harmonizam na identidade do fim’, de modo que ‘cada uma perde a sua autonomia para parecer um fragmento do todo’, como se cada crime constituísse fase de execução de um só comportamento delituoso. Como diz Domenico Pisapia, as várias violações apresentam-se como unidade na consciência do agente na fase ideal ou intelectual, que precede à volitiva, abraçando as **diversas condutas numa substancial unidade psicológica e jurídica**.” (obra citada, p. 517, grifamos)*

Pois bem, no caso concreto, a maioria dos Ministros desse Egrégio Supremo Tribunal Federal **condenou** o Embargante José Dirceu por dois crimes, formação de quadrilha e corrupção ativa na forma continuada.

Os **mesmos fatos** utilizados pelos votos condenatórios para caracterização do crime de corrupção ativa, na forma continuada, também foram igualmente considerados para a condenação do Embargante por formação de quadrilha.

Não houve qualquer espécie de distinção fática, valendo relembrar manifestação do **Exmo. Ministro Fux** feita em Plenário, ao iniciar a votação do Embargante por formação de quadrilha, indicando que o debate sobre a ocorrência do crime tipificado no artigo 288 do Código Penal **não apresentava “uma controvérsia fática, os fatos são absolutamente incontroversos”**.




Assim, no caso específico do Embargante, ficou evidente que os votos condenatórios registraram a ocorrência de uma **única ação, composta por diversos atos**. Consideraram essa ação para embasar tanto a condenação por corrupção ativa quanto por formação de quadrilha.

Além da unidade de ação, os votos condenatórios também apontaram verificar a ocorrência de **unidade de desígnios** na conduta do Embargante.

O voto do **Exmo. Ministro Marco Aurélio**, no tocante ao delito de formação de quadrilha, destacou o “entrosamento” dos agentes da quadrilha para a “**prática de corrupção ativa de forma continuada**”, reforçando que o acórdão concluiu pela existência de unidade de ação e **unidade de desígnio** em relação ao Embargante:

“Presidente, no caso, vou repetir, nós estamos a apreciar um crime simplesmente formal e o núcleo é a associação para práticas criminosas que podem não ocorrer.

Mas o que houve na espécie, segundo a dicção do próprio Supremo? Houve prática de inúmeros crimes, que somente confirmam a existência do entrosamento a que me referi, entre os autores, os agentes – para utilizar expressão mais próxima da boa técnica do Direito Penal –, a prática de corrupção ativa de forma continuada.”
(fl. 57596, grifamos)

Atestando a unidade de ação e de designios, basta notar que o voto do Exmo. Relator, ao descrever a conduta e a intenção do núcleo político da suposta quadrilha, limita-se a narrar a compra de votos:




*“Conforme demonstrado nos demais itens deste voto, a **quadrilha** descrita na denúncia efetivamente praticou diversos crimes para os quais foi formada. Apenas para ilustrar, relembro que:*

(...)

*no item VI, há a demonstração de que os agentes do “núcleo político” (à exceção de SÍLVIO PEREIRA, em relação ao qual a denúncia, quanto ao crime de corrupção ativa, não foi recebida), em concurso com os membros do “núcleo publicitário ou operacional”, **corromperam** parlamentares federais, **para ampliar e manter a base aliada do governo federal à época;**”*

(fl. 57391, grifamos)

Inegavelmente, conclui-se que os votos condenatórios por formação de quadrilha e corrupção ativa entenderam que José Dirceu agiu, nos dois delitos distintos, movido pela **única finalidade** de instituir um projeto de poder baseado na viabilização da compra de apoio político de parlamentares por meio da entrega de recursos em espécie.

Portanto, **os votos condenatórios concluíram que o Embargante praticou dois delitos mediante unidade de ação e de desígnios.** Porém, **contrariando** essa conclusão, as penas foram aplicadas por meio de **concurso material** de crimes.

A contradição é patente, pois a fundamentação do acórdão remete necessariamente a uma conclusão que clama pela aplicação do **concurso formal perfeito** de delitos, com base no artigo 70, *caput*, primeira parte, do Código Penal.




