

## **Excelentíssimo Senhor Ministro Relator da Ação Penal nº 470**

JOÃO PAULO CUNHA, por seu defensor, nos autos da ação penal supranomeada, respeitosamente, com fundamentos no artigo 337, §1º, do Regimento Interno deste col. STF, vem à elevada presença de Vossa Excelência opor **embargos de declaração** em face do v. acórdão de fls. para sanar dúvida, contradições e omissões nele identificadas.

### **1. Sobre a pena da corrupção (omissão e contradição):**

Este col. Supremo Tribunal Federal, com incomum reiteração, tem salientado que “a condenação penal há de refletir a absoluta **coerência lógico-jurídica** que deve existir entre a motivação e a parte dispositiva da decisão, eis que a análise desses elementos — que necessariamente compõem a estrutura formal da sentença — permitirá concluir em cada caso ocorrente, se sua fundamentação ajusta-se, ou não, de maneira harmoniosa, à base empírica que lhe deu suporte” (HC 105.677-PE, rel. Min. CELSO DE MELLO; DJe 22/6/11. Idem: HCs 101.118/MT; DJe27/810 e 96.590/SP; DJe 4/12/09).

Daí a advertência deste mesmo Excelso Pretório no sentido de que “a necessidade de fundamentação dos pronunciamentos judiciais (inciso IX do art. 93 da Constituição Federal) tem na fixação da pena um momento culminante”. De fato, “o Supremo Tribunal Federal junte a legalidade da pena ao motivado exame judicial das circunstâncias do delito. Exame, esse, revelador de um **exercício racional de fundamentação da ponderação** dos efeitos éticos e sociais da sanção, embasado nas peculiaridades do caso concreto, e no senso de realidade do órgão judicante” (HC 105.278/RN, rel. Min. AYRES BRITTO; DJe 29/11/10). Numa palavra, quando se trata da imposição de pena: “essa fixação não pode se dar de forma arbitrária”, (HC 107.532, rel. Min. GILMAR MENDES; DJe 21/2/13). Devendo, por isso, guardar “congruência lógico-jurídica” (HC 69.419, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; RTJ 143/600).

Para não irmos muito longe, neste processo o il. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, embora sem voto quanto às penas impostas ao Embargante, em alto e bom som, externou a preocupação quanto à proporcionalidade e racionalidade das penas por mais de uma vez:

“— Senhor Presidente, eu queria reiterar um aspecto que eu levantei na sessão anterior, que é o seguinte: eu penso que a Corte - e eu tenho certeza que ela o fará - deverá levar em consideração, no cômputo final da pena, dois princípios fundamentais, que é o **princípio da proporcionalidade e da razoabilidade**. Nós não podemos, *data venia*, ficar mecanicamente a calcular as penas, crime por crime, porque chegaremos a um total completamente estapafúrdio” (fls. 58.368/69, grifei).

Pois bem. Este eg. STF concretizou as penas do Embargante da seguinte forma:

- i. **Corrupção passiva:** 3 anos de reclusão (Pena-base: 2 anos e 4 meses, mais que o dobro do mínimo legal, considerando-se que a prática do crime foi anterior à vigência da Lei n. 10.763/03, e o acréscimo da majorante de 1/3 do art. 327, §2º, do CP).
- ii. **Peculato:** 3 anos e 4 meses de reclusão (Pena-base: 2 anos e 6 meses, ¼ acima o mínimo, mais a aplicação da majorante do art. 327, §2º, do CP).
- iii. **Lavagem de dinheiro:** 3 anos (mínimo legal).

O em. Min. CEZAR PELUSO, ao fixar as reprimendas, asseriu o seguinte:

“Considerando o disposto no art. 59 do Código Penal, a pena base do crime previsto no art. 312 deve ser fixada acima do mínimo legal, tendo em vista a maior censura atribuível ao réu pelo cometimento dos fatos, enquanto detentor do alto cargo de Presidente da Câmara dos Deputados, o segundo na linha sucessória da República, coisa que lhe impunha agir de acordo com o Direito. Pesam ainda as consequências do crime danosas à imagem da Casa Legislativa que presidia.

As demais circunstâncias não relevam para modificar a pena estipulada, razão pela qual fixo a pena-base em **3 (três) anos de reclusão, e 50 (cinquenta) dias-multa**. A inexistência de circunstâncias agravantes, atenuantes ou causas de aumento e diminuição, torna-a definitiva.

Com relação ao crime previsto no art. 317, fixo a pena em **3 (três) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa**, acima do mínimo legal, pelos mesmos motivos acima expostos, tornando-a definitiva pela inexistência de circunstâncias agravantes, atenuantes ou causas de aumento e

diminuição” (fls. 53.895/96).

Já o em. Relator, vencido no ponto, fixava  
as penas assim:

## **“JOÃO PAULO CUNHA**

### **Item III.1**

## **CORRUPÇÃO PASSIVA**

(Pena: reclusão, de 1 a 8 anos, e multa)

Trata-se do recebimento de propina pelo então Presidente da Câmara dos Deputados, no montante de R\$ 50.000,00. A vantagem indevida foi paga pelos sócios da SMP&B no dia 4 de setembro de 2003, poucos dias antes de ser publicado o edital de procedimento licitatório que resultou, no fim de 2003, na contratação da agência de MARCOSVALÉRIO, CRISTIANO PAZ e RAMON HOLLERBACH pela Câmara dos Deputados.

A culpabilidade de JOÃO PAULO CUNHA, entendida como o grau de reprovabilidade da conduta, mostra-se evidentemente elevada.

JOÃO PAULO CUNHA, conforme pormenorizadamente demonstrado em meu voto, passou a se relacionar com os corréus MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ e RAMON HOLLERBACH em fins de 2002, quando teve sua campanha à Presidência da Câmara dos Deputados realizada pela agência de publicidade controlada pelos réus – a DNA Propaganda.

Uma vez no cargo de Presidente da Câmara, o réu providenciou para que fosse rapidamente aberto novo certame para a contratação de agência de propaganda para a Casa. No curso do procedimento licitatório, o réu JOÃO PAULO CUNHA manteve várias reuniões com os mencionados corréus.

Percebe-se que o réu atuou intensamente na execução do crime, tendo enviado sua esposa para efetuar o recebimento da propina na agência bancária do Banco Rural em Brasília, onde o montante de R\$ 50 mil em espécie foi-lhe entregue em setembro de 2003.

O acusado não apresenta antecedentes criminais.

A conduta social e a personalidade do Sr. JOÃO PAULO CUNHA não conduzem à elevação da pena base.

162

Os motivos do crime de corrupção conduzem a um juízo negativo, pois sua intenção foi não apenas mercantilizar a função pública que ocupava, mas também beneficiar os particulares com a prática de atos de ofício que resultariam na transferência de quantias milionárias à agência dos réus MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ e RAMON HOLLERBACH, oriundas de um contrato em que se gastou mais de R\$ 11 milhões, dos quais apenas uma quantia ínfima correspondeu a serviços efetivamente prestados pela agência contratada na modalidade “melhor técnica”.

Também deve ser lembrado que a conduta do réu JOÃO PAULO CUNHA teve outros motivos reprováveis de seu interesse pessoal, os quais são muito mais intensos do que o que ocorre num crime de corrupção passiva de reprovabilidade mínima. Com efeito, o réu vinha obtendo auxílio de marketing dos réus do núcleo publicitário, em benefício de sua própria imagem e de seus candidatos na região de Osasco (a exemplo das reuniões para a formação de um *pool* de empresas).

As circunstâncias dos crimes também são desfavoráveis. É fato que o réu JOÃO PAULO CUNHA reuniu-se com o acusado MARCOS VALÉRIO **na residência oficial da Presidência da Câmara dos Deputados**, exatamente na véspera do pagamento da propina pelo mencionado acusado e seus sócios.

Ademais, o réu, no curso dos acordos para a prática criminosa, reuniu-se com os corréus MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ e RAMON

HOLLERBACH, acompanhado ou não do seu assessor, Sr. Luís Costa Pinto, em hotel na cidade de São Paulo e também na sede da SMP&B. A testemunha Fernanda Karina Somaggio, por exemplo, afirmou que o Sr. JOÃO PAULO CUNHA era muito próximo de MARCOS VALÉRIO e que conhecia Luís Costa Pinto como assessor do ex- Presidente da Câmara dos Deputados.

