



EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A QUEM COUBER A REDISTRIBUIÇÃO DESTE PROCESSO*

Ref. Ação Penal n. 470

* RISTF: Art. 75. O Ministro eleito Presidente continuará como Relator ou Revisor do processo em que tiver lançado o relatório ou aposto o seu visto.

RAMON HOLLERBACH CARDOSO, já qualificado nos autos em epígrafe, vem à presença de V. Ex^a, por intermédio de seus defensores, verificando a existência de obscuridades, dúvidas, contradições e no v. acórdão proferido, com fundamento no art. 317 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, c/c art. 191 do Código de Processo Civil, com amparo na decisão proferida nos agravos regimentais nºs 23 e 24 desta ação penal, por **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**, com requerimento de atribuição de **efeitos infringentes**, o que faz nos seguintes termos:

1. PEDIDO PRELIMINAR – REDISTRIBUIÇÃO DO FEITO

Concluído o julgamento do mérito da ação penal, não pode o Presidente continuar a funcionar como relator no feito. Esta é a interpretação dada ao art. 75 do RISTF.

A posição de Presidente é incompatível com a Relatoria, razão pela qual o Regimento Interno somente autoriza a cumulação excepcionalmente, quando o processo já está pronto para julgamento, de modo a evitar que o trabalho produzido pelo Relator se perca.

Assim, requer o Embargante a redistribuição do feito.

2. INTRODUÇÃO QUANTO A ESTES EMBARGOS

Busca-se, nestes embargos declaratórios, não só a declaração do acórdão, mas, em muitas vezes, a atribuição de efeitos infringentes para a modificação da decisão proferida por esta Suprema Corte.

O Embargante isso mesmo opõe os presentes embargos, sustentando suas razões, em todos os tópicos, a existência de dúvidas, originadas das contradições, omissões e obscuridades verificadas ao longo da decisão.

Salienta a defesa que este processo é excepcional, razão pela qual as longas páginas destes embargos não refletem capricho ou ousadia. Não há exagero. Não há intenção protelatória. Esta petição é pequena, em comparação ao tamanho do acórdão (e, certamente, seria ainda maior, caso à defesa fosse concedido o prazo de 30 dias, originalmente solicitado). Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes (fl. 59.570):

A rigor, o que é heterodoxo aqui? É ter um processo com trinta e oito acusados. É algo de especial, de fato, e acredito que é um fenômeno irrepetível. Oxalá! Porque realmente é uma situação toda ela peculiar.

Alie-se a isso o fato de estarmos diante de uma ação penal originária, sem que exista uma instância superior competente para reapreciar a matéria.

Talvez por essa razão o Regimento Interno desta Corte, para além das hipóteses de *omissão, contradição, obscuridade e ambiguidade* previstas nos códigos de Processo Civil (art. 535) e de Processo Penal (art. 619), também admite os embargos declaratórios para sanar dúvidas, o que alarga a hipótese de cabimento, sendo admissíveis os presentes embargos, portanto, em todos os tópicos a seguir, vez que todos os questionamentos são aqui suscitados, justamente, com fundamento na existência de *dúvidas*.

Por tais razões, o Embargante – não é demais lembrar, condenado a cumprir quase 30 (trinta) anos de prisão – solicita a este Tribunal a necessária atenção a todos os pontos sustentados a seguir, com a certeza que será atendido, tal como já anunciado pelo Revisor desta ação penal (fl. 56.349):

E até anuncio aos nobres advogados aqui presentes que, se houver algum erro factual, eu estou pronto a reconsiderar o meu voto em eventuais embargos de declaração. Procurei sempre, ao longo de todo esse processo, analisar todos os pontos levantados pela defesa de forma bastante minuciosa, entretanto, estou sempre aberto para corrigir eventuais erros, equívocos, omissões, contradições ou obscuridades.

3. PEDIDOS DE DECLARAÇÃO QUANTO À CONDENAÇÃO DO EMBARGANTE

3.1. DOS ESCLARECIMENTOS NECESSÁRIOS EM RELAÇÃO À CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA REFERENTE AO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS (ART. 333, CÓDIGO PENAL) - ITEM III.1 B.1 DA DENÚNCIA

OMISSÃO E OBSCURIDADE NO MOMENTO DE INDICAÇÃO DO DOLO DO ACUSADO. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA DE SER SÓCIO E TRABALHAR LICITAMENTE NA SMP&B E O INDISPENSÁVEL DOLO DE CORROMPER.

Conforme será demonstrado, o voto condutor, acompanhado pela maioria dos Ministros desta Egrégia Corte, é obscuro porque indica “provas” relativas a outros fatos para condenar pelo ato doloso de corromper e, ainda, é omissivo porque deixa de indicar qualquer prova ou indício que aponte a indispensável ciência do Embargante no concurso da suposta prática criminosa. Vejamos:

Consta de denúncia a seguinte imputação, no que diz respeito ao ora Embargante Ramon Hollerbach Cardoso:

Em uma dessas reuniões, Marcos Valério, em nome de Ramon Hollerbach, Cristiano Paz e Rogério Tolentino, ofereceu vantagem indevida (50 mil reais) a João Paulo Cunha, tendo em vista sua condição de Presidente da Câmara dos Deputados, com a finalidade de receber tratamento privilegiado no procedimento licitatório em curso naquela Casa Legislativa para contratação de agência de publicidade.¹

Diante disso, percebe-se que Ramon se defende de **apenas uma** imputação: ser um dos autores mediatos do crime de corrupção.

Segundo o Relator (fl. 52.263):

O recebimento de R\$ 50 mil, através de pessoa de sua confiança, na agência do Banco Rural em Brasília, **mereceu diferentes explicações** da defesa do réu JOÃO PAULO CUNHA.

Nesse momento, o Relator desenvolve um raciocínio destinado a provar o vínculo entre João Paulo Cunha, Marcos Valério, Ramon Hollerbach e Cristiano Paz.

O voto do Relator, mais adiante, menciona dois depoimentos prestados por João Paulo Cunha, sendo que no primeiro deles, o deputado sequer menciona os nomes de Ramon Hollerbach (fls. 1876-1879, vol. 9). No segundo, o menciona apenas para dizer que conheceu Ramon em outra ocasião, quando da campanha para a Presidência da Câmara dos Deputados e

¹ Os grifos e demais destaque, nesta e nas demais citações, ao longo desta petição, são nossos.

Cristiano, na sede da SMP&B em Belo Horizonte. Ao final, afirma que na reunião havida em 03 de setembro com Marcos Valério não tratou do recebimento de dinheiro e não lhe foi solicitado nenhum favor para as pessoas de Ramon, Cristiano e Rogério Tolentino (fls. 15.430-15.438, vol. 72).

Dito isso, questiona-se: de onde o voto proferido extrai a conclusão de que Ramon teria solicitado a Marcos Valério o pagamento de propina a João Paulo Cunha? **Onde está provado que Marcos Valério teria ido a Brasília para corromper, a pedido de Ramon?**

Aliás, não basta que Marcos Valério tenha agido em *nome de Ramon*, mas para que este seja condenado, é preciso que se prove que aquele agiu, nem só *em nome* dele, como também *com o seu consentimento*.

Ora, suponhamos que sejam verdadeiras as imputações dirigidas a Marcos Valério. Diante disso, indaga-se: a prática de crimes é algo que se divulga abertamente?

A propósito, o que fica claro é o seguinte: ainda que João Paulo Cunha tivesse mentido, por qual razão ele esconderia a participação de Ramon e de Cristiano no episódio, posto que seus depoimentos, ainda que divergente dos termos da denúncia, não omitem nenhum outro nome, de nenhum outro denunciado?

Não está comprovado o necessário **dolo** na conduta de Ramon e as poucas insinuações contidas no voto do Relator não conduzem a esta conclusão: segundo o Relator, João Paulo Cunha declarou que encontrou algumas vezes com Ramon e Cristiano Paz e, após, cita dois depoimentos (já citados acima) e conclui que:

“Percebe-se, portanto, a frequência das reuniões de JOÃO PAULO CUNHA com MARCOS VALÉRIO, além de alguns encontros com os outros dois sócios da SMP&B, para discutir as eleições de 2004, conforme depoimentos acima”.

O voto é obscuro porque o digníssimo Relator, ao invés de ir direto ao assunto, demonstrando onde está a prova do dolo de Ramon, passou a divagar sobre a sua participação no controle acionário da SMP&B, para levar à presunção de que Marcos Valério teria agido a partir de um comando, ou no mínimo da aceitação de Ramon Hollerbach.

A obscuridade fica clara, porque o voto condutor, genericamente, extrai do depoimento de João Paulo Cunha uma conclusão equivocada, levando à equivocada conclusão que João Paulo Cunha e Ramon se encontravam com determinada frequência, para assim induzir o leitor à aceitação da tese de que eles praticaram o crime de corrupção ativa. Na verdade, João

Paulo Cunha nunca declarou que se reunia frequentemente com Ramon. De onde se extrai essa conclusão?

Tal explicação (como o voto condutor chega à conclusão de participação de Ramon nos fatos) seria indispensável a comprovar o indispensável dolo da corrupção ativa, vez que a denúncia afirma que Marcos Valério (apenas ele) teria tido diversas reuniões com João Paulo Cunha e que em uma reunião, teria oferecido vantagem indevida **em nome de** Ramon Hollerbach, Cristiano Paz e Rogério Tolentino.

Não estando estabelecido o nexo causal, a conclusão desse tópico, quanto à condenação do Embargante deveria ser oposta, no sentido da absolvição.

E há mais: enquanto a denúncia, claramente, diz que Marcos Valério teria agido em nome de Ramon Hollerbach, Cristiano Paz e Rogério Tolentino, o voto condutor deixa de mencionar em qual circunstância (“**em nome de...**”) o réu Ramon teria efetivamente participado do crime, limitando-se a dizer que a SMP&B era “administrada unicamente por Marcos Valério, Ramon Hollerbach e Cristiano Paz”.

Ora, partindo da premissa que o saque do cheque foi verdadeiro, donde se conclui que Ramon sabia qual a destinação dos valores?