Antecipando eventual argumento contrário, vale registrar que é comum verificar na doutrina pátria menção genérica a ocorrência de concurso material em se tratando de concurso de delitos diversos com o crime de formação de quadrilha. Essas alusões não prejudicam em nada o reconhecimento do concurso formal no caso do Embargante. Deve ser observado que tais lições doutrinárias focam em exemplos em que não há unidade de ação e nem tampouco unidade de desígnios, ao contrário, retratam situações em que há nítida distinção entre “a anterior associação para delinquir” e o “subsequente crime”¹¹.

Por outro lado, naquelas situações em que se constata a unidade de ação e desígnio, nossa doutrina admite a configuração do concurso formal, como no exemplo fornecido por Mirabete: “*Reconheceu-se **concurso formal de delitos nos crimes de quadrilha ou bando e de gestão temerária de sociedade previsto no artigo 3º, IX, da Lei nº 1.521, de 1951***”¹².

Logo, se o crime de quadrilha é praticado sem unidade de ação ou com autonomia de desígnios em relação a outro delito, certamente deverá ser o caso de aplicação das regras do concurso material. Mas, se a hipótese se der na forma com que os votos condenatórios trataram os fatos relacionados ao Embargante, a conclusão, no momento da fixação da pena, deverá ser pelo concurso formal.

Em síntese, o acórdão proferido na ação penal nº 470 condenou José Dirceu pela prática de dois crimes em hipótese de aplicação de concurso formal, mas, contraditoriamente, ao fixar a pena, contrariou a sua própria fundamentação e aplicou as regras do concurso material. A correção dessa contradição entre a fundamentação do acórdão e a parte dispositiva é fundamental para a consagração do princípio da individualização da pena.

¹¹ Nessa linha, apresentamos trecho de voto do Exmo. Min. Nelson Hungria, citado pelo próprio em sua obra: “Se, para a prática do crime que atende ao programa da associação, não é necessário o concurso de todos os associados, podendo mesmo ser praticado por um deles, é claro que a reunião de todos ou de alguns para esse crime individuado é circunstância que não se identifica com a anterior associação para delinquir. Reconhecendo-se, portanto, concurso material entre o crime de bando quadrilha e o subsequente crime qualificado pela pluralidade de agentes, não há o bis in idem alegado pelo impetrante.” HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, vol. 9, arts. 250 a 361. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 180.

¹² MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal, parte especial, vol. 3, 25ª ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011, p. 166, grifamos.

Como visto, as premissas adotadas pelos votos condenatórios encaminham a condenação do Embargante para a hipótese de concurso formal perfeito de delitos. Nesse caso, não se deve somar das penas dos dois delitos. Ao contrário, a pena da infração mais grave deve ser aumentada. Tratando-se de concurso formal entre duas infrações (corrupção ativa e quadrilha) o aumento deve se dar no grau **mínimo** de um sexto, conforme entendimento solidificado em nossa jurisprudência¹³.

Diante do exposto, requer-se seja sanada a contradição apontada, retificando-se o acórdão prolatado para afastar a aplicação do concurso material de delitos, aplicando-se o artigo 70 do Código Penal e procedendo-se aumento da pena do delito de corrupção ativa no patamar mínimo de um sexto.

7) DA EXISTÊNCIA DE ERRO E CONTRADIÇÃO NA APLICAÇÃO DE LEI PENAL POSTERIOR MAIS GRAVOSA.

O acórdão incorreu em um **erro material** que gerou relevante **contradição** com graves consequências para o julgamento. O erro consiste na apresentação de **datas diferentes para a morte de uma mesma pessoa**.

Conforme consta de fls. 55.239/40, o Exmo. Relator afirma que José Carlos Martinez faleceu no dia **3 de outubro de 2003**:

"Ainda assim, depois do falecimento do Sr. José Carlos Martinez, em outubro de 2003, o réu ROBERTO JEFFERSON valeu-se da sistemática de pagamento de dinheiro oferecida por DELÚBIO SOARES e MARCOS

¹³ "(...) 8. Segundo a orientação deste Superior Tribunal de Justiça, adota-se, como parâmetro para se fixar o percentual de aumento referente ao concurso formal, o número de delitos perpetrados. 9. Na hipótese em tela, impõe-se a fixação do aumento relativo ao concurso formal de crimes, no percentual mínimo de 1/6 (um terço), dada a configuração de apenas duas infrações penais. (HC 186.911/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2012, DJe 24/10/2012)

VALÉRIO aos parlamentares acusados nesta ação penal, aceitando receber os pagamentos.