As consequências dos crimes também se mostram desfavoráveis.

Apenas alguns dias depois de receber a vantagem indevida dos sócios da SMP&B, a Câmara dos Deputados publicou o edital de licitação para contratação de agência de propaganda para a Casa, dando sequência, com isso, à Portaria 15/2003, que fora anteriormente assinada pelo réu JOÃO PAULO CUNHA. Sem surpresa, o resultado da licitação foi a contratação da agência dos réus MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ e RAMON HOLLERBACH.

Assim, várias são as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado JOÃO PAULO CUNHA, relativamente ao crime de corrupção passiva, razão pela qual, atento ao disposto nos artigos 59, 68 e no artigo 317 (**corrupção passiva**) do Código Penal à época vigente (pena de 1 a 8 anos de reclusão, e multa), fixo a pena-base de JOÃO PAULO CUNHA em 2 (dois) anos e 10 (dez) meses de reclusão, com mais 115 dias-multa, consideradas as mesmas circunstâncias judiciais da pena privativa de liberdade ora aplicada.

Não há circunstâncias atenuantes nem agravantes.

Incide a causa especial de aumento estabelecida no art. 327, §2º, do Código Penal:

“§ 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de **função de direção** ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.”

Com efeito, o acusado JOÃO PAULO CUNHA era não apenas Deputado Federal, mas também titular da função de Presidente da Câmara dos

Deputados, cargo do mais alto relevo na direção do órgão legislativo e organização do Estado brasileiro. Era uma das quatro mais importantes autoridades políticas da República. Presidia a Casa do Povo no Congresso Nacional e, portanto, era o segundo na linha sucessória da Presidência da República. Em suma, era uma liderança política incontestada.

Tudo isso atrai a aplicação da casa de aumento acima mencionada, como já assentou, inclusive, esta Corte, em precedente da lavra do Ministro Menezes Direito, no julgamento do Inq. 2191, quando se considerou aplicável a causa de aumento do art. 327, §2º, a Deputado Federal que ocupava, à época do fato, a função de 4º Secretário da Câmara dos Deputados. Cito, ainda, nesse mesmo sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça, em caso análogo ao presente:

*“PENAL. HABEAS CORPUS. PECULATO. PRESIDENTE DA CÂMARA LEGISLATIVA. AUSÊNCIA DE REPASSE DAS VERBAS DESCONTADAS. FUNÇÃO ADMINISTRATIVA. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 327, § 2º, DO CP. EQUIPARAÇÃO A FUNCIONÁRIO PÚBLICO NA FUNÇÃO DE DIREÇÃO. ORDEM DENEGADA.*

1. O **Presidente da Câmara Municipal**, além do exercício político como chefe do Poder Legislativo local, possui atribuições de caráter administrativo, como repasse das verbas descontadas da folha de pagamento de funcionários, de forma que o paciente equipara-se a funcionário público na função de direção da Administração Direta e, conseqüentemente, **tem contra si o reconhecimento da causa de aumento de pena do art. 327, § 2º, do CP.**

2. *Ordem denegada.*”

(HC n.º 91697/RJ, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, julgado em 18/5/2010 e DJe 7/6/2010).

Assim, ante o disposto no art. 327, §2º, do Código Penal, aumento a pena da terça parte, alcançando 3 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e 150 dias-multa, cada um no valor de 10 vezes o salário-mínimo vigente na época

do fato, tendo em vista os “*Crítérios Especiais da Pena de Multa*”, estabelecidos no art. 60 do Código Penal (“*o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu*”).

À falta de outras circunstâncias (atenuantes ou agravantes), bem como de causas de diminuição ou aumento (CP, art. 68), **torno definitiva a pena de 3 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, e 150 dias-multa**, pela prática do crime de corrupção passiva narrado no capítulo III.1, *a.I*, da denúncia.

## JOÃO PAULO CUNHA

### PECULATO

(Pena: reclusão, de 2 a 12 anos, e multa)

A culpabilidade, entendida como o grau de reprovabilidade da conduta, apresenta-se bastante elevada, uma vez que JOÃO PAULO CUNHA, conforme pormenorizadamente demonstrado, atuou cotidianamente na execução dos crimes.

O acusado manteve-se em constante contato com os corrêus e tomou para si a execução de despesas no âmbito do contrato de publicidade da SMP&B com a Câmara dos Deputados, autorizando dezenas de subcontratações que resultaram na remuneração indevida dos sócios MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ e RAMON HOLLERBACH.

JOÃO PAULO CUNHA não apresenta antecedentes criminais e não é possível aumentar a pena-base com fundamento em sua conduta social ou personalidade.

Os motivos do crime de peculato são os normais da espécie.

As circunstâncias dos crimes são desfavoráveis. O acusado JOÃO PAULO CUNHA se utilizou da estrutura que lhe foi proporcionada pelo próprio Estado como abrigo destinado à prática criminosa. Com efeito, vários encontros com os particulares diretamente beneficiados foram mantidos na Câmara dos Deputados e na residência oficial. Ademais, as circunstâncias também se revelam negativas porque os atos praticados

pelo réu, para perpetrar os desvios dos recursos, foram numerosos, reiterados ao longo de mais de um ano.

As consequências dos crimes também se mostram desfavoráveis, tendo em vista o milionário prejuízo causado, em montante **superior a um milhão de reais**, sempre por intermédio das decisões do acusado JOÃO PAULO CUNHA. Ademais, ficou evidente a concentração dos desvios no período das eleições municipais de 2004 e o uso do contrato da SMP&B com a Câmara dos Deputados para fins de obter vantagens em campanhas, o que gerou lesão a outros bens jurídicos além do tutelado pelo tipo penal.

Assim, as circunstâncias judiciais são majoritariamente desfavoráveis ao acusado JOÃO PAULO CUNHA, razão pela qual, atento ao disposto nos artigos 59, 68 e no tipo penal do artigo 312 (**peculato**– pena de reclusão, de 2 a 12 anos), fixo a pena-base de JOÃO PAULO CUNHA em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, com mais 135 dias multa, nos termos do preceito secundário do art. 312 do Código Penal, consideradas as mesmas circunstâncias judiciais aplicadas para fixação da pena privativa de liberdade.

Não há agravantes nem atenuantes.

Incide a causa especial de aumento estabelecida no art. 327, §2º, do Código Penal:

“§ 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de **função de direção** ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.”

Com efeito, o acusado JOÃO PAULO CUNHA era não apenas Deputado Federal, mas também titular da função de Presidente da Câmara dos Deputados, isto é, conduzia a Mesa Diretora da Câmara, como já anteriormente salientado.

Assim, aumento a pena da terça parte, para 4 (quatro) anos e 8 (oito)

meses de reclusão, com mais 180 dias-multa, cada um no valor de 10 vezes o salário-mínimo vigente à época do fato, tendo em vista o disposto nos artigos 60 do Código Penal, quanto aos “*Critérios Especiais da Pena de Multa*” (“o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu”). O montante devido a título de multa “será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária” (§2º do art. 49).

Ausentes outras causas de diminuição ou aumento, torno a pena definitiva e condeno o réu JOÃO PAULO CUNHA à pena de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e multa, no total de 180 dias-multa, cada um no valor de 10 vezes o salário-mínimo vigente à época do fato, pela prática do crime de peculato imputado no item III.1, a.3, da denúncia (uma vez).

**JOÃO PAULO CUNHA**  
**LAVAGEM DE DINHEIRO**

(Pena: reclusão, de 3 a 10 anos, e multa)

As circunstâncias judiciais da prática do crime de lavagem de dinheiro são as normais do tipo penal em julgamento, tendo o réu se valido das etapas finais do mecanismo engendrado por MARCOS VALÉRIO e seus sócios, juntamente com o Banco Rural, para viabilizar o pagamento de propina com dinheiro de origem criminosa. A ocultação dos crimes antecedentes é elementar do tipo penal, não permitindo a elevação da pena-base. O modo de execução também não conduz à sua exacerbação, no que diz respeito, especificamente, ao acusado JOÃO PAULO CUNHA.