Não basta, para tanto, citar depoimento de Marcos Valério, no qual ele afirma que a empresa era tocada a três mãos, PORQUE ELE ESTÁ, QUANTO A ESTE PONTO, EVIDENTEMENTE, mencionando a condução LÍCITA da empresa, onde cada uma das mãos (Marcos Valério, Cristiano e Ramon) possuía função bem definida.

Não é possível compreender a razão pela qual o depoimento de testemunha de acusação que trabalhava dentro da SMP&B, em Brasília, foi omitido no acórdão. Trata-se do depoimento de Eliane Alves Lopes (vol. 93, fls. 20.054/20.083), que foi categórica ao afirmar que a estrutura de criação da SMP&B estava em Brasília, e que lá também havia estrutura de atendimento ao cliente. Afirma que Marcos Valério aparecia pouco em Brasília, cerca de uma vez por mês, pois a área dele era administrativa, deixando claro que Cristiano era Presidente e nessa qualidade, era responsável pela criação, enquanto Ramon era responsável pela operação (fluxo técnico; criação, produção, mídia e várias técnicas).

Esta testemunha, omitida no acórdão, fala que cada sócio interagia com os órgãos públicos nas suas respectivas áreas (criação, operação e administrativa).

O voto condutor, no tópico III.1, cita o nome de Ramon inúmeras vezes, mas quase sempre acompanhado do nome de Marcos Valério ou da informação de que era sócio da SMP&B, mas nunca indica a prova de que ele possuía o necessário conhecimento da suposta ação dolosa de corrupção praticada, segundo a própria denúncia, pela pessoa de Marcos Valério?

O que se questiona, e o Supremo Tribunal Federal precisa declarar, é onde está a relação de causalidade entre o fato de Ramon ser, supostamente, sócio da empresa, e o resultado – corrupção de João Paulo Cunha –, na forma do art. 13 do Código Penal Brasileiro.

A propósito, a defesa nunca afirmou, no que diz respeito à SMP&B, que o Embargante era sócio oculto ou que ele não tinha funções – ao contrário, como responsável operacional, ele se reunia com clientes, dentro e fora da empresa. Portanto, o que se requer é que esta Egrégia Corte sane a omissão para INDICAR um único elemento probatório, seja indiciário ou judicial, que demonstre que Marcos Valério agiu **em nome** ou **a mando** de Ramon e, ainda, com o seu indispensável conhecimento.

Não há. Esta prova não existe. Por essa razão, espera-se que sejam atribuídos efeitos infringentes aos presentes embargos para que, por falta de provas (CPP, art. 386, inciso VII), o embargante seja ABSOLVIDO da imputação contida na denúncia.

3.2. DOS ESCLARECIMENTOS NECESSÁRIOS EM RELAÇÃO À CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO CRIME DE PECULATO REFERENTE À CÂMARA DOS DEPUTADOS (ART. 312 DO CÓDIGO PENAL) - ITEM III.1 DA DENÚNCIA

OMISSÃO CONSISTENTE NA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DE PROVAS DA INOCÊNCIA DO ACUSADO SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONTRADIÇÃO ENTRE AFIRMAÇÃO CONTIDA NO ACÓRDÃO E A PROVA NELE REFERIDA.

Sobre a suposta subcontratação de 99,9% dos serviços objeto do contrato firmado entre a Câmara e a SMP&B, há laudos, nos autos, que realmente fazem essa assertiva. Por outro lado, há documentos que provam o contrário. Dentre eles, uma decisão do TCU, órgão encarregado, em última instância de analisar a regularidade de contratos desta natureza.

Segundo afirma o TCU, o percentual de subcontratação chegou a 88,68%, algo perfeitamente normal na atividade publicitária, tendo em vista a natureza das atividades desenvolvidas. A propósito, várias são as testemunhas que comprovam esta assertiva, conforme mencionado no voto do Revisor.

Ao apreciar as provas, o doto Relator se manifestou quanto à decisão do TCU, da seguinte maneira (fl. 52.228):

A defesa menciona uma decisão do TCU que, com base em informações do Diretor-Geral da Câmara dos Deputados, chegou a uma conclusão distinta sobre o percentual de subcontratação (88,68%). No caso, houve uma alteração no entendimento final da Corte de Contas, que **se fundou tão somente em esclarecimentos do então Diretor-Geral da Câmara dos Deputados, Sr. Sérgio Sampaio Contreiras de Almeida**, o qual ocupou a função durante a Presidência do Sr. JOÃO PAULO CUNHA no órgão legislativo [29].

A nota de rodapé n. 29, indicada pelo Relator, remete ao item 25 do Acórdão do TCU, às fls. 40.352, vol. 188.

Ao analisar o documento citado pelo Relator, percebe-se que o seu voto é **omissio** e **contraditório** quanto a este ponto.

Omissio, porque haveria de ter **declarado** a razão pela qual as informações prestadas pelo Sr. Sérgio Sampaio Contreiras de Almeida não são dignas de credibilidade.

Exemplifiquemos: se Sérgio Sampaio fosse arrolado como testemunha, o juiz deixaria de colher o seu compromisso de dizer a verdade? Estaria ele impedido de testemunhar? Trata-se de ascendente, descendente, afim em linha reta, cônjuge, irmão, pai, mãe, filho adotivo (CPP, art. 206)? Trata-se de pessoa que doente ou deficiente mental, ou menor de 14 anos (CPP, art. 207)? Além disso, seria amigo íntimo ou inimigo capital de algum dos envolvidos neste processo, a justificar a sua recusa?

Vale lembrar que o caso o órgão acusador entendesse que o Sr. Sérgio Sampaio tivesse faltado com a verdade, omitido ou fornecido informações, poderia tê-lo denunciado pela prática de crime de fraude processual (CP, art. 347), mas assim não o fez.

Portanto, verifica-se que apesar de não haver qualquer razão legal para se reconhecer a falta de credibilidade do Diretor-Geral da Câmara dos Deputados, apesar de não haver qualquer questionamento de sua conduta por parte do Procurador-Geral, o Relator dessa ação penal, que não é parte, sem ser provocado, declarou indiretamente a sua suspeição, a ponto de declarar inválido um acórdão da mais alta Corte de contas do Brasil!

Diante disso, a defesa espera que seja suprida tal omissão, para que esta Corte declare qual a causa legal que faz recair sobre o Sr. Sérgio Sampaio Contreiras de Almeida a suspeita de indignidade em sua fé.

Além disso, há contradição. O argumento invocado no voto condutor, seguido pela maioria dos Ministros, é o de que o acórdão do TCU se funda exclusivamente nas informações prestadas pelo Sr. Sérgio Sampaio.

Ocorre que tal não é verdade. Vejamos o trecho do acórdão citado pelo próprio Relator na nota de n. 26:

25.2. Análise.

25.2.1 As informações apresentadas pelo Diretor-Geral, respaldadas pela documentação constante dos autos, são bastante consistentes. A irregularidade apontada diz respeito ao total da subcontratação, que teria atingido 99,9 % do contrato, o que configuraria infração legal, que proíbe a subcontratação total do objeto do contrato. Quando, na realidade, verifica-se, pelos dados anexados, que esse percentual atingiu 88,68 %, que, apesar de alto, para esse tipo de trabalho, pode ser considerado normal, como muito bem esclarecido pelo informante.

Como se vê, o TCU diz que as informações estão respaldadas por outros documentos. Esta afirmação nos remete a outro trecho do acórdão do TCU (fl. 40.349-40.350. vol. 188):

19. Pela análise dos autos verifica-se que a Câmara dos Deputados encaminhou farta documentação a este Tribunal em relação às irregularidades apontadas, tanto pela equipe de auditoria do TCU quanto pela Secretaria de Controle Interno daquela Casa. Pode-se constatar que, dentre esses documentos, constam: cópias de informações prestadas, em duas ocasiões diferentes, sobre essas supostas irregularidades, pelo Sr. Diretor-Geral à Comissão de Ética e Decoro Parlamentar da CD (Vol. 8); cópia de Relatório de Sindicância Administrativa instaurada pela Portaria n. 81/DG/2006 (fl. 1295, Vol.10) e ainda documentação apresentada pelo Diretor-Geral em resposta a solicitações da equipe de inspeção do TCU (Vols. 10, 11 e 12) e em atendimento à diligência desta Secretaria (Vols. 13 e 14).

Importante destacar que o acórdão do TCU faz referências a documentos contidos em um processo que conta com no mínimo **14 volumes**.

Diante disso, é necessário que esta Corte sane a contradição gerada por este trecho do da decisão, determinante para afastar a prova que levaria à improcedência da denúncia quanto a este tópico, para que declare se o Acórdão do TCU, citado pelo ilustre Relator, cujas conclusões foram descartadas, se funda tão somente em esclarecimentos do então Diretor-Geral da Câmara dos Deputados, Sr. Sérgio Sampaio Contreiras de Almeida, ou se a conclusão da Corte de Contas se funda também em outros documentos.

Caso se reconheça que (a) não recai sobre o Sr. Sérgio Sampaio qualquer causa de suspeição, e que (b) o acórdão do TCU não se baseia exclusivamente em esclarecimentos

prestados por esta pessoa, esta Augusta Corte estará reconhecendo, no mínimo, a existência de dúvida razoável quanto às suas conclusões (subcontratação de quase 100% do contrato), o que levará à atribuição de efeitos infringentes aos presentes embargos, para que seja absolvido o embargante com fundamento no art. 386, inciso VII do Código de Processo Penal.

OMISSÃO NA ANÁLISE DE ARGUMENTOS DEFENSIVOS. DESCONSIDERAÇÃO DE PROVAS FUNDADA EM ARGUMENTO INIDÔNEO E OFENSIVO À REPUTAÇÃO DOS ADVOGADOS E OMISSÃO NA ANÁLISE DE PROVA TESTEMUNHAL QUE DÁ RESPALDO ÀS PROVAS JUNTADAS PELA DEFESA DO EMBARGANTE.