(...)

É certo que, após o falecimento do Deputado José Carlos Martinez (em **03 de outubro de 2003**), os repasses efetuados pelo Partido dos Trabalhadores ao PTB foram menos sistemáticos do que os verificados anteriormente e também em comparação com o Partido Progressista e ao Partido Liberal." (grifamos)

Erroneamente, em outra passagem do acórdão, em manifesta contradição, o Exmo. Relator afirmou, de forma incisiva, que José Carlos Martinez faleceu em **dezembro de 2003**:

"O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR)- Eu tenho a seguinte informação: antes da Presidência de Roberto Jefferson, como nós todos sabemos, as tratativas eram feitas por José Carlos Martinez, que faleceu em 2003.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - **Em dezembro de 2003.**" (fl. 59.350, grifamos)

O erro material e a contradição são claros e devem ser sanados, para que não mais subsista esta incongruência no acórdão, devendo ser estabelecido que o falecimento de José Carlos Martinez se deu em **3 de outubro de 2003**.

Ocorre que tal correção exige, por imperativo lógico, que se faça uma importante modificação do julgado: deve ser alterada a conclusão pela aplicação das penas da Lei nº 10.763, de 12 de novembro de 2003 ao Embargante.

Para aceitar a necessidade de modificação do julgado, diante da manifesta contradição já apontada, basta lembrar algumas premissas estabelecidas pelo próprio acórdão.

Inicialmente, o acórdão estabeleceu como premissa – já amplamente aceita na doutrina¹⁴ e jurisprudência - que a consumação do crime de corrupção ativa **não se dá no momento do pagamento da vantagem, mas sim quando do seu oferecimento.**

Como exemplo, citamos trecho de voto do Exmo. **Ministro Marco Aurélio:**

“O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, há mais um aspecto: é que temos, como núcleos do tipo, “oferecer ou prometer”, não a entrega do numerário, mesmo porque o destinatário pode recusar o numerário. Então, para mim, é despidendo que a entrega do numerário, na corrupção ativa, tenha ocorrido na vigência da lei nova, porquanto o crime se consumara anteriormente.” (fl. 58366, grifamos)

Assim, era extremamente relevante a informação sobre a data em que teria sido oferecida a vantagem financeira ao acusado Roberto Jefferson, especificamente para definição acerca da incidência da lei penal mais grave (Lei nº 10.763/03), **promulgada em novembro de 2003.**

O Exmo. **Ministro Marco Aurélio**, inclusive, advertiu ser **“importantíssimo saber a data em que o pacote foi fechado”**:

¹⁴ “Caso o agente ofereça ou prometa e, depois, venha a dar a vantagem indevida, a conduta de dar constitui mero exaurimento do crime, uma vez que este já se consumou com o oferecimento ou promessa”. (DELMANTO, Celso. Código Penal comentado, 8. ed. rev., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 952, grifamos)

“O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, para mim, é importantíssimo saber a data em que o pacote foi fechado. Conforme ressaltou o relator, foi fechado quando ainda vivo o presidente do partido, Martinez, ou seja, em data anterior à lei que majorou as balizas do artigo 317 de um para dois, piso, e de oito para doze, teto. Não potencializo o vocábulo “receber” constante do artigo 317. Por que não? Porque devo, já que se está diante da dualidade corrupção ativa e corrupção passiva, considerar o que se contém no artigo 333, isso no campo da interpretação sistemática. Na corrupção ativa, tem-se o oferecimento ou a promessa. Então, o sentido, o alcance do artigo 317, no que consigna a solicitação... – e pode haver solicitação sem contrapartida daquele que seria, mas não aceita essa posição, o corruptor ativo – tomo o vocábulo “receber” como a envolver a oferta promovida pelo corruptor. Entendo aplicável à espécie não a nova lei, desprezando a circunstância de a parcela dos 20 milhões recebida – os 4 milhões – ter sido já na vigência da nova lei. Para mim, esse recebimento não é o mais importante, porque teríamos a configuração criminosa em data pretérita, quanto ao corruptor e ao corrupto.” (fl. 59357, grifamos)