Assim, fixo a pena-base no mínimo legal, em 3 (três) anos de reclusão, e 50 dias-multa, tendo em vista a pena de multa que prevaleceu, neste plenário, em relação ao réu JOÃO PAULO CUNHA.

Cada dia-multa terá o valor unitário de 10 vezes o salário-mínimo vigente na época do fato, tendo em vista os “*Critérios Especiais da Pena de*

**Multa**”, estabelecidos no art. 60 do Código Penal (“o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu”). Além disso, o montante devido a título de pena de multa “será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária” (§2º do art. 49).

À falta de atenuantes ou agravantes, bem como de causas de diminuição ou aumento distintas das elementares do tipo penal da lavagem de dinheiro, torno a pena definitiva.

Do exposto, pela prática do crime de lavagem de dinheiro narrado no capítulo III.1, a.2, da denúncia, condeno JOÃO PAULO CUNHA à pena de 3 (três) anos de reclusão e 50 dias-multa, no valor de 10 salários mínimos cada” (fls. 58.065/71).

Por seu turno, a preclara Min. ROSA

WEBER estabeleceu as seguintes diretrizes:

## **“D - DOSIMETRIA DAS PENAS**

Considerada a sistemática de voto vogal que prevaleceu no julgamento, com a prevalência, por aproximação, da proposta ora do Relator, ora do Revisor ou de terceira via, limito-me a explicar algumas das diretrizes que nortearam a minha dosimetria.

Nos crimes em que figura uma coletividade no polo ativo é possível a consideração de circunstâncias judiciais e legais que se identificam em relação a vários réus, dependendo da condição pessoal e da forma como o crime se desenvolveu.

Na presente hipótese é exatamente o que ocorre. Os condenados têm algo em comum, que diz respeito à circunstância em que praticada o crime: motivo, finalidade, consequências. São considerações sobre situações objetivas, que na aplicação da pena acabam por ser comuns a todos ou quase todos os condenados. E exatamente por isso é possível fazer uma análise geral e, depois, aplicar a cada um deles determinada circunstância no dimensionamento da sanção, atendendo o método trifásico.

Tal procedimento não implica desacato ao princípio da individualização da pena. Situações idênticas demandam uma reação penal idêntica. O contrário é que seria uma lesão à igualdade de tratamento.

Por outro lado, as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal comportam uma interpretação do ponto de vista quantitativo e qualitativo. Na primeira hipótese é lógica a consideração ponderada dessas circunstâncias, ou seja, se todas têm o mesmo peso o aumento da pena base deve ser proporcional tendo por base de cálculo a pena abstratamente prevista no dispositivo do tipo penal. Divide-se o número de circunstâncias pela metade da pena privativa de liberdade, obtendo-se o *quantum* que cada circunstância pode importar no aumento da referida pena base. Entretanto, o conteúdo qualitativo da circunstância pode justificar que se afaste esse tipo de cálculo. Assim, considerada a gravidade da circunstância judicial pode o aumento da pena não corresponder à proporcionalidade referida.

Observe-se que a gradação da pena sempre constitui o grau de censura diante da resistência à regra de proibição. **Maior a censura, maior a resposta penal.**

Neste processo esse aspecto há de ser ressaltado, porque existem circunstâncias, como a seguir se constatará, que indicam alta gravidade no comportamento dos condenados.

Diante disso, deve-se passar ao exame de circunstâncias judiciais e legais aplicáveis.

A primeira circunstância judicial a ser analisada é a que diz respeito à “**culpabilidade**”. Quanto aos condenados por corrupção ativa (artigo 333 do Código Penal) e passiva (artigo 317 do Código Penal), os fundamentos utilizados para a sua avaliação quanto aos corruptores também há de servir, como regra, para os corrompidos. **Ressalvo aqui, quanto aos parlamentares, a situação de João Paulo Cunha, que é condenado não por venda de apoio político (grifei).**

Os agentes políticos exercem o poder, estando reservada à classe política a criação do sistema normativo. Exatamente por isso deles é exigível

comportamento adequado à lei com maior severidade. Ninguém mais do que o responsável pela criação da regra penal, com todo o drama que ela comporta, se encontra atrelado à sua normatização. O político que cria a lei penal para desacatá-la trai o sentido de poder que o cargo lhe proporciona. Portanto, quando ele fere a lei penal infringe não só o seu dever de cidadão, mas o poder que ostenta e que lhe foi atribuído pelo povo. Trai a confiança no sistema, servindo de um exemplo para a criminalidade e inspirando a impunidade.

Da mesma maneira há de se concluir que os homens públicos, que exercem os altos cargos no Poder Executivo, no Poder Legislativo ou no Poder Judiciário, não de ser objeto de grau de censura exacerbado quando usam o poder para perceber indevidas vantagens pessoais.

Esse qualificativo no comportamento que inspirou o esquema flagrado na presente ação evidencia a grave culpabilidade dos agentes corruptores e corrompidos. Não duvidaram os primeiros em oferecer dinheiro para a compra de votos no Parlamento, com o intuito de consolidar o poder de um partido que galgava a chefia do estado brasileiro. O que isso poderia significar em prejuízo a todo o sistema legislativo, acaso não devidamente dimensionado, não foi capaz de frear a a conduta. Uma forte resistência à regra de proibição contida no artigo 333 do Código Penal. Por sua vez, os corrompidos, sem titubear, aceitaram vender seu voto pelo dinheiro oferecido.

Sendo assim, haver-se-á de considerar negativa, com gravidade elevada, a circunstância “culpabilidade” quanto aos agentes políticos em questão.

A segunda circunstância judicial que merece cuidado é a referente às “consequências”.

Também aqui a fundamentação serve para corruptores e corruptos, **com exceção de João Paulo Cunha e Henrique Pizzolato** (grifei).

Toda a esperança da nação é depositada nos agentes de poder. A desordem do sistema não pode ter origem em sua atuação. O político que pratica delito trai a confiança no modo de viver de um povo, comprometendo sobremaneira a cultura nacional. Sua impunidade seria a

desilusão de seus eleitores e de todas as pessoas de bem, que passam a duvidar se vale a pena seguir lutando pela liberdade, pela inteireza e crença em seus governantes.

A venda dos votos, que presumidamente haveriam de ser direcionados com inspiração para a justiça e o bem estar da população, caracteriza um desvirtuamento com enormes consequências.

Como se vê, gravíssimas as consequências dessa promiscuidade a que os corruptos e corruptores submeteram o Parlamento brasileiro e, em especial, a fé do povo que os elegeu. A serem considerados ainda, neste passo, os altos valores que transitaram de forma indevida em bolsos corrompidos.

Essas duas circunstâncias se aplicam também aos colaboradores dos deputados federais que foram condenados, porque tal qual os corruptores contribuíram para a finalidade da atuação criminosa conscientes das consequências de seus atos.

No que diz respeito às “**circunstâncias**” em que os crimes foram consumados também deve ser considerada a utilização de terceiras pessoas. Isso representa uma atuação que corrompe indivíduos. Os corruptores não tiveram pejo de mandar pagar propina para os enviados dos deputados corruptos e estes muito menos em sua decisão de utilizar esses pombos-correios para a percepção da vantagem indevida.

Essas três circunstâncias deverão de ser consideradas no momento de aplicação da pena base. As demais são neutras, nada influenciando na gradação a ser feita.

A aplicar, ainda, quando o caso, em função da liderança, na segunda fase, a circunstância legal prevista no artigo 62, inciso I, do Código Penal:

“A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

I – promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes.”

O mesmo se diga quanto à agravante genérica do artigo 61, inciso II, alínea g do Código Penal:

“São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

II – ter cometido o crime:

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão.”

Na terceira fase da aplicação da pena impõe-se o aumento em decorrência do artigo 71 do Código Penal, ou seja, o “**crime continuado**”. Não se trata, a meu juízo, de concurso material de crimes porque os atos criminosos que se sucederam, em razão do tempo, lugar e forma de execução, devem ser entendidos uns como prolongamento da decisão global referentemente aos anteriores. O plano era corromper deputados

federais numa dimensão temporal determinada.