Ao refutar os pedidos das defesas, o voto condutor, seguido pela maioria dos ministros, afirma (fl. 52.286-52.287):

No caso, o crime de peculato se consumou porque o papel da SMP&B, durante todo o período de execução do contrato 2003/204.0 com a Câmara, foi, em essência, o de mera recebedora de honorários. Isso se deu pelo excessivo volume de subcontratações ao longo de um ano de contrato: 99,9% do total de gastos realizados destinou-se à contratação de terceiros.

De fato, enquanto os gastos da execução contratual somaram R\$ 10.745.902,17 (fls. 34.929), sempre passando pela conta bancária da SMP&B, apenas R\$ 17.091,00 corresponderam a pagamentos por serviços prestados diretamente pela própria agência (Laudo 1947, fls. 34.939). Vale destacar, ainda, que, depois de diligências realizadas pelos peritos sobre esses raros serviços prestados diretamente pela SMP&B, constatou-se que somente uma parte ainda menor (um quarto) correspondia a atividades de criação da agência [28]: ou seja, ainda menos do que 0,01%.

A nota de número 28, mencionada pelo Relator, possui o seguinte teor (fl. 52.401-52.402):

[28] Os documentos juntados com as alegações preliminares do Sr. RAMON HOLLERBACH (Apenso 111) não comprovam que houve efetiva prestação de serviço pela SMP&B. Primeiro, **porque se trata de cópias**; segundo, porque não há como associar essas cópias a alguma atividade da SMP&B. Há inclusive, cópias de logomarcas oficiais, que não foram criadas pela agência de publicidade. Além disso, as decisões que autorizaram subcontratações, e os ofícios requisitórios, demonstram que servidores da Câmara vinham criando campanhas e executando serviços na SECOM, e não há menção, nessas decisões, a eventuais peças ou trabalhos realizados pela SMP&B que demandassem as subcontratações.

Como se vê, o acórdão é omissão porque simplesmente descarta a prova trazida aos autos pela defesa alegando que se trata de cópias. Por qual razão os advogados de Ramon seriam menos importantes que os demais sujeitos que participam das investigações e da instrução processual? Por qual razão as cópias juntadas pelos advogados de defesa não são aceitáveis?

Os advogados são suspeitos? Indignos de fé?

Data venia, a explicação invocada para refutar a prova é omissa, porque não é plausível e não possui qualquer amparo legal. Com efeito, constitui inaceitável ofensa às prerrogativas do advogado a recusa a documento por ele juntado, como se este não fosse profissional sério e responsável.

Aliás, se assim fosse, toda a ação penal 470 haveria de ser julgada improcedente, por ausência de provas, pois todos os documentos que a instruem são cópias não autenticadas. Assim, este Tribunal há de declarar qual a razão plausível que o leva a concluir que documentos trazidos aos autos pelos advogados não possuem validade.

Também há uma segunda omissão, porque mais uma vez deixou-se de analisar o acervo probatório como um todo, descartando-se provas idôneas. Como se vê, a testemunha arrolada pela acusação Eliane Alves Lopes (vol. 93, fls. 20.054-20.083) explicou como funcionava o contrato com a Câmara, afirmando que “*o volume de trabalho era imenso*”. Segundo esta testemunha havia muitas peças pequenas que eram rodadas dentro da gráfica da Câmara e que, como a remuneração para isso era de 5% ou 10% do valor da tabela, ficou parecendo que a empresa não trabalhou.

Assim, embora o julgador não esteja obrigado a se manifestar sobre todos os argumentos defensivos expostos nos autos, fica claro que, neste caso, o voto proferido pelo Relator se manifestou sobre a prova trazida aos autos pela defesa do Embargante. Logo, há de declarar o acórdão para, sanando a omissão e a dúvida existentes, esclarecer por qual razão o depoimento desta testemunha compromissada, arrolada pelo órgão acusador, que dava respaldo aos documentos juntados pela defesa, **não foi considerado**.

Também quanto a este ponto, portanto, deve esta Corte declarar o acórdão para sanar as duas omissões apontadas, indicando motivos idôneos para a recusa da prova juntada pela defesa e explicando a razão pela qual o depoimento de uma testemunha de acusação teria sido sumariamente descartado.

Caso se reconheça que (a) não há razão para a recusa da prova juntada pela defesa, e (b) que o depoimento da testemunha acima referida dá respaldo a esta documentação, esta Corte Suprema estará, igualmente reconhecendo a existência de dúvida razoável quanto às suas conclusões, o que conduzirá a ação à sua improcedência, na forma do art. 386, inciso VII do

Código de Processo Penal, razão pela qual, além de acolhidos os embargos declaratórios, há de ser-lhes atribuídos efeitos infringentes para modificar o *decisum* quanto a este ponto.

3.3. DOS ESCLARECIMENTOS NECESSÁRIOS EM RELAÇÃO À CONDENAÇÃO REFERENTE A TODOS OS CRIMES RELACIONADOS AO BANCO DO BRASIL – ITEM III.3 DA DENÚNCIA

As condenações relativas a dois crimes de peculato e um crime de corrupção ativa partem de um mesmo pressuposto: Ramon Hollerbach Cardoso era um dos sócios da DNA.

A defesa de Ramon, ao contrário do que se insinua, nunca afirmou que o mesmo não era sócio da DNA. O que se disse é que o mesmo não era sócio direto, e sim acionista, por meio de outra empresa, e que o mesmo não possuía atribuições administrativas ou financeiras nesta empresa. **Este fato é incontrovertido.**

Portanto, é necessário sanar equívocos do acórdão, que certamente levarão a uma reflexão dos ilustres julgadores, a culminar na atribuição de efeitos infringentes aos embargos, em relação a todas as condenações relativas à empresa DNA, a culminar na absolvição do Embargante.

Vejamos:

CONTRADIÇÃO DECORRENTE DA CITAÇÃO DE DEPOIMENTO DE MARCOS VALÉRIO, NO QUAL O MESMO AFIRMA QUE ELE, RAMON E CRISTIANO TOCAVAM A EMPRESA A “TRÊS MÃOS”, PARA SE REFERIR À DNA.

O interrogatório de Marcos Valério foi (parcialmente) citado de forma recorrente, no acórdão, sempre para tentar associar as suas condutas a Ramon e Cristiano (voto do Revisor, fl. 52.545, fl. 52.556, voto do Ministro Luiz Fux, fl. 53.199, dentre outros).

Ocorre que, ao contrário do sustentado pelo acórdão, este trecho do depoimento de Marcos Valério refere-se exclusivamente à empresa SMP&B, e não à DNA. Ademais, quanto à destinação de recursos a pessoas indicadas por Delúbio Soares, Marcos Valério nunca mencionou a ciência de Ramon Hollerbach ou Cristiano Paz.

A defesa solicita, portanto, a este Supremo Tribunal Federal, a declaração do acórdão, para sanar a contradição consistente na indicação de trecho de depoimento de Marcos Valério referente à SMP&B para incriminar Ramon em fatos relativos à DNA.

CONTRADIÇÃO ENTRE A MANIFESTAÇÃO CONTIDA NO VOTO CONDUTOR E A PROVA ALI MENCIONADA.

Da nota de n. 77 do voto do Relator (fl. 52.423) extrai-se a informação de que o Conselho de Cotistas da DNA possui 5 membros, sendo um deles o ora Embargante. Esta nota se refere à afirmação contida à fl. 52.383, onde é dito que recursos do Banco do Brasil, mantidos no Fundo Visanet, foram desviados em benefício de Ramon.

Há evidente contradição, porque o Contrato Social da DNA mencionado na nota n. 77 não trata de qualquer transferência de recursos do Banco do Brasil a Ramon. Portanto, é necessário que esta Corte declare o acórdão, quanto a este ponto, para indicar onde está a prova de que Ramon teria desviado em proveito próprio os recursos do Fundo Visanet.

A propósito, a contradição acima está relacionada à dúvida gerada pela grave omissão a seguir apresentada, onde um trecho do voto lido em plenário pelo Relator desapareceu:

DISCREPÂNCIA ENTRE O VOTO PROFERIDO ORALMENTE – E DIVULGADO NA INTERNET – E O VOTO PUBLICADO. CONTRADIÇÃO DECORRENTE DO DESAPARECIMENTO DE TRECHO RELEVANTE DO VOTO E OMISSÃO DIANTE DA NÃO EXPLICITAÇÃO DE QUAL SERIA A EMPRESA DE TITULARIDADE DO EMBARGANTE QUE RECEBEU R\$ 400.000,00 PROVENIENTES DO BANCO DO BRASIL

Para convencer os demais Ministros, de que Ramon teria se beneficiado das transferências do Fundo Visanet à DNA, o Relator assim se manifestou (páginas n. 116-117 do voto lido em Plenário e divulgado no site do STF):

Além de a DNA Propaganda ter destinado parte dos R\$ 35 milhões do Banco do Brasil, no mesmo dia do recebimento, para aplicação em CDB de sua titularidade no Banco BMG, que lastreou empréstimo cujo numerário foi distribuído para as pessoas indicadas por DELÚBIO SOARES, a DNA realizou, ainda, outras aplicações financeiras com o dinheiro do Banco do Brasil e, no dia 24 de março de 2004, resgatou R\$ 1.204.560,00 de rendimentos (aplicação da conta 602000-3), transferindo o montante para outra conta da agência (601999-4), “**a partir da qual foram efetuados saques totalizando R\$ 1.200.000,00, em que parte beneficiou pessoas vinculadas à empresa**”, sendo elas: a) R\$ 400 mil para conta de titularidade da Sra. Renilda Maria Santiago Fernandes de Souza, esposa do acusado MARCOS VALÉRIO, no Bank Boston; b) R\$ 200 mil para conta da agência 2S Participações Ltda., vinculada ao réu MARCOS VALÉRIO; c) R\$ 200 mil para conta de titularidade de CRISTIANO PAZ no Banco Rural, no dia 25.3.2004 – ou seja, quando o acusado, inclusive, já havia se desligado formalmente da DNA Propaganda, o que anula o argumento formulado por sua defesa; **d) R\$ 400 mil para conta de titularidade de empresa do Sr. RAMON HOLLERBACH** (Laudo 2828, Apenso 142, fls. 77/119, parágrafo 116).