Pois bem. No momento em que se instalou o debate sobre a “data em que o pacote foi fechado”, o Exmo. Relator interveio na manifestação do Exmo. Ministro Marco Aurélio: “***Eu fiquei de dar uma resposta à Vossa Excelência. Vou fazê-lo agora. (...) Vossa Excelência me perguntou quando se dera o pacote. E eu tenho essa informação agora.***” (fl. 59.358, grifamos).




Passada essa intervenção, foi apresentada a informação equivocada e contraditória, inconciliável com as próprias manifestações anteriores do Exmo. Relator, no sentido que José Carlos Martinez faleceu em dezembro de 2003, alegando-se ainda que, neste mesmo mês Jefferson, teria assumido a presidência do PTB:

"O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Eu me lembro muito bem do meu voto em que ele assumiu o lugar de Martinez, que morrera no fim de 2003, e, com certeza, em dezembro de 2003 ele reassumiu a presidência do partido e fez essas negociações. Pois não, Ministro Gilmar Mendes.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Portanto, a data que Vossa Excelência identifica é de?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - É posterior à lei, é dezembro de 2003."
(fl. 59359/60, grifamos)

Diante desta informação errônea, no mesmo debate o Exmo. Ministro Celso de Mello também incidiu no mesmo equívoco, entendendo que José Carlos Martinez faleceu em dezembro de 2003, depois, portanto, da promulgação da Lei nº 10.763, de 12 de novembro de 2003:

"O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - No caso, o corruptor, o ato de corrupção se seu entre personagens distintos. Na primeira fase foi entre o Martinez, que faleceu logo em seguida.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: “E falece quando já estava em vigor a lei mais gravosa.”

(fl. 59.360, grifamos, manifestação cancelada, transcrita conforme áudio).

Imediatamente após essa fala do **Exmo. Decano**, o Exmo. Relator **reiterou** ao Plenário a contraditória e equivocada afirmação de que, tanto o falecimento de Martinez, como a posse de Jefferson, se deram **depois** da promulgação da Lei nº 10.763, de 12 de **novembro** de 2003:

**“SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA
(PRESIDENTE E RELATOR) –**

Falece quando já estava em vigor a lei mais grave e na sequência o réu Roberto Jefferson assume essas negociações.”

(fl. 59.360, grifamos).

Como se vê, a informação equivocada e contraditória prejudicou seriamente uma questão relevante do julgamento, interferindo danosamente na compreensão dos Exmos. Ministros acerca de um crucial tema fático-jurídico.

O Exmo. **Ministro Fux** entendeu que o falecimento de Martinez teria ocorrido no mês **dezembro** de 2003, **depois** da entrada em vigor da Lei nº 10.763/03. Partindo dessa equivocada premissa, dirigiu-se ao Exmo. Relator e **deu por encerrado** o debate sobre a aplicação da lei penal mais grave:

“Vossa excelência já afastou qualquer dúvida sobre a data, quer da solicitação, quer do recebimento, quer se entenda como delito formal, quer se entenda como delito de resultado, de qualquer sorte é apanhado pela nova Lei 10.763.” (manifestação cancelada, disponível em áudio)

Outro exemplo do prejuízo causado pela informação errônea e contraditória é visto na manifestação do **Exmo. Ministro Dias Toffoli** que, assim como a maioria dos Exmos. Ministros, proclamou que a consumação da corrupção ocorre com o oferecimento da vantagem e não com seu pagamento¹⁵.

Porém, acreditando que o falecimento de Martinez se dera em dezembro de 2003 e que, portanto, Jefferson assumiu a presidência do PTB somente após tal fato, o **Exmo. Ministro Dias Toffoli** concluiu pela aplicação da lei penal mais grave:

"O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, eu, aqui, parto da pena mínima de dois anos. Entendo que o réu assumiu a presidência após a lei mais grave e, portanto, ela deve ser aplicada na espécie. Parto, também, da pena base fixada por Vossa Excelência."