Também a “**culpabilidade**” dos condenados por gestão fraudulenta deve ser avaliada de forma negativa e com alto grau, aplicando-se em relação a eles o que foi dito anteriormente. Puseram o seu banco a serviço do esquema cientes de que estavam colaborando para a ruptura das bases de uma convivência nacional sadia. Serviram e serviram-se para transitar pelo território da corrupção, facilitando as coisas para fantasiar pagamentos, ocultar valores, manipular dados etc.

No que se refere às “**consequências**” não se pode deixar de considerar negativa tal circunstância em vista dos altos valores manuseados e, também, do dano social que o fato implicou, na forma antes comentado. Uma coisa é gerir com fraude um banco para obter vantagens patrimoniais simplesmente; outra, é fazer isso ciente de que se está cooperando para uma ação delituosa da magnitude da hipótese dos autos, comprometendo a integridade moral e política do Parlamento brasileiro.

Não é de se reconhecer a existência de crime continuado na espécie porque o núcleo do tipo do artigo 4º da Lei nº 7.492/86 pressupõe o exercício reiterado de ações que acabam por caracterizar uma gestão.

Nos crimes em que figura uma coletividade no polo ativo é possível a

consideração de circunstâncias judiciais e legais que se identificam em relação a vários réus, dependendo da condição pessoal e da forma como o crime se desenvolveu.

Na presente hipótese é exatamente o que pode se identificar. Os condenados têm algo em comum, que diz respeito à circunstância em que foi praticada a corrupção: motivo, finalidade, consequências. São considerações sobre situações objetivas, que na aplicação da pena acabam por ser comuns a todos ou quase todos os condenados. E exatamente por isso é possível fazer uma análise geral e, depois, aplicar a cada um deles determinada circunstância no dimensionamento da sanção, atendendo o método trifásico.

Tal procedimento não implica desacato ao princípio da individualização da pena. Situações idênticas demandam uma reação penal idêntica. O contrário é que seria uma lesão à igualdade de tratamento.

Por outro lado, as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal comportam uma interpretação do ponto de vista quantitativo e qualitativo. Na primeira hipótese é lógica a consideração ponderada dessas circunstâncias, ou seja, se todas têm o mesmo peso o aumento da pena base deve ser proporcional tendo por base de cálculo a pena abstratamente prevista no dispositivo do tipo penal. Divide-se o número de circunstâncias pela metade da pena privativa de liberdade, obtendo-se o *quantum* que cada circunstância pode importar no aumento da referida pena base. Entretanto, o conteúdo qualitativo da circunstância pode justificar que se afaste esse tipo de cálculo. Assim, considerada a gravidade da circunstância judicial pode o aumento da pena não corresponder à proporcionalidade referida.

Observe-se que a gradação da pena sempre constitui o grau de censura diante da resistência à regra de proibição. **Maior a censura, maior a resposta penal.**

Neste processo esse aspecto há de ser ressaltado, porque existem circunstâncias indicativas da gravidade do comportamento dos condenados” (fls. 53.048/53).

Extraem-se facilmente dos três votos que os delitos, em especial os de corrupção e peculato, foram praticados em condições e circunstâncias quase idênticas. Com censuras, reprovabilidades e conseqüências praticamente iguais. Sem embargo e sem qualquer explicação para tanto, sob o ângulo da concretização das penas, vê-se enorme discrepância no critério para a fixação destas. Sim, enquanto a pena-base da corrupção passiva foi aumentada para além do **dobro** (2 anos e 4 meses), a do peculato teve um aumento de  $\frac{1}{4}$ . Já a da lavagem permaneceu no mínimo legal.

Para facilitar a compreensão do que se diz, veja-se a tabela:

	<i>Pena mínima</i>	<i>Pena-base fixada</i>	<i>Fração de aumento</i>
Corrupção	1 ano <sup>1</sup>	2 anos e 4 meses	Mais que o <b>dobro</b> do mínimo
Peculato	2 anos	3 anos e 4 meses	Aumento de $\frac{1}{4}$
Lavagem	3 anos	3 anos	Nenhum aumento

A disparidade, além de contraditória, é **incompreensível**. Isso, no mínimo, reclama esclarecimento. Afinal, ao menos os delitos da mesma natureza cometidos pela mesma pessoa, em razão do mesmo cargo, tempo e condições, por uma questão de **congruência lógica**, deveriam

---

<sup>1</sup> Considerando-se que a prática do crime foi anterior à vigência da Lei 10.763/03.

sofrer o mesmo aumento das penas-base ou, como na lavagem, terem ficado no patamar mínimo.

Esperava-se que os debates dessem a fundamentação (explicassem) a diferença. Afinal, nos delitos *propter officium* nos quais as penas já levam em conta a condição funcional do agente, estas foram exasperadas. Todavia, justamente naquele em que a condição do agente de funcionário público não é levada em conta e, portanto, poderia se pensar na elevação da pena por conta da posição funcional do Embargante, a sanção ficou no mínimo. Os debates, porém e, com a devida *venia*, talvez pela metodologia adotada, mais confundem do que aclaram a relevante questão.

Da fl. 59.380 até 59.396 temos a discussão da pena para a corrupção passiva em relação ao embargante. Nesse espaço, isto é, em apenas 16 páginas, aparece nada menos do que **39** vezes a expressão “CANCELADO”! Isso, por óbvio, já dificulta a compreensão do texto. Mas, mesmo que se ponha de lado esse *pormenor*, os debates, de início, caminharam em zigue-zague, numa tentativa de identificação do conteúdo do voto do em. Min. PELUSO, até se chegar à fl. 59.387, quando a em. Min. ROSA WEBER registra:

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Senhor Presidente, então adotando como parâmetro o meu voto para Cristiano e para Ramon, especificamente com relação à corrupção, no caso, ativa quanto à Câmara dos Deputados e ao Deputado João Paulo Cunha, eu parto de uma pena-base de dois anos, faço o acréscimo de um terço do artigo 327, § 2º, do Código Penal, na linha da jurisprudência da Casa, e chego a uma pena definitiva de dois anos e oito meses. E pergunto a Vossas Excelências e seria o caso de reajustá-la para três anos, para acompanhar o voto do Ministro Peluso ou o de Vossa Excelência.

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E**

RELATOR) - Não, o meu está um pouco acima, três anos e nove meses. Está um pouco acima do voto do Ministro Peluso.

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - É, então a minha ficou abaixo. É como voto, Presidente.

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

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Não, na verdade a minha dosimetria é de **dois anos e oito meses** (grifei).

O debate sobre a dosimetria quanto à corrupção deixa explícito que, "por aproximação" (???), se chega à pena de 3 anos:

**"A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - A Ministra está reajustando por aproximação à do Ministro Peluso.

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Sim, porque eu quero observar um critério; se for para reajustar, eu o faço a fim de acompanhar o voto do Ministro Cezar Peluso, em três anos.

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR)** - Está bem mais próximo" (fls. 59.387/88).

A discussão prossegue com a concludente fala da em. Min. CARMÉN LÚCIA:

**"A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Presidente, pela minha totalização, seriam dois anos e oito meses, que se **aproximam**, portanto, dos três anos, que foi o resultado do voto do Ministro Peluso. Razão pela qual peço vênha a Vossa Excelência para acompanhar o voto do Ministro Peluso" (fl. 59.391, grifei).

Depois, o il. Min. MARCO AURÉLIO

acompanha a Min. ROSA WEBER nos seguintes termos:

“O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, o acusado era deputado federal. Excluído o que sucede, que é o vice, seria o primeiro substituto do Presidente da República. Essa condição, tendo em vista a culpabilidade, precisa ser observada.

Concordo com Vossa Excelência sobre a causa de aumento prevista no artigo 327, § 2º, do Código Penal, e, a meu ver, o que proposto pela ministra Rosa Weber, considerada a pena-base, mostra-se consentâneo com a posição e se aproxima mais daquela do ministro Cezar Peluso, no que, sem essa abordagem, chegou aos três anos. A proposta de Sua Excelência, a ministra Rosa Weber, deságua em **dois anos e oito meses**.

Peço vênia a Vossa Excelência e aos Colegas que também divergiram da ministra Rosa Weber para acompanhá-la” (fl. 59.392, grifei).

Com o retorno do em. Min. GILMAR MENDES, que acompanhou o voto do Min. PELUSO, proclamou-se o resultado da pena que alcançou os três anos. Assim, a base ficou num patamar superior ao dobro da mínima (de 2 anos e 4 meses) que, com mais 1/3 (CP, art. 327, §2º), chegou a 3 anos.