A única empresa que teria recebido R\$ 400.000,00 da DNA é denominada “**Rio Carnaval e Samba**”, situada no Rio de Janeiro, segundo consulta ao Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas. Esta empresa não possui e nunca possuiu qualquer relação com o Embargante (basta consultar a Junta Comercial do Rio de Janeiro).

Certamente, este trecho **influiu** na decisão de outros Ministros, tendo, inclusive, o Ministro Marco Aurélio **repetido** essa assertiva em seu voto (fl. 54.036-54.037):

A ciência dos sócios decorre da administração verificada e não da simples qualidade de sócios. Refiro-me a Ramon e a Cristiano, mesmo porque **houve depósito, na conta de uma empresa do primeiro, no montante de quatrocentos mil reais.**

Ocorre que este último trecho do voto lido em plenário pelo Relator e repetido pelo Ministro Marco Aurélio (letra *d*: transferência de R\$ 400 mil para conta de titularidade de empresa do Sr. RAMON HOLLERBACH) desapareceu quando da publicação oficial do acórdão (fls. 52.378):

(...) “a partir da qual foram efetuados saques totalizando R\$ 1.200.000,00, em que parte beneficiou pessoas vinculadas à empresa”, sendo elas: a) R\$ 400 mil para conta de titularidade da Sra. Renilda Maria Santiago Fernandes de Souza, esposa do acusado MARCOS VALÉRIO, no Bank Boston; b) R\$ 200 mil para conta da agência 2S Participações Ltda., vinculada ao réu MARCOS VALÉRIO; c) R\$ 200 mil para conta de titularidade de CRISTIANO PAZ no Banco Rural, no dia 25.3.2004 – ou seja, quando o acusado, inclusive, já havia se desligado formalmente da DNA Propaganda, o que anula o argumento formulado por sua defesa (Laudo 2828, Apenso 142, fls. 77/119, parágrafo 116).

O embargante indaga ao Relator: onde está a assertiva feita em plenário? Por qual razão ela desapareceu? Considerando, ainda, que o Relator, ao indeferir pedido formulado pela defesa, de prorrogação de prazo para embargos, declarou que os votos já eram conhecidos, a defesa presume que aquilo que foi divulgado anteriormente, embora não disponível no acórdão, deve obrigatoriamente integrar da decisão, sobretudo porque outros Ministros se valeram de tal assertiva para formar a sua convicção. Logo, é de se indagar, a fim de sanar omissão contida no voto do Relator e repetida pelo Ministro Marco Aurélio: qual é a empresa de titularidade de Ramon Hollerbach Cardoso que teria recebido R\$ 400.000,00?

Com a resposta, o Embargante solicita ao Ilustre Ministro Marco Aurélio (e aos demais Ministros, pois acompanharam o Relator sem questionar tal assertiva) o saneamento da omissão para declarar seu voto, especificamente nesta parte, e esclarecer se a fundamentação invocada (recebimento de R\$ 400.000,00 na conta de empresa de titularidade Ramon) é idônea a levar à conclusão pretendida (ciência de Ramon acerca da prática de crimes na administração da

DNA). Caso positivo, o embargante solicita que se especifique qual é a conta onde foi depositada tal quantia, e qual é o documento existente nos autos que comprova ser essa conta de titularidade de Ramon Hollerbach Cardoso.

De antemão, o Embargante garante: não há, em nenhuma das centenas de milhares de páginas do processo e seus apensos, qualquer documento que ateste a transferência de quatrocentos mil reais para a conta de Ramon, ou mesmo a existência de uma empresa em seu nome que tenha recebido estes valores, pois tal fato nunca ocorreu. **Isto não é verdade.**

Seguindo esta linha de raciocínio, é fácil perceber que há a possibilidade de o Ministro Marco Aurélio ter se equivocado em seu voto, e talvez outros Ministros, ao acompanhar o Relator por entender que a conduta de Ramon estaria bem destacada nas provas.

Percebe-se, inclusive, que toda a linha de raciocínio, *data venia*, equivocada, conduziu os demais Ministros à conclusão de que era Ramon, e não os outros dois sócios não denunciados, um dos responsáveis pela relação entre a DNA e o Banco do Brasil. Vejamos adiante:

CONTRADIÇÃO VERIFICADA NA ASSERTIVA DE QUE NÃO HÁ A IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA A RAMON, PELO FATO DE OUTROS SÓCIOS (FRANCISCO CASTILHO E MARGARETH FREITAS) NÃO TEREM SIDO DENUNCIADOS. OMISSÃO DIANTE DA INOBSERVÂNCIA DE PROVAS QUE ATESTAM JUSTAMENTE O CONTRÁRIO (FRANCISCO CASTILHO E MARGARETH FREITAS ERAM OS SÓCIOS QUE POSSUÍAM RELAÇÃO COM O BANCO DO BRASIL). DÚVIDA QUANTO À CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE TAIS DOCUMENTOS PELOS DEMAIS MINISTROS DESTA CASA. CONTRADIÇÃO DECORRENTE DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO SR. HENRIQUE PIZZOLATO, POR TER ELE SIDO RESPONSÁVEL PELA RELAÇÃO ESTABELECIDA ENTRE BANCO DO BRASIL E DNA, E RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO EMBARGANTE, QUE NÃO POSSUÍA QUALQUER RESPONSABILIDADE CONTRATUAL, ENQUANTO OUTROS SÓCIOS – QUE ASSINARAM O CONTRATO – FORAM DESCONSIDERADOS.

Mais adiante, após afirmar que Ramon teria recebido quatrocentos mil reais provenientes do Banco do Brasil, o Ministro Marco Aurélio, confortado pelo voto do Relator, repetiu outro argumento, o qual, igualmente, revela-se equivocado (fl. 54.038):

Não tenho, Presidente, nesse contexto, como deixar de acompanhar o ministro relator, mesmo porque se constata que não foram denunciados todos os diretores da

Agência. Dois foram excluídos: Margareth Freitas e Francisco Castilho, o que revela que a denúncia não partiu da simples qualidade de sócios dos denunciados.

E a DNA, também ficou demonstrado, seria empresa controlada pelo grupo da agência principal, que é a SMP&B. Cristiano e Ramon assinavam os cheques e tinham, portanto, conhecimento das práticas.

Diante disso, o Embargante pretende que este Tribunal sane a dúvida gerada: será que os demais Ministros tiveram acesso aos documentos que comprovam, justamente, que esses dois sócios (Francisco Castilho e Margareth Freitas) assinaram documentos relativos à relação havida entre a DNA e o BB?

Verifica-se que, enquanto Ramon não sacou os R\$ 400.00,00 afirmados pelo Relator, Margareth Freitas sacou R\$ 737.500 das contas da DNA em 14/12/2004 (Laudo 2828, Apenso 142, fls. 77/119, parágrafo 146), o que torna ainda mais incoerente a argumentação de que a situação de Ramon era diferente de outros.

A única diferença que se vê é que Ramon não era, e nunca foi, o responsável pelo contrato da DNA com o Banco do Brasil!

A assertiva feita pelo Ministro Marco Aurélio, na verdade, é uma repetição do voto condutor, que assim se manifestou (fl. 52.346):

Em primeiro lugar, os réus não estão sendo processados por crimes de peculato pelo mero fato de participarem da composição societária da empresa DNA Propaganda. Tanto é assim que outros dois sócios da mesma agência, Sra. Margareth Freitas e Sr. Francisco Castilho, sequer foram acusados da prática de qualquer desvio, a comprovar que não houve mera atribuição de responsabilidade penal objetiva aos dois réus, pela prática criminosa.

Preferiu o Relator citar “*várias testemunhas*”, todas estranhas à realidade interna da empresa e descartar o depoimento, justamente, do Sr. Francisco Castilho (vol. 222, fl. 47.362-47.365), trazido aos autos pelo corréu Cristiano Paz, o qual afirmou que “*Cristiano e Ramon não tinham papel específico na DNA*”.

Francisco Castilho disse mais (fl. 47.364):

Que a DNA funcionava no seguinte endereço: Aimorés, 981, 2º andar, Funcionários, ocupando tojo o andar e pilotis do prédio; que Ramon não tinha sala lá; que Ramon não tinha chave da empresa, nem o interrogando, que tinha porteiro 24 horas; que havia uma vigia que trabalhava de nove da noite às sete da manhã, quando chegava a faxineira; que a agência não tinha chave, funcionando nos finais de semana, durante a noite; que o Ramon não trabalhava na DNA em nenhum setor; que a DNA e a SMP&B, após o ingresso de Ramon e Cristiano na primeira, via Grafitti, continuaram concorrentes, normalmente; que as agências DNA e a SMP&B tinham filosofias, credos e modos de

atuação absolutamente diferentes; que acha que quem dirigia a SMP&B era Ramon, Marcos Valério e Cristiano.

Se quisesse buscar a verdade, poderia o MPF ter optado por ouvir Francisco Castilho como testemunha nesta ação penal, já que inclusive o arrolou, mas, tendo esta oportunidade, o Procurador-Geral desistiu de sua oitiva (fl. 17.553, vol. 80), o que fez com que o representante do MPF presente em audiência na 4ª Vara Federal de Belo Horizonte tivesse que dispensar o mesmo, que já se encontrava no local da audiência, pronto para prestar esclarecimentos (fl. 19.216, vol. 88). Diante disso, não há como negar credibilidade ao depoimento prestado por Francisco Castilho e juntado aos autos pela defesa de Cristiano Paz, pois a acusação, se quisesse, poderia questionar suas declarações.

Também foi ignorada a palavra da defesa de Marcos Valério, quando afirmou em alegações finais que Ramon jamais teve qualquer participação em atos de gestão da empresa.

A omissão é evidente, porque a condenação se funda em depoimentos de pessoas estranhas à DNA, quando **dois dos sócios que efetivamente trabalhavam sequer mereceram a consideração dos Ministros desta Corte**, ainda que para que os seus depoimentos fossem rechaçados, o que leva à dúvida quanto à ciência acerca da existência destes documentos pelos demais Ministros. Além disso, não existe uma única testemunha que ligue Ramon ao Banco do Brasil. Caso exista, a defesa solicita a este Tribunal que declare o acórdão para dizer **qual testemunha afirma que Ramon tinha participação nos serviços prestados a este banco**.