(fl. 59353, grifamos)

Ilustrando melhor o tema, cabe somente esclarecer que **Roberto Jefferson assumiu a presidência do PTB imediatamente após o falecimento de Martinez**, mais precisamente, **24 (vinte e quatro horas)** depois de sua morte, portanto, tornou-se presidente em **4/10/2003**.

Esta informação nos é fornecida – e aqui, novamente, ressaltamos a contradição que se pretende ver sanada – pelo voto do Exmo. Relator.

¹⁵ O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Não, porque acho que aqueles pagamentos foram o exaurimento do crime, a consumação se deu antes, porque foi em 2003. Foi o que prevaleceu aqui no Tribunal.
O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Mas, Ministro, eu disse bem no meu voto que há episódios de 2005, claramente demonstrados nos autos, de promessa de contribuição, promessa de pagamento a a partir de 2005.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Eu estou partindo da premissa do que foi a conclusão da douda maioria."
(fl. 58428, grifamos)

O voto vencedor, do Exmo. Relator, proclamou, com base na testemunha **José Múcio Monteiro**, que Jefferson foi corrompido depois do falecimento de Martinez, ocorrido em outubro de 2003¹⁶.

Nesse mesmo depoimento, José Múcio Monteiro afirma que foi **“procurado pelo Delúbio em outubro de 2003”** para estabelecer contato com Jefferson (fl. 94, apenso 39). A mesma testemunha, depondo em Juízo, asseverou que, ocorrida a morte de José Martinez, **“24 horas depois assume Roberto Jefferson”** como **Presidente do PTB** (fl. 42870, grifamos).

Em conclusão, deve ser sanado o erro material e a contradição estabelecida pelo Exmo. Relator, corrigindo-se a informação de que José Carlos Martinez faleceu em **dezembro** de 2003 e que somente após este fato Roberto Jefferson assumiu a presidência do PTB e foi corrompido.

As manifestações anteriores do Exmo. Relator, baseadas em elementos probatórios, atestam o contrário, assegurando que José Carlos Martinez faleceu em 3 de **outubro** de 2003 e que Jefferson assumiu a presidência do PTB **24 (vinte e quatro) horas depois**. E, conforme registrado pelo Exmo. Relator, Jefferson teria sido corrompido **logo após** assumir o cargo de presidente, posto que, **“depois do falecimento do Sr. José Carlos Martinez, em outubro de 2003, o réu ROBERTO JEFFERSON”** aceitou **“receber os pagamentos”** (fl. 55.239, grifamos). De acordo com as premissas estabelecidas pela maioria desse Egrégio Plenário, deve prevalecer o entendimento de que a data da consumação do delito de corrupção ativa do ex-parlamentar Roberto Jefferson se deu em período anterior a promulgação da Lei nº 10.763, de 12 de novembro de 2003.

¹⁶ “Ainda assim, **depois do falecimento** do Sr. José Carlos Martinez, **em outubro de 2003**, o réu ROBERTO JEFFERSON **valeu-se da sistemática de pagamento de dinheiro** oferecida por DELÚBIO SOARES e MARCOS VALÉRIO aos parlamentares acusados nesta ação penal, **aceitando receber os pagamentos**. Com efeito, o Sr. **JOSÉ MÚCIO MONTEIRO** explicou, em resposta escrita a ofício enviado pelo Procurador-Geral da República (fls. 26 do Apenso 39), quando o escândalo do “mensalão” transformou-se em inquérito nesta Corte, que depois do falecimento do Sr. José Carlos Martinez, entre final de 2003 e janeiro de 2004, tendo assumido a liderança do PTB, **“fui procurado pelo senhor DELÚBIO, porque este queria me conhecer e também para que eu o colocasse em contato com o Presidente do PTB, Deputado ROBERTO JEFFERSON”** (fls. 93 do Ap. 39).” fl. 55.239, grifamos).