Na sequência discutiu-se a fixação da pena para o peculato, cuja mínima é dois anos. Aqui, porém, **a despeito da similitude das circunstâncias**, condições de tempo e modo e reprovabilidade semelhantes ao delito anterior, os parâmetros foram outros. A em. Min. ROSA WEBER, de forma sucinta, pontuou:

**“(DOSIMETRIA DA PENA - JOÃO PAULO CUNHA - PECULATO)**

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Senhor Presidente, aqui,

como se trata de peculato, e a pena é de dois a doze anos de reclusão, prevista no tipo penal, parto de uma pena-base de dois anos e seis meses. Faço o acréscimo do artigo 327, § 2º, do Código Penal, em um terço, e chego a três anos e quatro meses” (fl. 59.397).

Embora, remarque-se, o peculato tenha se realizado nas mesmas circunstâncias em que se deu a corrupção, a pena-base foi aumentada de ¼. Já a corrupção em mais do dobro e, tão grave quanto, sem qualquer fundamentação para explicar a discrepância de tratamento. Em resumo, a corrupção teve a pena-base elevada de forma muito mais draconiana do que o peculato. **Não há explicação para isso**. Este crime é menos reprovável que o outro? Aliás, qual o significado jurídico da expressão “aproximação” na fixação da pena? A **omissão**, *data venia*, é patente. Requer-se, portanto, o esclarecimento com a supressão da contradição.

A **contradição** entre a maneira pela qual se definiram as penas-base da corrupção e do peculato, máxime considerando-se que a base da lavagem foi a mínima, deve ser resolvida em prol da diminuição da pena-base fixada para a corrupção para, quando menos, ficar no patamar do peculato. Sobre, eventualmente, esta última parte dos declaratórios ter caráter infringente este col. Supremo Tribunal Federal o tem admitido seja em razão de fato novo, seja para a supressão de contradição, *verbis*:

*“Este caso concreto demanda, portanto, a possibilidade de se emprestarem efeitos infringentes a embargos de declaração de hipótese excepcional descrita, na qual a ocorrência de fato novo afasta a premissa lógico-jurídica em que se baseou o acórdão embargado. Nesse sentido, invoco os seguintes precedentes, nos quais o STF admitiu a modificação de julgados em sede de embargos declaratórios: Pet-Agr n.º 10.079-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, unânime, DJ de 26.04.1996; RHC-ED n.º*

# Toron, Torihara e Szafir

a d v o g a d o s

80.520-RJ, rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ de 01.06.2001; e HC-ED n.º 79.446, Rel. Min. Maurício Correa, Segunda Turma, unânime, DJ de 03.03.2000” (HC n.º 83.515, rel. Min. GILMAR MENDES; DJ 09.02.2007).

No caso em exame, a “congruência lógico-jurídica” na fixação das penas-base a delitos cometidos na mesma situação é medida que se impõe e pode ser feita no âmbito dos declaratórios como um imperativo de **Justiça!**

## **Sobre a lavagem:**

### **Omissão:**

A maioria dos d. ministros que condenaram o Embargante pelo crime de lavagem de dinheiro, o fizeram levando-se em conta, como crime antecedente, o praticado contra a Administração Pública de corrupção passiva, que teria sido praticado pelo próprio JOÃO PAULO (Min. CÁRMEM LÚCIA, fls. 53.419/53.421; Min. GILMAR MENDES, fls. 53.935/53.947; Min. CELSO DE MELLO, fl. 54.074 e Min. AYRES BRITTO, fls. 54.092/54.093).

Houve até quem, como a em. Min. CÁRMEM LÚCIA, afirmasse que o Embargante “*participou e tinha conhecimento de todos os fatos* (grifei) *delituosos antes relatados, sabendo ser o dinheiro recebido fruto de crime contra a Administração Pública e pretendendo conferir aparência de legalidade ao recurso ilícito recebido*” (fl. 53.421). Ora, nem a própria denúncia chegou a tanto! O embargante, afora os crimes de *i. peculato, decorrente do contrato com a Câmara e a SMP&B, ii. corrupção pelos 50 mil reais recebidos “para dar tratamento privilegiado a SMP&B” e iii. lavagem, não foi acusado de mais nada!*

Aliás, sequer foi acusado de integrar a quadrilha ou qualquer dos núcleos referidos na denúncia.

Mas como quer que seja, mesmo que se abstraia o voto condenatório por algo do qual o Embargante não foi acusado, era de rigor que todas as teses defensivas referentes à suposta lavagem de valores que tivesse como crime antecedente a corrupção fossem enfrentadas. Não foi o que ocorreu, *data venia*.

É que o d. voto-condutor não se referiu à inexigibilidade de conduta diversa do Embargante – admitindo-se, para argumentar, ter havido a dita corrupção –, com a conseqüente impossibilidade de dele se exigir que se autoincriminasse, em obediência ao princípio constitucional do *nemo tenetur se detegere*. Tudo trazido em alegações finais (fls. 49/53).

Veja-se que este argumento serviu para, pela mesma acusação, absolver-se o Deputado JOSÉ BORBA, *verbis*: “*O réu não pode ser compelido a produzir prova que possa lhe prejudicar em eventual ação penal*” (fl. 53.633, voto da em. Min. CARMÉN LÚCIA).

Nessa conformidade, requer-se a supressão da omissão com apreciação da tese em foco.

## **OBSCURIDADE:**

Ao tratar da ausência de tipicidade objetiva na conduta de JOÃO PAULO, sustentou-se em alegações finais que não teria havido, por parte do Embargante, qualquer ocultação – nuclear do tipo da lavagem –, em razão de ter pedido à sua própria esposa para sacar o

# Toron, Torihara e Szafir

a d v o g a d o s

dinheiro, e não como fizeram outros, que tiveram valores sacados “*pelo mensageiro Luiz Eduardo Ferreira da Silva, pelo garçom Francisco de Assis Novaes Santos, pelo office boy sem carteira assinada Áureo Marcato, e, ainda, pelo vendedor de peixes Wildeu Gleidson Castro Silva*” (fls. 52.623, voto do d. Min. RICARDO LEWANDOWSKI).

O d. voto condutor do v. acórdão, por sua vez, ao tratar do tema, assim abordou a matéria:

“A defesa alega que, se o réu pretendesse praticar esse crime, não teria enviado sua esposa para receber o dinheiro em espécie, pois seria impossível, por esse meio, praticar a “ocultação” e “dissimulação”, que são os verbos nucleares do tipo penal mencionado.

Trata-se de tese que pretende atribuir ao meio empregado pelo réu a característica de **inidoneidade absoluta** (grifei), que conduziria à caracterização da conduta como “crime impossível” (art. 17 do CP). Porém, esse instituto só se aplica aos crimes tentados (daí se chamar também “tentativa inidônea” [24]) e, ainda assim, quando há absoluta ineficácia do meio [25]” (fl. 52.283).

Com o devido e máximo respeito ao em. Ministro-Relator, uma coisa não tem nada a ver com a outra, e é obscuro, difícil de entender, o acórdão que se refere à tese defensiva que nunca existiu. **Não se trata de crime impossível ou de tentativa inidônea, como quis fazer parecer o v. acórdão**, mas sim de ausência de um verbo nuclear do tipo previsto na Lei nº 9.613/98 – a “ocultação” ou “dissimulação”.

Em caso análogo, no qual a defesa discutia uma coisa e o Ministro do STJ apreciou outra, esta eg. Suprema Corte, pela voz do em. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, considerou a fundamentação como

inexistente e até mesmo reveladora da negativa de prestação:

“ (...) tem razão o impetrante no tocante à impertinência da decisão questionada do il. Ministro (...) ao objeto e à causa de pedido do habeas corpus cuja liminar denegou.

Com efeito. Ao passo que a impetração se funda no efeito suspensivo dos embargos infringentes cabíveis do acórdão majoritário na apelação criminal, o indeferimento da liminar se baseia na ausência do mesmo efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário.

Essa dissonância entre a causa proposta e a fundamentação de sua decisão judicial, mais que à falta de motivação, corresponde à negativa da prestação jurisdicional” (AgReg no HC 85.186, DJ 1º/2/05).