Vale lembrar que embora Ramon assinasse (pouquíssimos) cheques (pois assinava somente na ausência de outro Diretor) é certo que os fatos atribuídos a ele, neste tópico, resumem-se aos serviços prestados ao Banco do Brasil.

Assinar cheques é diferente de praticar crimes, sobretudo porque o próprio Ministro Ricardo Lewandowski reconheceu que Ramon e Cristiano assinavam sem saber ao certo o que estavam fazendo (fl. 58.492):

Houve realmente corrupção, houve peculato, mas o dolo é normal à espécie, inclusive, pelos votos que todos nós proferimos, especialmente o meu, nós verificamos que a atuação de Ramon Hollerbach e de Cristiano Paz foi uma atuação periférica; entraram, se me permitem, um pouco como Pilatos do credo, para usar uma expressão mais popular. Assinaram, muitas vezes, sem saber claramente o que estavam fazendo.

E não se equivocou o duto Revisor, quanto a esta assertiva, porque sabe-se que Ramon somente era chamado a assinar por disposição contratual, sendo que, em relação de confiança própria de uma sociedade, nada era questionado.

Portanto, a defesa vê omissão nos votos, *data venia*, porque declararam que não há responsabilidade penal objetiva, quando, no entanto, a prova dos autos deságua na informação de que os responsáveis pela execução e fiscalização do contrato eram, justamente, esses dois sócios não denunciados. Além disso, há contradição, porque, por um lado, **no Banco do Brasil, o Sr. Henrique Pizzolato é responsabilizado** – e não as inúmeras outras pessoas que também assinaram documentos – **justamente porque o contrato celebrado entre o Banco e a Agência o indicava como o responsável**, enquanto, por outro lado, há igualmente um contrato assinado por Francisco Castilho – e que tem Margareth Freitas como testemunha – e uma procuração assinada por Francisco Castilho e Margareth Freitas, outorgando poderes a advogados para notificar tanto o Banco do Brasil quanto a Visanet, ou seja, para questionar os termos do contrato (documentos n. 06 e 07 do apenso 111, volume 2 dos autos), sendo que neste caso, inexplicavelmente, Ramon, sócio que não possui nenhuma relação documentalmente ou testemunhalmente comprovada com esta relação jurídica, está sendo gravemente responsabilizado, na esfera criminal, **por mera suposição**.

O que se questiona é: por qual razão este Tribunal ignorou os documentos que levam, justamente, à conclusão de que o Embargante não tinha qualquer relação com o Banco do Brasil?

Afinal, Ramon nunca se reuniu, nunca conversou com nenhum funcionário e jamais pisou no Banco do Brasil.

Questiona-se aqui a interpretação dada ao *livre convencimento motivado*. Ora, se por um lado, não precisa o magistrado se debruçar sobre toda a tese defensiva, por outro, espera-se, no mínimo, que refute fundamentadamente uma argumentação plausível, tal como é esta, tendo em vista que não há nos autos nenhum outro documento que estabeleça a relação entre o Banco do Brasil e a DNA, senão dois documentos assinados por Francisco Castilho e Margareth Freitas, e não por Ramon.

CONTRADIÇÃO CONTIDA NO VOTO DO REVISOR, QUE MENCIONA LAUDO PERICIAL RELATIVO À SMP&B PARA IMPUTAR A RAMON A PRÁTICA DE CRIMES RELACIONADOS À DNA

Sobre o delito de corrupção ativa, o Revisor assim se manifestou (fl. 52.559):

Vale lembrar que, conforme constatado em Laudo pericial (Laudo 2076/2006-INC, fls. 46-76 do apenso 142), RAMON HOLLERBACH era um dos sócios responsáveis pela assinatura dos livros contábeis e, consequentemente, das notas frias emitidas pela DNA Propaganda.

A perícia citada pelo Revisor se refere à SMP&B, razão pela qual pede-se que o ilustre julgador declare o seu voto, para informar se este argumento invocado é válido para condenar Ramon por crimes relacionados à DNA.

CONCLUSÃO QUANTO A ESTE TÓPICO:

A defesa não quer acusar ninguém, mas espera que este Tribunal, declarando e sanando as omissões apontadas, não só acolha os presentes embargos, com relação a este tópico, mas atribua-lhe efeitos infringentes, para, no tocante aos crimes relacionados ao Banco do Brasil, absolva o Embargante, com fundamento no art. 386, inciso VII do Código de Processo Penal.

3.4. DOS ESCLARECIMENTOS NECESSÁRIOS EM RELAÇÃO À CONDENAÇÃO RELATIVA AO CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA REFERENTE AO BANCO DO BRASIL (ART. 333 DO CÓDIGO PENAL) - ITEM III.3 C.1 DA DENÚNCIA

OBSCURIDADE VERIFICADA QUANDO DA INVOCAÇÃO DAS RAZÕES QUE LEVARAM A CONDENAÇÃO DE UM RÉU PARA CONDENAR O EMBARGANTE. OMISSÃO DECORRENTE DA AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE PROVAS QUE ATESTEM O DOLO DE CORROMPER.

No tópico de n. VIII da denúncia (lavagem de dinheiro), Cristiano Paz foi absolvido e Ramon Hollerbach condenado, ao argumento de que havia uma única prova que desfavorecia este, ao passo que nada se comprovou contra Cristiano Paz.

A defesa gostaria de compreender, assim, o que motivou esta Corte a, neste tópico relativo à corrupção ativa referente ao Banco do Brasil, mencionar uma circunstância que diz respeito exclusivamente a Cristiano, para condenar Ramon. Vejamos (fl. 52.386):

As provas dos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro também são robustas.

O pagamento identificado nestes autos – R\$ 326.660,67 – ocorreu no dia 15 de janeiro de 2004, tendo por origem a conta da agência DNA Propaganda no Banco Rural.

A comprovação consta do Apenso 87, volume 3, fls. 729/738.

Tratou-se, mais uma vez, de cheque nominal à DNA Propaganda e endossado à própria agência, contendo assinatura do réu CRISTIANO PAZ (fls. 732, Apenso 87, volume 3). O Sr. CRISTIANO PAZ também assinou documento em que o repasse foi descrito como “pagamento de fornecedor” (fls. 734, Apenso 87, volume 3), embora o cheque se

destinasse ao pagamento de vantagem indevida ao Sr. HENRIQUE PIZZOLATO, na mesma data.

O Revisor, por sua vez, ao condenar Henrique Pizzolato, menciona Ramon genericamente, sem explicitar onde estaria o dolo de corromper, consistente na livre e consciente vontade de entregar R\$ 326.660,67 em espécie àquele (fl. 52.489-52.490):

A vantagem ilícita oferecida tinha como objetivo que o acusado HENRIQUE PIZZOLATO autorizasse antecipações de pagamentos à agência DNA durante a execução do contrato de publicidade firmado com o Banco do Brasil (fls. 5.376-5.389), que alcançaram o valor de R\$ 73.851.000,00 (setenta e três milhões, oitocentos e cinquenta e um mil reais).

(...)

Desse modo, tenho como presentes todos os elementos do crime de corrupção passiva tipificado no art. 317 do CP, pois **o réu HENRIQUE PIZZOLATO recebeu a quantia de R\$ 326.660,67 (trezentos e vinte e seis mil, seiscentos e sessenta reais e sessenta e sete centavos) do corréu MARCOS VALÉRIO e seus sócios** para praticar atos de ofício que estavam em sua esfera de atribuições, durante a execução do contrato de publicidade firmado entre a agência DNA e o Banco do Brasil, o que resultou no desvio de recursos do fundo patrocinado por aquela instituição financeira.

A defesa não está afirmando que Cristiano cometeu ou não cometeu o crime, que fique claro, mas está apenas provocando esta Corte para sanar a obscuridade decorrente da indicação de provas relacionadas a um réu para condenar outro e suprir a omissão, devendo explicitar onde estão as provas que demonstram que Ramon tinha plena ciência de que a DNA destinaria recursos a Henrique Pizzolato. Assim fazendo, espera o embargante que sejam atribuídos efeitos infringentes a este pedido, para que seja o mesmo absolvido, na forma do art. 386, inciso VII do Código de Processo Penal.

3.5. DOS ESCLARECIMENTOS NECESSÁRIOS EM RELAÇÃO À CONDENAÇÃO RELATIVA AO CRIME DE PECULATO, POR SUPOSTA APROPRIAÇÃO DE BÔNUS DE VOLUME PERTENCENTE AO BANCO DO BRASIL (art. 312 DO CÓDIGO PENAL)- ITEM III.2

OBSCURIDADE DECORRENTE DA NECESSÁRIA CORRELAÇÃO ENTRE A DENÚNCIA E A SENTENÇA. DIREITO DO RÉU EM SABER POR QUAL MODALIDADE DO DELITO ESTÁ CONDENADO.

O art. 312, *caput* do Código Penal possui dois núcleos. Portanto, há, no mesmo dispositivo legal, **duas figuras típicas distintas**.

“*Desviar*” é diferente de “*apropriar*” – e este fato, inclusive, é destacado em premissas teóricas do voto do Ministro Luiz Fux (fl. 53.145-53.147). Assim, o Embargante

possui o direito de saber se está condenado por peculato na modalidade *desvio* ou na modalidade *apropriação*.

Somente assim o Embargante poderá verificar se está atendida a exigência de correlação entre a denúncia e a sentença. Além disso, somente com a declaração desta Corte poderá o Embargante exercer, de forma mais precisa, o direito de recorrer ou mesmo de, no futuro, requerer revisão criminal.

Segundo a denúncia, a empresa DNA e seus dirigentes se beneficiaram, com conivência do Gerente Executivo de Propaganda e Diretor de Marketing do Banco do Brasil:

de valores concernentes a descontos e bonificações que, contratualmente, pertencem ao próprio banco e que são indevidamente **desviados** em benefício da agência de publicidade.