Não se pode olvidar de outra importantíssima premissa que foi estabelecida no acórdão. Em caso de **dúvida, incerteza ou imprecisão** do órgão acusatório¹⁷ sobre fatos relacionados com a incidência de lei penal mais gravosa, a conclusão deve sempre ser em **favor do réu**. Como exemplo da aceitação desse entendimento, citamos trechos de votos dos **Exmos. Ministros Rosa Weber, Carlos Brito e Gilmar Mendes**:

*“SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Ativa? Sim, ativa, o oferecer ou prometer - estamos, na verdade, falando da corrupção ativa para efeito de penalização de Marcos Valério, mas tendo em mira a corrupção passiva de Henrique Pizzolato, que recebeu a vantagem. Por isso a minha referência a 15 de janeiro. Se fosse corrupção passiva, adotei uma posição, vencida na Corte, no sentido de que se trata, a corrupção passiva, de crime material, em que o momento da consumação é o do recebimento. **Só que aqui não se trata de corrupção passiva, trata-se de corrupção ativa, em que os núcleos, como disse, são prometer e oferecer, o crime é formal, de consumação imediata. E não há nenhum dado que me leve a entender consumado o delito em momento posterior a novembro de 2003, quando da alteração legislativa. Aplico o in dubio pro reu e passo à fixação da pena-base a partir da lei de regência anterior: de um a oito anos. Então, essa é a minha justificativa para o voto, acompanhando o voto do Revisor, renovando o meu pedido de vênica ao eminente Relator.** (fl. 58372, grifamos)*

¹⁷ A denúncia afirma que Jefferson vendeu seu apoio político em votações ocorridas antes mesmo de outubro de 2003. O voto do Exmo. Relator vai nessa linha, afirmando que “**os parlamentares do PTB, denunciados nesta ação penal, selaram seu apoio ao Governo na Câmara dos Deputados** e, concomitantemente, começaram a receber recursos em espécie, no mês de abril de 2003 (fls. 603, vol. 3; fls. 95, Apenso 45), no valor de R\$ 150.000,00”, e que Jefferson, após a morte de Martinez, foi corrompido e, “**em troca, o réu manteve o apoio de seu partido** aos projetos de interesse do Governo na Câmara dos Deputados” (fl. 55242, grifamos).

"O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) – Até porque, se o órgão de acusação não precisou a data, a interpretação é contra o órgão de acusação, é em desfavor dele que deixou de se desincumbir de um ônus que lhe cabia." (fl. 58367, grifamos)

"O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, também eu vou pedir vênia ao eminente Ministro Relator para acompanhar, no ponto, a manifestação do eminente Revisor. Ontem, quando nós suspendemos o julgamento, já havia essa preocupação, essa questão da pena a ser fixada a partir do momento em que o fato ocorreu. Como se destacou da narrativa, não se consegue, de fato, precisar esse momento, que indica que ocorreu muito provavelmente antes da mudança na lei, o que então indica a necessidade de termos, como base inicial, a pena mínima. E, realmente, nós temos aqui destacado, e essa foi até uma evolução positiva do Tribunal, ao reconhecer o direito à individualização da pena como uma garantia constitucional." (fl. 58378, grifamos)

Diante do exposto, requer-se o acolhimento destes embargos de declaração para que seja reconhecida a existência de erro material no acórdão, que afirmou ter ocorrido o falecimento de José Carlos Martinez e a posse de Jefferson a presidência do PTB no mês de dezembro de 2003, em contradição com manifestações anteriores, que asseguravam, adequadamente, que estes eventos se deram no início de outubro de 2003. Diante desse reconhecimento, requer-se sejam conferidos efeitos infringentes aos embargos de declaração com o consequente afastamento da incidência das penas estabelecidas pela Lei nº 10.763, de 12 de novembro de 2003 aos crimes de corrupção ativa, na forma continuada, pelos quais foi condenado o Embargante.

8) EXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO NA FIXAÇÃO DOS DIAS-MULTA PELO CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA.

Após valorar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o voto do Exmo. Relator fixou a pena-base do Embargante em 4 anos e 1 mês de reclusão pelo delito de corrupção ativa e, ainda, lhe aplicou uma pena pecuniária de 135 dias-multa (fls. 57.910).

Na segunda fase de dosimetria da reprimenda, o voto condenatório aumentou a pena-base do Embargante em 1/6, em razão da aplicação do agravante do art. 62, I, do Código Penal, e impôs o mesmo acréscimo à multa, fixando a pena privativa de liberdade de 4 anos e 9 meses, com mais 157 dias-multa (fls. 57.910).