Portanto, no ponto, é de rigor o conhecimento destes embargos, pois a tese de defesa, como sustentada nas alegações finais e da Tribuna, não foi apreciada. Insista-se que, ao sê-la no caso de outro acusado, este foi absolvido.

No mais, como diria CERVINI, citado nas alegações finais do Embargante, ao praticar o crime de lavagem, o objetivo principal do agente é distanciar ao máximo o dinheiro de sua origem, apagando os vestígios de sua obtenção. Durante todo o tempo o dinheiro é controlado, e para tanto entra em cena uma complexa rede de operações econômico-financeiras, numa cascata e negócios jurídicos envolvendo pessoas e instituições. São comuns múltiplas transferências de dinheiro, compensações financeiras, manipulação das bolsas, remessas aos paraísos fiscais, superfaturação das exportações etc.

É por isso que o eg. Tribunal Regional Federal da 4ª Região afastou a ocorrência de lavagem de dinheiro, em caso

semelhante, exatamente por não haver a subsunção da conduta ao tipo, por lhe faltar o objetivo de ocultação:

**“consigno entendimento que o mero registro de bens em nome de cônjuge não pode ser reconhecido como conduta de lavagem de dinheiro, por considerar que a proximidade deste terceiro com o acusado permite associar o bem ao seu adquirente”<sup>2</sup>.**

Dessa forma, considerando-se ter havido omissão ou, quando menos, obscuridade no v. acórdão ao citar tese defensiva nunca arguida, e que nada tem a ver com o questionamento do Embargante, requer-se o conhecimento e provimento dos presentes embargos, a fim de trazer luz à matéria dirimindo a incompreensão e a dúvida geradas.

**Contradição (na fundamentação dada para se condenar JOÃO PAULO CUNHA e absolver JOSÉ RODRIGUES BORBA):**

O Embargante foi condenado pela prática do crime de lavagem de dinheiro pela apertada votação de 6 votos a 5. Absolveram-no desta prática os eminentes Ministros REVISOR, ROSA WEBER, DIAS TÓFFOLI, PELUSO E MARCO AURÉLIO. Os votos condenatórios, proferidos por não menos ilustres ministros (JOAQUIM BARBOSA, LUIZ FUX, CÁRMEM LÚCIA, GILMAR MENDES, CELSO DE MELLO e AYRES BRITTO), integram o v. acórdão e, portanto, podem ser alvo de embargos, pois no caso desta ação penal os votos vencedores se justapõem ao condutor. Por isso, aliás, fica difícil distinguir o que é voto (pessoal) e “acórdão” (da maioria).

De seus respectivos votos, portanto, não pode haver qualquer contradição.

---

<sup>2</sup> Apelação Criminal nº 7100 RS 0024029-69.2004.404.7100, Rel. Des. ARTUR CÉSAR DE SOUZA, j. 21.7.10

Mas, com a devida *venia*, é exatamente o que aconteceu. Os ils. ministros CÁRMEM LÚCIA e GILMAR MENDES foram, *data venia*, **contraditórios** ao votar pela condenação do Embargante e, posteriormente, pela absolvição do acusado JOSÉ RODRIGUES BORBA. Assim, se, ao aclarar um voto, algum d. ministro optar por dirimir a contradição em benefício do Embargante, ele poderá ser absolvido do crime de lavagem de capitais. Vejamos:

**Ministro GILMAR MENDES:**

Ao votar pela condenação de JOÃO PAULO CUNHA, o em. Ministro asseverou o seguinte:

“verifico que o procedimento utilizado para o saque foi semelhante àqueles denunciados pela Procuradoria-Geral da República no capítulo sobre a lavagem de dinheiro, quais sejam: cheque emitido pela SMP&B e a ela nominal, com endosso; fax encaminhado pela agência do Banco Rural de Belo Horizonte, agência Assembleia, autorizando Márcia Regina Cunha a efetivar o saque” (fl. 53.942) (fl. 2.327 do acórdão).

E continua:

“É fato que, no caso, não se tem apenas um recebimento de propina em espécie. Sobrevém outra conduta, a utilização do sistema financeiro nacional (com manipulação de informação) e de

interpostas pessoas (SMP&B e SIMONE VASCONCELOS) para ocultar o real beneficiário do valor, distanciando o proveito econômico do crime antecedente de seu agente” (fl. 53.946) (fl. 2.331 do acórdão).

Para, ao final, concluir pela prática do crime de lavagem de capitais, condenando JOÃO PAULO CUNHA.

Mais adiante, no voto sobre o crime de lavagem de dinheiro que teria sido cometido pelo corréu JOSÉ BORBA, o mesmo Ministro constata a seguinte situação:

“É fato, conforme anteriormente examinado, que se observou na hipótese: cheque emitido pela empresa SMP&B da conta mantida no Banco Rural, nominal à própria empresa e endossado; por meio de correio eletrônico (e-mail), encaminhado pela funcionária da SMP&B ao gerente do Banco Rural, foi indicado o acusado como beneficiário; o gerente da agência de Belo Horizonte, por sua vez, encaminhou via fac-símile à agência do Banco Rural de Brasília autorização para pagamento da pessoa indicada pela funcionária da SMP&B; e, ao final, pagamento em espécie” (fl. 56.057) (fl. 4.442 do acórdão).

No entanto – e aqui se configura a contradição –, **após constatar que o procedimento utilizado por JOSÉ BORBA para recebimento dos valores foi exatamente o mesmo de JOÃO PAULO**, conclui que *“embora sob o aspecto formal a operação informada tenha sido outra (beneficiário diverso), no caso, penso que o recibo importaria o próprio atestado da corrupção. Logo, não há que se falar, no que tange ao acusado JOSÉ BORBA, em ocultação ou*

*dissimulação*” (fl. 56.057) (fl. 4.442 do acórdão).

Ora, situações idênticas não podem ter consequências jurídicas diferentes e, por isso, ao constatar que a situação de fato era a mesma, é **contraditória** a condenação de um com a absolvição do outro, o que deve ser sanado.

**Ministra CÁRMEN LÚCIA:**

No mesmo ponto, também foi contraditório o voto da em. Ministra CÁRMEN LÚCIA:

Quanto aos fatos, constatou que JOÃO PAULO CUNHA *“solicitou que interposta pessoa (sua esposa) realizasse o saque, o que efetivamente ocorreu”*. Sendo que, da análise de referida circunstância, concluiu que *“Tal conduta subsume-se perfeitamente ao tipo penal previsto para o crime de lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei n. 9.613/1998)”* (fl. 53.420) (fl. 1.805 do acórdão).

Nestes termos a d. Ministra condenou JOÃO PAULO pela suposta prática do crime de lavagem de dinheiro.

Entretanto, contradizendo a primeira parte do voto por ela proferido e acima transcrito, ao votar o item VI, mais especificamente no que atina com o crime de lavagem imputado ao corréu JOSÉ BORBA, a Ministra constata que, neste caso, *“Simone de Vasconcelos, que efetuou o saque do valor, transferindo-o, em seguida, ao réu José Borba”* (fl. 53.630) (fl. 2.015 do acórdão).

Ocorre que a em. Ministra, diante da mesma situação fática, qual seja, recebimento dos valores por interposta pessoa,

chegou a conclusão diversa, de que o envio de terceiro não configura o crime de lavagem, quando utilizado para o recebimento de dinheiro advindo da prática do crime de corrupção passiva, porque “*O réu não pode ser compelido a produzir prova que possa lhe prejudicar em eventual ação penal*” (fl. 53.633) (fl. 2.018 do acórdão).

Assim, no caso de JOSÉ BORBA, entendeu-se que enviar outra pessoa para sacar o dinheiro no banco em seu lugar seria decorrência lógica da prática do próprio crime de corrupção passiva, ao passo que, no caso de JOÃO PAULO, compreendeu que enviar outra pessoa configuraria o crime de lavagem de dinheiro, o que é contraditório.

Diante do exposto, verificando-se a **contradição** também no voto da em. Ministra CÁRMEN LÚCIA, deve ser esta sanada para possibilitar a perfeita compreensão do acórdão.