Diz a denúncia que o

desvio desses recursos foi efetuado pelo Diretor de Marketing do Banco do Brasil, Henrique Pizzolato, responsável direto pelo acompanhamento e execução do contrato e pleno conhecedor das cláusulas contratuais que obrigavam a transferência da comissão “bônus de volume” ao banco contratante.

Ao tipificar os fatos, a denúncia afirma que Henrique Pizzolato praticou “*desvio*” em proveito alheio.

O voto condutor, no entanto, diverge da denúncia. O relator se refere aos fatos como “*apropriação*”, e não como “*desvio*” (fl. 52.328):

A **apropriação** dos valores pela DNA Propaganda consistiu, portanto, crime de peculato.

Mais adiante: “*a maior parte dos bônus de volume de que a DNA Propaganda se apropriou não estava relacionada à veiculação*” e, ainda “*recebeu a devolução de R\$ 102.416,40, a título de bônus de volume, e deles se apropriou*”.

Apesar do voto do Relator, há votos, de outros Ministros, que o “acompanham”, mas não se sabe ao certo se estão condenando pelo *desvio* ou pela *apropriação*.

O Revisor (fl. 52.560):

A autoria e **materialidade** do delito em questão também ficaram demonstradas, tendo em conta a **apropriação** de valores pagos a título de bonificação de volume, mas que não estavam relacionados à veiculação de propaganda pela empresa DNA, da qual o réu era sócio administrador.

O Ministro Luiz Fux (fl. 53.184):

Demais disso, como bem ressaltado pelo Ministro Relator e pelo Ministro Revisor, houve o **desvio** de valores relativos a bônus de volume por serviços que não guardaram qualquer pertinência com a seara da publicidade e comunicação, no montante total de R\$ 2.504.274,88 (dois milhões, quinhentos e quatro mil, duzentos e setenta e quatro reais e oitenta e oito centavos).

A Ministra Rosa Weber, ao condenar, citando as ressalvas do Revisor (fl. 52.769):

Quanto a esses valores, não há controvérsia jurídica ou discussão a respeito de sua titularidade, tendo havido **apropriação indevida** pela DNA Propaganda.

A autoria do crime recai sobre o Diretor de Marketing Henrique Pizzolato. Nessa condição, era ele o responsável pelo contrato e teria permitido a **apropriação indevida** dos valores pela DNA Propaganda.

O Ministro Dias Toffoli (fl. 53.330):

Portanto, julgo procedente a ação penal para condenar os réus Marcos Valério, Ramon Hollerbach e Cristiano de Mello Paz por incursão nas sanções do art. 312, do Código Penal, por **desvio**, em proveito da DNA Propaganda, de R\$ 2.504.274,88 pertencentes ao Banco do Brasil.

A Ministra Cármem Lúcia (fl. 53.448):

71. De forma voluntária, objetiva e comprovada, Henrique Pizzolato não fiscalizou nem apurou, na execução do contrato, os descumprimentos das cláusulas ajustadas, permitindo que Marcos Valério, Ramon Hollerbach e Cristiano Paz se **apropriassem, indevidamente**, do valor de R\$ 2.923.686,15 (dois milhões, novecentos e vinte e três mil, seiscentos e oitenta e seis reais e quinze centavos) referente ao bônus de volume obtido pela agência de publicidade DNA Propaganda.

O Ministro Cezar Peluso, por sua vez, entrou em contradição ao citar as duas modalidades, quando os réus, evidentemente, somente poderiam estar incursos em uma (fl. 53.846-53.847):

As provas permitem afirmar que Henrique Pizzolato, mancomunado com os corréus Marcos Valério Fernandes de Souza, Cristiano de Mello Paz e Ramon Hollerbach Cardoso, praticou crime de peculato, **desviando** R\$ 2.923.686,15, correspondentes aos “BV – Bônus de Volume”.

(...)

Mas a “DNA Propaganda Ltda.”, empresa dos réus Marcos Valério Fernandes de Souza, Cristiano de Mello Paz e Ramon Hollerbach Cardoso, recebeu, a título de “BV – Bônus de Volume”, R\$ 2.923.686,15, dos quais se **aropriou, indevidamente**, sob as vistas do réu Henrique Pizzolato.

Também o Ministro Gilmar Mendes, em dois momentos (fl. 53.978 e fl. 53.985):

Em resenha, conforme a acusação, o peculato restou caracterizado pelo **desvio** de valores recebidos pela agência de publicidade DNA, a título de bonificação de volume, e que deveriam ser, por obrigação contratual expressa, repassados ao Banco do Brasil.

(...)

Para a acusação, os fatos se subsumem ao tipo penal do peculato, uma vez que, descumprindo expressa obrigação contratual, os réus se **apropriaram indevidamente** de recursos públicos.

Os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello apenas acompanham o voto do Ministro Relator (fl. 54.038 e fl. 54.049).

O Ministro Ayres Britto (fl. 54.098):

Tudo a autorizar a conclusão de que houve sim **desvio** de dinheiro público.

Diante disso, há de ser sanada a obscuridade para que todos os Ministros desta Corte declarem se estão condenando o acusado por peculato-desvio ou peculato-apropriação, já que são figuras distintas, embora condensadas em um único tipo penal. Também é preciso declarar se há a necessária correlação entre a acusação e a sentença, para que o embargante tenha o direito de verificar se a ele foi garantido o direito ao amplo exercício da defesa.

OMISSÃO. NECESSIDADE DE DECLARAÇÃO DO VOTO APÓS O SANEAMENTO DA OBSCURIDADE ACIMA DESCRITA. DÚVIDA QUANTO À PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS FUNDAMENTAIS DOS CRIMES COMISSIVOS POR OMISSÃO.

Só “desvia” ou se “apropria”, seja em proveito próprio ou alheio, quem “possui a posse em razão do cargo”.

A se considerar que o contrato firmado pela DNA e o Banco do Brasil autorizava a transferência de recursos à agência, mas, impunha a devolução daqueles descontos obtidos a título de bonificação do volume, há omissão a ser sanada.

A defesa do Embargante explica: o crime omissivo impróprio possui três pressupostos fundamentais para a sua configuração: (a) o poder agir, ou seja, “a possibilidade física de agir, para que se possa afirmar que não agiu voluntariamente”; (b) a evitabilidade do resultado, ou seja, a necessidade de estabelecimento de uma relação de causalidade entre a sua omissão e o resultado; (c) o dever de impedir o resultado (sobre o tema, *cf.* Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, volume 1.* 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2011. p.282-283).

Em todo o acórdão, apenas um desses elementos foi debatido, apesar do questionamento do Ministro Marco Aurélio. Vejamos o proposto, sobre o peculato relativo ao bônus de volume (fl. 52.639/52.641):

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ele **teria conhecimento** da fraude?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Ele era o diretor de "marketing". Dentro da narrativa que expus, ele é que autorizava os serviços, **recebia as notas fiscais**. Enfim, como diretor, tinha responsabilidade.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Ministro Marco Aurélio, ele **era incumbido da fiscalização** do contrato também.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Também. Certíssimo. Esse dado confere.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A minha preocupação diz respeito ao elemento subjetivo do tipo, o dolo.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Sim. A alegação do Ministério Público é de que ele agia em conluio com as empresas do Marcos Valério e permitia essa apropriação indevida.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Inclusive quanto ao mascaramento da parcela?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) – Em tudo. Sim.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Aí, Ministro, se Vossa Excelência me permite, isso me parece que é evidente no mercado publicitário, quer dizer, o bônus de volume é devido apenas para serviços de publicidade. Na medida em que alguém, **grosseiramente**, cobra o bônus de volume em outro tipo de serviços ou de produtos, como agendas, ou artigos de escritório, aí me parece que a fraude é evidente, é *ictu oculi*.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Porque o volume é o volume de serviço de publicidade que gera esse bônus. Se não houve o volume porque não houve o serviço, não pode haver o bônus. E quem fiscaliza viu isso.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Permitiu. Na hora do debate, talvez, seja melhor, mas tem uma informação importante.

O próprio Revisor reconheceu que, em princípio, a retenção de valores a título de bônus de volume não era ilegal, tendo, no entanto, condenado os réus, porque entendeu ter havido um extrapolamento (fl. 52.636):

Vossas Excelências podem verificar que toda a minha argumentação, num primeiro momento, foi no sentido de afastar esse peculato, porque, para mim, **estava absolutamente claro que a agência DNA agiu corretamente no que tange aos bônus de volume**. Depois verifiquei, aprofundando minha análise, que **houve um certo extrapolamento por parte da agência no que diz respeito às faturas apresentadas a título de bônus de volume**. Mas estava convencido até ontem à noite. Vejam como é importante examinar e reexaminar a documentação.

Não se verifica no acórdão a existência dos necessários esclarecimentos quanto aos dois primeiros elementos dos crimes omissivos impróprios, quais sejam, o *poder agir* e a *evitabilidade do resultado*.

Esta omissão é verificada por diversos fatores:

- O Ministro Revisor, acompanhado por diversos outros, reconhece e legalidade da retenção de alguns valores, mas diz que houve um extrapolação.
- O Ministro Revisor afirma que Henrique Pizzolato *recebia as notas fiscais*.
- O Ministro Relator afirma que Henrique Pizzolato *era incumbido da fiscalização*.

Ninguém, no entanto, declarou: **as notas fiscais relativas ao bônus de volume foram disponibilizadas ao Banco do Brasil**. Henrique Pizzolato tinha acesso a essas notas fiscais?

O ilustre Revisor deve declarar onde está a prova que corrobora a sua afirmação, de que Pizzolato recebia as notas fiscais, porque neste ponto o seu voto está omissio. Além disso, ao contrário do afirmado, há prova nos autos em sentido contrário, conforme se denota da resposta do Banco do Brasil a ofício enviado pelo Relator (vol. 143, fl. 30.769-30.770):

Porquanto esta Instituição Financeira não teve acesso às notas fiscais emitidas pelos fornecedores contratados pelas agências de publicidade, o possível descumprimento de cláusulas contratuais encetadas pelo Banco do Brasil S.A. e as agências de publicidade, no que tange ao bônus de volume (BV), não foi objeto de análise no Relatório de Auditoria, elaborado pela Auditoria Interna do Banco do Brasil S.A., em 07.12.2005.