Por fim, na terceira e última etapa, o julgado exasperou a reprimenda em mais 2/3 pelo reconhecimento da continuidade delitiva e elevou a multa na mesma fração, chegando a uma pena final de 7 anos e 11 meses de reclusão e multa, no total, de 260 dias-multa (fls. 57.910).

Ocorre que, embora o voto condenatório tenha majorado os dias-multa nas mesmas proporções da reprimenda privativa de liberdade na segunda e terceira fases da dosimetria da pena, não adotou o mesmo critério de proporcionalidade e foi **contraditório** no que tange a primeira etapa de individualização penal.

O voto do Exmo. Relator aplicou ao Embargante uma quantidade de multa que **não é proporcional** àquela que foi estipulada para a pena privativa de liberdade, em patamar mais elevado e prejudicial ao sentenciado. Assim agindo, o voto condenatório incorreu em contradição e não seguiu, na primeira fase de individualização penal, a necessária proporcionalidade entre a pena-base e o *quantum* de dias-multa:




“2. A aplicação da pena de multa orienta-se pelo critério de proporcionalidade com a pena reclusiva, tendo o seu valor definido observando-se duas etapas distintas, quais sejam, a fixação da quantidade de dias-multa, com base nas circunstâncias do art. 59, do Código Penal, e o valor atribuído a cada qual, de acordo com a capacidade econômica do réu”¹⁸.

O reconhecimento dessa contradição implica necessariamente na redução da quantidade de dias-multa aplicada ao Embargante não apenas na primeira etapa, como também nas demais fases de dosimetria da pena, considerando que *“a possibilidade de interposição de embargos de declaração com efeitos infringentes é admitida amplamente na jurisprudência brasileira desde que os efeitos modificativos decorram de omissão, obscuridade ou contradição verificada no julgado embargado”¹⁹.*

Diante do exposto, requer-se o acolhimento dos embargos de declaração para que seja reconhecida a existência da mencionada contradição no voto do Exmo. Relator, e, diante desse reconhecimento, requer-se sejam conferidos efeitos infringentes ao presente recurso com a consequente e necessária redução do *quantum* de dias-multa imposto ao Embargante pelo crime de corrupção ativa.

9) EXISTÊNCIA DE OMISSÃO NA FIXAÇÃO DO VALOR DOS DIAS-MULTA PELO CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA.

No momento de fixar o valor dos 260 dias-multa aplicados ao Embargante no tocante ao delito de corrupção ativa, o voto do Exmo. Relator concluiu que o valor de cada um destes dias-multa deveria ser de *“10 vezes o salário-mínimo vigente na época do fato, tendo em conta o disposto no art. 60 do*

¹⁸ STJ, HC 224.881/MS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, julgado em 27/03/2012, DJe 24/05/2012, destaque nosso.

¹⁹ HC 86139, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 02/09/2008, DJe-182 DIVULG 25-09-2008 PUBLIC 26-09-2008 EMENT VOL-02334-02 PP-00238. No mesmo sentido: RHC 90532 ED, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 23/09/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-03 PP-00728 RDDT n. 172, 2010, p. 161-164 RT v. 99, n. 892, 2010, p. 515-519.

Código Penal, quanto aos 'Critérios Especiais da Pena de Multa' ('o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu')" (fls. 57.910).

O voto condenatório, como se verá abaixo, é **omisso**, pois **não faz qualquer análise da situação econômica** do Embargante e, também, porque **não declina os motivos pelos quais duplicou e considerou ineficaz o valor máximo do dia-multa**, previsto no art. 49, § 1º, do Código Penal.

Conforme assinala a jurisprudência, a pena de multa deve ser fixada em duas etapas distintas. *"Na primeira, fixa-se o número de dias-multa, considerando-se as circunstâncias judiciais (art. 59, do CP). Na segunda, determina-se o valor de cada dia-multa, levando-se em conta a situação econômica do réu"*²⁰ e os parâmetros definidos no Código Penal.