## **Peculato:**

## **Omissão e dúvida :**

Os acusados se defendem dos fatos que lhes são imputados e não da capitulação jurídica que lhes é dada pela denúncia (STF, RT 779/487). É que a *imputatio facti* constitui o núcleo duro da inicial acusatória, delimitando o campo cognitivo do magistrado (Jorge Figueiredo Dias, “**Direito Processual Penal**”, Coimbra, ed. Coimbra, 1984, I/144) ou, por outra, demarcando “a área de incidência do *judicium*” (Frederico Marques, “**Elementos de Direito Processual Penal**”, Rio de Janeiro, ed. Forense, 1961, v. II, p. 252). Por outro lado e nessa medida, permite que o réu se defenda de uma acusação com contornos certos e bem definidos. Disso decorre, como parece elementar, que (i) a decisão condenatória haverá de manter ajuste capilar com o

fato, como imputado ao agente na inicial acusatória (vinculação temática) e (ii) se o juiz, ao sentenciar, divisar algum fato novo não constante da denúncia apto a condenar o imputado deverá abrir vista ao órgão acusatório para, conforme o caso, determinar alguma das providências previstas no art. 384 do CPP. Com isso, permite-se que o réu, genericamente considerado, possa se defender de algo que não constava da denúncia, mas que o juiz repute relevante.

Tanto é assim que este eg. STF, tendo como Relator o il. Min. JOAQUIM BARBOSA, reafirmou a tese de que, firme e forte, vigora entre nós “o princípio de correlação entre denúncia e sentença, pelo qual **o réu não pode ser condenado por fatos não narrados explicitamente na peça acusatória** (nesse sentido: HC 88.025, rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 13.06.2006)” (RHC 85.023, DJ 11/2/08). Nestes autos, a propósito, o em. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, reproduziu outros precedentes (RT 740/513; 745/650 e RT 762/567, cf. fl. 56.433).

Pois bem. Como já alertado nas alegações finais apresentadas em prol do Embargante, com relação à imputação de peculato no caso da SMP&B, a denúncia narrava que o valor do desvio praticado pelo Embargante era de **R\$ 536.440,55**, *verbis*:

*“A empresa SMP&B, com o aval de João Paulo Cunha, **subcontratou 99,9% do objeto licitado**. De uma soma total de R\$ 10.745.902,17, somente R\$ 17.091,00 foram pagos por serviços prestados diretamente pela SMP&B, representando 0,01%.*

*A SMP&B, do núcleo de Marcos Valério, participou do contrato apenas para intermediar subcontratações, recebendo honorários de 5% por isso. Referida situação caracteriza grave lesão ao erário, além do crime de*

*peculato.*

*Com efeito, João Paulo Cunha desviou R\$ 536.440,55 do contrato nº 2003/204.0 em proveito do núcleo Marcos Valério da organização criminosa. Explica-se.*

*O núcleo Marcos Valério, por meio da empresa SMP&B, assinou o contrato 2003/204.0 para não prestar qualquer serviço. Nessa linha, subcontratou 99,9% do objeto contratual.*

*Por conta disso, recebeu gratuitamente R\$ 536.440,55, valor dos honorários fixados na avença” (fl. 5.665 – denúncia).*

Por sua vez, as alegações finais ministeriais aduzem que “*após a análise dos pagamentos efetuados no curso do contrato nº 2003.204.0, demonstrou que o valor desviado foi de **R\$ 1.077.857,81** (um milhão, setenta e sete mil, oitocentos e cinquenta e sete reais e oitenta e um centavos)*” (fl. 45.228).

Mesmo que, violentando a doutrina e a jurisprudência sobre a matéria, se abstraia o fato de o il. chefe do *Parquet* não ter aditado a inicial e **só nas alegações finais tenha veiculado o acréscimo ao valor** do peculato-desvio, há algo que não foi apreciado pelo v. acórdão embargado e que tem relevo penal para a definição da materialidade do crime: Qual o valor do desvio no peculato? O tema, que diz com a própria materialidade do crime, é, ademais, importante para a progressão no regime da pena a ser eventualmente cumprida. É que o art. 33, §4º, do CP, em crimes contra a Administração Pública, condiciona a progressão do condenado “*à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais*”.

Embora, ao propor a fixação das penas, o d. voto do em. Relator mencione o “*prejuízo milionário*”, “em montante

superior a um milhão de reais” (fl. 58.069). Não está explicitado o valor exato (ou mesmo aproximado) do prejuízo causado. Veja-se que em seu d. voto quanto ao mérito, está explicitado o valor da corrupção “no montante de R\$ 50 mil”, mas não há idêntica referência quanto ao peculato (fl. 52.323).

A tal ponto chega a dúvida sobre a matéria que, mesmo a em. Min. ROSA WEBER, condenando o Embargante por este peculato, afirma:

“Reputo, portanto, provado o crime de peculato consistente da apropriação indevida de **R\$ 536.440,55** dos recursos disponibilizados para a execução do contrato entre a SMP&B e a Câmara” (fl. 52.730).

Na sequência, S. EXa. averba:

“Concluo, portanto, pela **materialidade** do crime de peculato, de R\$ **536.440,55** pelo pagamento sem causa efetuado à SMP&B pela Câmara dos Deputados...” (fl. 52.732).

O em. Min. GILMAR MENDES, ao rechaçar a tese defensiva, embora reafirme a ocorrência do peculato, toca no assunto referente aos honorários da SMP&B, mas pelo viés daqueles decorrentes da **veiculação de publicidade** no importe de **R\$ 948.338,41**.

Tal veiculação de publicidade, segundo o Laudo n. 1947/2009 do Instituto Nacional de Criminalística da Polícia Federal, é de induidosa ocorrência. Sim, vale repetir: o tão citado **Laudo nº 1947/2009** mostrou que “**OS SERVIÇOS CONTRATADOS FORAM PRESTADOS**, à exceção da empresa IFT, **foram executados**” (fl. 34.922). É a letra do laudo do

INC. Nesse caso, repetindo os termos da defesa, acentua o em. Min. GILMAR MENDES: “haveria indevida apropriação do montante de **R\$ 129.519**” (fl. 53.974).

Ora, se de acordo com o **Laudo nº 1947/2009 da PF** houve efetiva veiculação de publicidade e esta correspondeu ao montante de R\$ 7.041.511,04, cabendo a título de honorários à SMP&B o total de R\$ 948.338,41 (cf. tabela de fl. 34932), só se pode concluir que dos supostos R\$ 1.077.857,81 desviados, da fato, somente R\$ 129.519,40 são produto de desvio. Sim, porque os honorários decorrentes da veiculação **não** decorrem de subcontração. Decorrem de **comissão** repassada pelos órgãos de veiculação (Globo, Abril, Correio Brasiliense etc.). Aliás, é imposição legal a intermediação das agências de publicidade (art. 9º do Decreto 4.799/2003). A comissão cabente às agências de publicidade também é prevista em lei (Decreto 4.563, de 2002).

Todavia, diz o em. Min. GILMAR MENDES: “*Não importa!*” *Trata-se de recurso público e seu desvio, independentemente do quantum, é tipificado criminalmente*” (fl. 53.974).

Sim, corretíssimo para fins de condenação! Mas, considerando-se que a hipótese atina com crime de dano e que, além da necessidade de se definir a materialidade do crime, há, igualmente, quando menos para fins de progressão no regime prisional, a mesma necessidade, o v. acórdão embargado deve, *data venia*, ser aclarado para se explicitar o montante desviado.

Nessa conformidade, aguarda-se que este eg. Plenário supra a insuperável omissão do v. acórdão a fim de estabelecer a materialidade do peculato desvio em tese praticado pelo Embargante.

## Perda do Mandato:

### Contradição e obscuridade:

A Ata do julgamento estampa que o Tribunal, por maioria, decidiu pela perda do mandato nos termos do artigo 55, VI, §3º, CF:

"Proseguindo no julgamento quanto à questão da perda do mandato eletivo, colhido o voto do Ministro Celso de Mello, que acompanhou o Ministro Joaquim Barbosa (Relator), o Tribunal decidiu, uma vez transitado em julgado, que: 1) por unanimidade, ficam suspensos os direitos políticos de todos os réus ora condenados, nos termos do art. 15, inciso III, da Constituição Federal; 2) quanto aos réus João Paulo Cunha, Valdemar Costa Neto e Pedro Henry Neto, o Tribunal, por maioria, **decretou a perda do mandato eletivo, aplicando-se a esta decisão o art. 55, inciso VI, e § 3º da Constituição Federal**, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski (Revisor), Dias Toffoli, Rosa Weber e Cármen Lúcia, que aplicavam à espécie o § 2º do art. 55 da Constituição Federal."