Mais adiante, na mesma resposta, o Banco do Brasil se refere à auditoria realizada pelo TCU em 2005 sobre o bônus de volume (vol. 143, fl. 30.772):

Em 06.01.2006, o Banco do Brasil encaminhou, via cartório, notificação extrajudicial à Grotera, informando que iria promover a auditoria determinada pelo TCU, solicitando-lhe a disponibilização da documentação pertinente. Após sucessivos pedidos de dilatação de prazo, bem como o resultado do julgamento dos embargos declaratórios (acórdão n° 72/2006), e ainda o encaminhamento de nova notificação extrajudicial (24.04.2006), **houve por bem a agência informar que os documentos estavam à disposição, exceto as notas fiscais relativas aos serviços de Bônus de Volume** recebidos dos fornecedores, por dizerem respeito às negociações privadas entre ela e os seus fornecedores, que nada tem a ver com o contrato firmado com o Banco do Brasil.

Em 02.10.2007, o Banco do Brasil peticionou ao TCU noticiando sobre o ocorrido, registrando estar impedido de cumprir a determinação deliberada prevista no item 9.3 do acórdão n° 1875/2005, pelo que, até a presente data, aguarda a manifestação daquele Tribunal, estando os autos conclusos ao Ministro Relator, Benjamin Zymler, desde então.

A mesma informação foi fornecida a respeito dos contratos com as agências LOWE (fl. 30.772), D+ Brasil (fl. 30.774) e OGILVY (fl. 30.775).

Sobre a DNA, o Banco do Brasil assim se manifestou (fl. 30.773):

Em 06.01.2006, o Banco do Brasil encaminhou, via cartório, notificação extrajudicial à DNA, informando que iria promover a auditoria determinada, solicitando-lhe a disponibilização da documentação pertinente. Na Sessão Plenária realizada em 01.02.2006, o TCU rejeitou os embargos declaratórios interpostos pelo Banco do Brasil (acórdão nº 74/2006). Em 03.02.2006, a DNA, respondendo a notificação recebida, informa ao Banco do Brasil acerca da impossibilidade da apresentação da documentação requisitada, vez que parte da mesma havia sido extraviada e/ou apreendida pela Secretaria da Receita Federal, Polícia Federal e Polícia Civil. Em 20.04.2006, o Banco do Brasil noticiou o TCU sobre o ocorrido, registrando estar impedido de cumprir a determinação deliberada prevista no item 9.5 do acórdão nº 1876/2005, pelo que, até a presente data, aguarda a manifestação daquele Tribunal, estando o processo concluso ao Ministro Relator, Benjamin Zymler, desde então.

Como se vê, **o Banco do Brasil nunca possuiu as notas fiscais relativas à bonificação de volume, pois elas nunca foram disponibilizadas** – e nem seriam, pois as empresas de publicidade as reputavam documentos privados – **e tais notas somente vieram aos autos após busca e apreensão efetivada pela Polícia Federal na sede da DNA.**

A Ministra Cármem Lúcia, inclusive, chegou a afirmar que é incontroversa a conclusão de que os valores referentes ao bônus de volume são direcionados para a agência de publicidade, e não à empresa contratante, razão pela qual o seu voto é omissivo, pois não explica como era possível que ao Diretor de Marketing do Banco do Brasil ter acesso às notas fiscais relativas a estas verbas (fls. 53.446):

68. A prova testemunhal esclarece, pois, ser **prática consolidada** no mercado publicitário a destinação dos valores referentes ao bônus de volume à agência de publicidade e não à empresa contratante.

Quanto a este aspecto a matéria é incontroversa.

Diante disso, este Egrégio Tribunal deve declarar o acórdão, seja para sanar a omissão e esclarecer a dúvida quanto à presença dos requisitos exigidos para a configuração dos crimes comissivos por omissão: onde estão as provas de que o corréu Henrique Pizzolato podia agir e se era possível que o mesmo evitasse o resultado.

Quanto a esse aspecto, vale lembrar que em nenhum momento esteve em questionamento a licitude do ato de o Banco do Brasil transferir valores relativos a este contrato à DNA, portanto, não se poderá argumentar que a evitabilidade do resultado está aí, porque no

momento da transferência, era impossível que o Banco soubesse qual seria (e nem se haveria) o desconto a ser devolvido. Ou seja: os réus não estão condenados pela transferência, e sim pela não devolução.

Respondidos os questionamentos da defesa, não há dúvidas que o embargante haverá de ser absolvido, na forma do art. 386, inciso VII do Código de Processo Penal, pela seguinte razão:

O crime imputado a ele é considerado pela doutrina como crime próprio. Segundo tal definição, somente determinadas pessoas, especificadas na lei, podem praticar tal delito (no caso, o funcionário público – Henrique Pizzolato). Excepcionalmente, terceiros podem concorrer para o crime, desde que o praticante do núcleo da conduta (no caso, desviar ou apropriar) possua a capacidade para ser sujeito ativo.

Henrique Pizzolato detinha a posse da importância transferida à DNA em momento anterior à definição dos valores que seriam descontados a título de bônus de volume. Crime, nesta modalidade, só haveria se o ato de transferir o dinheiro à DNA fosse, em si, criminoso. No entanto, o próprio acórdão reconhece que esta transferência não era irregular (*“também merece ser mencionado que a outra agência controlada pelos mesmos sócios (SMP&B) devolveu à Câmara dos Deputados todas as vantagens obtidas nas contratações de terceiros”* – fl. 52.333). O Revisor deixa claro que houve um desvirtuamento da natureza do plano de incentivo, atestando, **na visão da defesa**, que não era possível a Henrique Pizzolato saber disso e, ainda mais, que era impossível que evitasse o resultado, porque ele não tinha acesso à contabilidade da DNA (fl. 52.526):

De fato, após a revisão dos autos, constatei que a agência DNA desvirtuou a natureza do citado plano de incentivo ao emitir inúmeras notas fiscais a título de “bônus de incentivo” para empresas que não são veículos de comunicação.

Ou seja, se o primeiro ato é regular (transferência de valores do banco para a agência), o crime que o voto do relator tenta descrever somente pode ter ocorrido no segundo momento: a não devolução dos bens.

Ocorre que neste momento, Henrique Pizzolato já não mais detinha a posse dos valores. Diga-se: Henrique Pizzolato não podia mais praticar qualquer dos atos descritos no núcleo do tipo penal – *desviar ou apropriar*.

A DNA, segundo consta, deveria ter devolvido o dinheiro e não o fez. Logo, a primeira transferência (BB→DNA) era inquestionavelmente válida e a segunda (DNA→BB) não ocorreu. As defesas sustentaram que os valores não deveriam ser devolvidos, simplesmente, porque não eram devidos. A decisão proferida afastou os argumentos defensivos.

E qual a diferença entre a análise sobre o momento em que se apurou a irregularidade (se na primeira, ou na segunda transferência)? Quais as implicações legais?

As implicações são duas: **primeiro**, a condenação não pode divergir dos termos da acusação: se todos são acusados de “desviar”, não podem ser condenados por “apropriar”. Deveria o MP ter aditado a denúncia a tempo e modo e, não o fazendo, a solução é absolvição, porque impossível aos réus “desviar” o dinheiro, quando a própria decisão reconhece que a primeira transferência era válida.

Segundo, ainda que se sustente que a denúncia, implicitamente, imputou aos réus o ato de *apropriar*, não há como imputar ao corréu Henrique Pizzolato a prática dessa conduta comissiva por omissão, na forma do art. 13, § 2º, a e b do Código Penal.

Henrique Pizzolato não tinha acesso à DNA, pois não era sócio, funcionário, prestador de serviço. Evidentemente, não possuía acesso aos dados bancários e fiscais da empresa.

Ora, se quem pratica ou omisão principal não é o funcionário público, e se este funcionário público não tinha como *agir* e nem podia *evitar* o resultado (embora tivesse o *dever*, segundo a condenação), o crime imputado aos réus não pode ser aquele constante do art. 312 do Código Penal, e sim outro, omissivo próprio, no caso aquele descrito no art. 168 do CP: apropriação indébita.

Henrique Pizzolato, que não é o praticante do núcleo do tipo, quando muito, concorreria na modalidade omisão (segundo o relator, porque “não exerceu o seu dever funcional, estatutário e contratual”).

Assim, resta a esta Corte a única alternativa de atribuir efeitos infringentes aos presentes embargos para absolver o réu, tendo em vista que a acusação, podendo, não procedeu à necessária *mutatio libelli* dentro do prazo legal.

3.6. DOS ESCLARECIMENTOS NECESSÁRIOS EM RELAÇÃO À EXTENSÃO DA CONDENAÇÃO PELA SUPosta APROPRIAÇÃO DO BÔNUS DE VOLUME PERTENCENTE AO BANCO DO BRASIL (art. 312 DO CÓDIGO PENAL)- ITEM III.2

OMISSÃO QUANTO À EXTENSÃO DA CONDENAÇÃO.

Em debates, no momento da proclamação do resultado quanto a este tópico, houve a seguinte discussão (fl. 52.645):

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Então, muito bem. O que interessa é que o resultado é convergente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Senhor Presidente, nas conclusões, nós não divergimos na parte dispositiva. Do ponto de vista doutrinário, sim. Nós temos uma diferença com relação ao bônus de volume.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Com as conceituações divergentes, notadamente quanto à natureza jurídica do bônus de volume.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Sim.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Sim. Essa é a única divergência.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Então, eu proclamo o resultado.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Amanhã, eu farei umas breves considerações ao final da fala do eminente Revisor quanto a esse bônus de volume.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - De qualquer forma, Presidente, temos, nesta assentada, a explicitação da frase de Sua Excelência o revisor quando disse que faria um contraponto ao relator. Contraponto em termos de enquadramento doutrinário, de fundamentação, mas não para absolver ou condenar.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Eu creio que o voto do eminente Revisor é complementar ao meu.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - É. Eu acho que foi mais um pesponto do que um contraponto.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - São abordagens diferentes.