É defeso ao juiz estipular o valor do dia-multa acima do piso legal de forma desmotivada, *"sem que tenha havido apreciação das condições econômico-financeiras do recorrente"*²¹ e sem apontar os motivos que o levaram a aplicar esse ou aquele valor de pena.

Segundo as disposições do art. 49, § 1º do Código Penal, o valor de cada dia-multa não pode *"ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a cinco vezes esse salário".* A lei somente autoriza que a multa seja aumentada até o triplo, *"se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo"* (art. 60, § 1º, do CP).

Como explica a doutrina, esse aumento somente pode ser aplicado *"quando o juiz considerar, pela situação econômica **excepcionalmente privilegiada** do acusado, que ela será ineficaz (insuficiente) para a repressão do crime, mesmo quando aplicada no máximo"*²².

²⁰ STJ, HC 132.351/DF, Rel. Ministro FELIX FISHER, Quinta Turma, julgado em 19/08/2009, DJe 05/10/2009.

²¹ STJ, REsp 105.913-2/AC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, 6ª TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 16/10/2012.

²² Delmanto, Celso e outros; obra citada., p. 284, destaque nosso.

Deve o magistrado, portanto, ao majorar o valor do dia-multa, nos moldes do art. 60, § 1º do Código Penal, **indicar as razões e os elementos de prova nos quais se apoiou para considerar que a condição financeira do réu seria “excepcionalmente privilegiada”**. Deve, ainda, indicar os motivos pelos quais o valor máximo, de cinco vezes o salário mínimo, não atingiria de maneira satisfatória o seu patrimônio e, por consequência, não seria eficaz para atender a finalidade da pena.

In casu, o voto do Exmo. Relator dobrou o valor máximo do dia-multa, sem fazer qualquer análise da situação econômica do Embargante e sem apontar fundamentos que demonstrassem que este máximo legal seria ineficaz para prevenção e reparação do delito de corrupção ativa.

O voto informa apenas que o valor de cada um dos 260 dias-multa aplicado ao Embargante seria de “10 vezes o salário mínimo vigente na época dos fatos” e que levava em conta, “principalmente, à situação econômica do réu”, sem sequer dizer qual seria esta situação (fls. 57.910).

A omissão do acórdão em fundamentar a fixação do valor da multa desrespeita os princípios constitucionais da motivação das decisões judiciais e da individualização da pena.

Diante do exposto, requer-se o acolhimento dos presentes embargos de declaração para que seja reconhecida a existência da referida omissão no voto do Exmo. Relator, e, diante desse reconhecimento, requer-se seja sanada essa lacuna e, não havendo fundamentos concretos para justificar a exasperação do valor da pena pecuniária, sejam conferidos efeitos infringentes ao recurso, com a consequente redução do valor de cada um dos 260 dias-multa aplicados ao Embargante pelo crime de corrupção ativa.





OLIVEIRA LIMA, HUNGRIA, DALL'ACQUA & FURRIER
A D V O G A D O S

AREOBALDO ESPÍNDOLA DE OLIVEIRA LIMA FILHO | JOSÉ LUIS OLIVEIRA LIMA
JAQUELINE FURRIER | CAMILLA HUNGRIA | RODRIGO DALL'ACQUA
GIOVANNA GAZOLA | ANA CAROLINA DE OLIVEIRA PIOVESANA
CAMILA TORRES CESAR | FARIANA SCHEFER SABATINI | ANA CAROLINA MIRANDA
VERÔNICA CARVALHO RAHAL | DANIEL KIGNEL

46

DO PEDIDO.

Diante de todo o exposto, requer o Embargante sejam conhecidos, processados e julgados os presentes embargos de declaração para que sejam debatidos todos os pontos contidos no presente recurso, corrigindo os erros e sanando as omissões e contradições apontadas, reformando-se o acórdão nas questões em que se exige aplicação de efeitos infringentes.

Termos em que,
Pede deferimento.

De São Paulo para Brasília,
Em 01 de maio de 2013.


JOSÉ LUIS OLIVEIRA LIMA
OAB/SP 107.106


RODRIGO DALL'ACQUA
OAB/SP 174.378


ANA CAROLINA PIOVESANA
OAB/SP 234.928