Não obstante a reconhecida cultura do em. Min. Relator, o v. acórdão proferido nos autos da Ação Penal 470, também no que toca à perda do mandato dos condenados investidos em cargos públicos, padece, *data venia*, de obscuridade.

Tem início o d. voto condutor com a enumeração das hipóteses previstas no artigo 15 da Constituição Federal em que será decretada a perda ou a suspensão dos direitos políticos de um cidadão. Dentre elas, há previsão expressa, no inciso III, da “*condenação criminal transitada*

*em julgado, enquanto durarem seus efeitos”.*

Continua, então, para referir-se ao artigo 55 do mesmo Diploma, inserido no Capítulo que cuida da organização do poder Legislativo, o qual estabelece as hipóteses em que a Câmara ou o Senado Federal poderá decretar a **perda do mandato** do parlamentar que “*perder ou tiver suspensos os direitos políticos*” (inciso IV) ou “*sofrer condenação criminal transitada em julgado*” (inciso VI).

Aparentemente, seria desnecessário o desdobramento do referido dispositivo nos dois mencionados incisos, uma vez que, por força do artigo 15, III, diante da condenação criminal transitada em julgado, haveria a suspensão dos direitos políticos, o que, por sua vez, acarretaria a perda do mandato em virtude do que dispõe o inciso IV do artigo 55, CF.

O em. Min. Relator, contudo, faz a ressalva daquelas situações em que a decisão proferida pelo Poder Judiciário não tenha decretado a perda do mandato, ou por não estarem presentes os requisitos autorizadores previstos na legislação infraconstitucional (art. 92, Código Penal), ou por que tenha sido proferida antes ou depois da investidura, sendo outro o tempo do trânsito em julgado.

Seriam, pelo que se depreende, duas situações distintas. Numa delas, a sentença penal condenatória acarretaria a perda ou suspensão dos direitos políticos, que teria como efeito subsequente a perda do mandato como efeito irreversível da sentença condenatória (Art. 15, III, CF c.c. art. 92, CP e 55, IV da CF). Noutra, pela lacuna temporal ou ausência dos requisitos autorizadores da declaração judicial da perda do mandato na

sentença condenatória, a cassação do Deputado ou Senador seria decidida pela casa respectiva nos termos do artigo 55, VI, da CF.

Pois bem.

Na conclusão do d. voto-condutor, ao se referir especificamente à sentença criminal condenatória proferida pelo Supremo Tribunal Federal após a diplomação, o d. Ministro Relator afirma que *“a perda do mandato ocorre nos termos do art. 55, IV, e conseqüentemente, caberá à respectiva casa legislativa tão somente declarar a perda do mandato, conforme dispõe o §2º desse dispositivo Constitucional”*.

E continua *“Portanto, a deliberação da Casa Legislativa – prevista no artigo 55, §2º, da Constituição Federal – tem efeito meramente declaratório, não podendo rever nem tornar sem efeito decisão condenatória final desta Suprema Corte”*.

Ocorre que o §2º, do artigo 55, da Constituição Federal refere-se, expressamente, aos incisos I, II, e VI do referido dispositivo legal:

*§ 2º - Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será **decidida** pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.*

Ao inciso IV, refere-se o §3º do mesmo artigo:

*§ 3º - Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será **declarada** pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de*

*seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.*

Não é possível, portanto, pela redação do v. acórdão, concluir se o caso dos autos se subsume à hipótese de perda do mandato como consequência da suspensão dos direitos políticos (art.15, III c.c. art. 55, IV, §3º, ambos da CF) ou se, em virtude da condenação criminal ter sido proferida pelo Supremo Tribunal Federal, deve-se interpretar o §2º, do artigo 55 de forma a conceber a decisão do Poder Legislativo como meramente declaratória mesmo em caso em que a redação proposta pelo Poder Constituinte Originário é em sentido diverso.

Acentua-se a dúvida se considerados os debates entre os Eminentíssimos Ministros durante a leitura do voto do il. Ministro Revisor RICARDO LEWANDOWSKI. Nesse momento, afirma o em. Min. Relator:

*Se Vossa Excelência me permite, não para tentar influenciar Vossa Excelência, mas é que o sentido da conclusão do meu voto era o seguinte: eu, como não poderia deixar de fazer, aplico a lei a esses parlamentares, a lei penal, tal como ela existe para qualquer cidadão, ou seja, a consequência da condenação por crime de corrupção ativa, corrupção passiva e peculato é a perda do mandato, neste caso, porque os requisitos exigidos estão presentes. Agora, eu me limito, no meu voto, a deixar consignado que a consequência da condenação criminal é esta: a perda. Nós vamos comunicar isso à Câmara respectiva, a Câmara respectiva é que faça o que ela bem entender.*

(...)

*Veja, Vossa Excelência, a possibilidade, a minha proposta é esta: nós vamos deixar na nossa decisão consignada a perda, se a Câmara resolver lá que vai proteger esse ou aquele parlamentar, ela que*

***arque com as consequências, mas nós cumprimos a nossa missão que é de aplicar a lei a todos, de maneira igualitária.***

*Então, o que eu propus na minha decisão, e talvez não tenha sido muito claro, é isto: o Supremo não pode e não tem o direito de abdicar desse poder, que é conferido a todos os juízes do país de, ao condenar criminalmente uma pessoa, decretar a suspensão dos direitos políticos, se for o caso, se estiverem reunidas, ou a perda de um cargo público, de uma determinada função, ou mesmo de um mandato.*

Após, no entanto, assevera:

***O que não pode - e nesse caso eu evoco aqui a responsabilidade de cada um, e especialmente isso os membros da Câmara ou do Senado saberão avaliar - é o Supremo Tribunal Federal ter declarado, numa sua decisão criminal, que um determinado parlamentar, em consequência da condenação que lhe é aplicada, perde o mandato e o Parlamento dizer o contrário.***

Incontrovertida a possibilidade de declaração, em sentença condenatória, da suspensão dos direitos políticos nos termos do artigo 15, III, da CF, a dúvida que permanece diz respeito à natureza do pronunciamento posterior do Poder Legislativo no caso de sentença penal transitada em julgado (artigo 55, VI, CF), se declaratório ou constitutivo, e é justamente esse o ponto que permanece obscuro, com a devida *venia*, pela forma como foi redigido o d. voto-condutor que integra o v. acórdão.

Frise-se, enquanto a ata de julgamento afirma que o Tribunal, por maioria, “decretou a perda do mandato eletivo, aplicando-se a esta decisão o art. 55, inciso VI, e § 3º da Constituição Federal”, o r. voto condutor aduz que “a perda do mandato ocorre nos termos do art. 55, IV, e

*consequentemente, caberá à respectiva casa legislativa tão somente declarar a perda do mandato, conforme dispõe o §2º desse dispositivo Constitucional”.*

Em face disso, requer seja esclarecida a referida obscuridade contida no v. acórdão da Ação Penal 470, a fim de que se enfrente a matéria posta acerca da correta interpretação do artigo 55 da Constituição Federal.

Ademais, admitindo por amor à argumentação que a apontada obscuridade seja entendida como **erro material**, requer sejam conhecidos e providos os presentes embargos a fim de sanar a irregularidade<sup>3</sup>, nos termos do que dispõe o § 6º, do artigo 96, do Regimento Interno desse eg. Supremo Tribunal Federal.

Nessa conformidade, o Embargante aguarda o acolhimento destes embargos para o fim explicitado em cada tópico acima referido. Decidindo dessa maneira, Vossas Excelências, como é costumeiro, estarão prestando a melhor **Justiça!**

São Paulo, 1º de maio de 2013.

ALBERTO ZACHARIAS TORON

OAB/SP n. 65.371

---

<sup>3</sup> Precedentes: AI 855876 AgR-ED/PR, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe 13.02.2013; RE 677454 AgR-ED/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe 21.11.2012; RE 524385 AgR-ED/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe 10.10.2012.