Embora, naquele momento, os ilustres julgadores tenham entendido que havia apenas uma divergência entre os votos do Relator e do Revisor quanto à fundamentação da condenação, há uma omissão praticada por todos os demais Ministros desta Corte que há de ser sanada.

Nos termos do art. 91, inciso I do Código Penal a condenação penal torna certa a obrigação de indenizar. Por isso, no futuro, se mantida a condenação, o embargante pode vir a ser cobrado.

Relator e Revisor condenam, mas divergem quanto aos valores que teriam sido efetivamente desviados, já que enquanto o primeiro entendia que houve desvio total dos valores, o segundo entendia que o desvio era apenas parcial.

Assim, esta Corte deve acolher os embargos, quanto a este ponto, para declarar se a maioria dos Ministros acompanha o voto do Relator ou do Revisor.

3.7. DOS ESCLARECIMENTOS NECESSÁRIOS EM RELAÇÃO À CONDENAÇÃO RELATIVA AO CRIME DE PECULATO, POR SUPOSTA APROPRIAÇÃO DE VALORES PROVENIENTES DO FUNDO VISANET (art. 312 DO CÓDIGO PENAL) – ITEM III.3

OBSCURIDADE EM RAZÃO DAS DECLARAÇÕES ACERCA DA INDIFERENÇA SOBRE A NATUREZA DOS RECURSOS – SE PÚBLICA OU PRIVADA. OMISSÃO DECORRENTE DA NÃO INDICAÇÃO DE PROVAS SOBRE A INTEGRAÇÃO DOS RECURSOS AO PATRIMÔNIO DO BANCO DO BRASIL.

Embora vários Ministros declarem, explícita ou implicitamente, que os recursos supostamente desviados seriam de natureza pública, os votos são obscuros, porque em diversas passagens, são invocados argumentos que colocam em dúvida essa assertiva.

Relator (fl. 52.352):

Noutras palavras: se o agente público (no caso, o Diretor de Marketing do Banco do Brasil) desviou, em proveito próprio ou alheio, dinheiro ou valor de que tem a posse (ou detenção) em razão do cargo, está configurado o peculato, independentemente de o dinheiro ou valor apropriado ou desviado ser público ou particular.

É o que está expresso no texto legal (CP, art. 312).

Revisor (fl. 52.499):

Assim, a argumentação desenvolvida pela defesa, quanto à natureza dos recursos administrados pelo VISANET, não possui, a meu ver, nenhuma importância para efeitos penais, pois o crime de peculato fica caracterizado toda vez que for comprovado que o desvio de bem móvel, qualquer que seja a sua natureza (pública ou privada), foi levado a efeito por funcionário público, no exercício de sua função. É o caso, por exemplo, do oficial de justiça ou do depositário judicial que se apropria de um bem particular.

Outros Ministros seguem o mesmo caminho.

Portanto, ainda que não exista diferença para a configuração do crime, há diferença para a solução jurídica do caso: se a natureza dos recursos for privada, os réus não podem ser condenados, pois nunca se defenderam desta imputação.

Ainda que Pizzolato realmente tivesse o poder de praticar determinar as transferências, ainda que os recursos fossem privados, eventual transferência poderia, em tese, constituir crime de peculato. Ocorre que no processo penal, em observância ao consagrado princípio constitucional da ampla defesa, os réus se defendem apenas dos fatos narrados na denúncia. A denúncia, por sua vez, narra os fatos como se os recursos transferidos fossem de natureza PÚBLICA.

A sentença penal condenatória há de ser categórica, e não condicional. Se, para fins penais, é irrelevante a diferenciação acerca da natureza dos recursos, para fins processuais há enorme diferença, pois se denunciado por desvio de dinheiro público, não pode o réu ser condenado por desvio de dinheiro privado. Também para fins de eventual revisão criminal, o Embargante precisa ter certeza de quais são os fundamentos exatos da condenação.

Logo, pleiteia-se a declaração do acórdão para que se explice se a natureza dos recursos supostamente desviados é pública ou privada. Para tanto, é necessário que seja sanada omissão, para que este Tribunal indique onde estão as provas que demonstram (a) que os recursos eram provenientes das contas do Banco do Brasil ou (b) que os recursos, caso não utilizados, seriam integrados ao patrimônio do Banco do Brasil.

A defesa entende que não é possível responder positivamente a essas perguntas, porque a natureza dos recursos é privada. Este Tribunal não pode declarar que trata-se de recursos públicos, porque omitiu a existência da cláusula III.3 constante do Regulamento Visanet (ap. 356, fl. 9648-9640) que assim dispõe: “*Os valores atribuídos ao Incentivador no Fundo de Incentivo Visanet deverão ser utilizados até 31 de dezembro de cada ano civil, sob pena de perda do direito*”. Ou seja, os valores nunca integraram e nunca integrariam o patrimônio do Banco do Brasil.

3.8. DOS ESCLARECIMENTOS NECESSÁRIOS EM RELAÇÃO À EXTENSÃO DA CONDENAÇÃO PELO CRIME DE PECULATO, POR SUPOSTA APROPRIAÇÃO DE VALORES PROVENIENTES DO FUNDO VISANET (art. 312 DO CÓDIGO PENAL) – ITEM III.3

CONTRADIÇÃO ENTRE AS ALEGAÇÕES DE FALSIDADE DAS NOTAS FISCAIS EMITIDAS A TÍTULO DE REPASSES DA VISANET E O REGULAMENTO DO FUNDO. OBSCURIDADE DIANTE DA AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO SOBRE A TOTALIDADE DOS VALORES DESVIADOS

Tal como já demonstrado acima (tópico n. 3.6), também aqui Ramon precisa saber qual a extensão da condenação, até para que possa, em caso de futura execução fundada em sentença penal condenatória, exercer o seu natural direito de regresso contra aquelas pessoas jurídicas que eventualmente tenham recebido dinheiro proveniente do Fundo Visanet, por intermédio da DNA, sem prestar qualquer serviço.

Ramon não era gestor da DNA e não participou de qualquer celebração de contrato ou execução de contrato relativo ao BB. No entanto, encontra-se condenado por tal fato. Diante disso, pôde perceber que o acórdão proferido não é categórico quanto à não prestação dos serviços, mas apenas declara que os repasses teriam sido gratuitos porque foram “*antecipados*”.

Segundo o Relator (fl. 52.365):

Destaque-se, ainda, que o Laudo 2828 concluiu serem fraudulentas, formal e materialmente, as quatro notas fiscais emitidas pela DNA Propaganda para justificar o recebimento dos repasses de R\$ 23,3 milhões; R\$ 6.454.331,43; R\$ 35 milhões; e R\$ 9.097.024,75, feitos por determinação do então Diretor de Marketing do Banco do Brasil [66].

Ainda o Relator (fl. 52.359):

- 2) as transferências feitas mediante antecipações, pelas quais o banco repassou, gratuitamente, quase R\$ 74 milhões para a conta da DNA Propaganda, sem que a agência de publicidade tivesse prestado qualquer serviço;
- 3) as notas fiscais apresentadas pela agência não eram idôneas, não descreveram o serviço ou objeto de contraprestação e “não havia quaisquer documentos entre as partes vinculando a necessidade de prestar serviços em decorrência dos valores transferidos” (Laudo 2828/2006, Apenso 142, fls. 77/119 – parágrafo 47).

O Ministro Revisor, referindo-se à condenação de Marcos Valério em relação ao caso Visanet (fl. 52.541):

Os técnicos constataram, ainda, que houve a falsificação de assinaturas e carimbos de servidores para emissão indevida de notas fiscais, resultando na emissão de mais de 80 mil notas “frias”, incluindo notas de R\$ 23.300.000,00 (vinte e três milhões e trezentos mil reais), R\$ 35.000.000,00 (trinta e cinco milhões de reais) e R\$ 6.400,00 (seis mil e quatrocentos reais) contra o VISANET (fls. 8.461-8.462, vol. 41).

Como já dito, Ramon não conhece os pormenores do contrato entre a relação DNA, Banco do Brasil e Visanet, mas possui o direito de saber se está condenado porque o suposto peculato consiste em uma “*antecipação*” irregular de valores, se está condenado porque estaria cabalmente provado que os serviços não foram prestados ou se está condenado porque não há provas de que os serviços foram prestados.

O questionamento é válido porque a defesa consultou os laudos indicados pelos senhores Ministros em seus votos e verificou que em nenhum deles há afirmação categórica de que serviços não foram prestados, mas apenas a de que não há provas da prestação desses serviços. Além disso, conferiu o Regulamento do Fundo Visanet e o depoimento da testemunha Danévita Ferreira Magalhães (vol. 93, fl. 20.111/20.128) e constatou que não há qualquer irregularidade na antecipação de valores.

Além disso, os laudos citados pelo Relator e pelo Revisor atestam que várias empresas receberam, através da DNA, valores provenientes do Fundo Visanet, conforme se verifica no Laudo n. 2.828 (ap. 142):

69. Nessa planilha, há detalhamento de valores, relativos às notas fiscais nº 18358 e nº. 25537, valores de R\$12.798.560,00 e de R\$4.500.000,00, dos anos de 2001 e 2002, respectivamente, bem como relaciona os prestadores de serviços e os respectivos pagamentos com recursos do Fundo de Incentivo Visanet, via DNA. A fim de evidenciar os maiores beneficiados dessa planilha, foi elaborado o Quadro 06, a seguir:

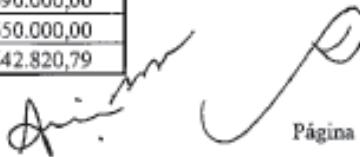
Quadro 06: Planilha DNA - Fundo Visanet (2001 e 2002)

Fornecedor	Total
Takano Editora Gráfica Ltda. ⁷	8.620.578,90
M&M Comunicação Ltda.	2.312.499,48
Cemusa S/A	545.733,60
Carre Airports Ltda.	525.058,46
Publicidade Sarmiento	381.201,10
Metrocom - Consórcio Metropolitano de Comunicação	316.420,10
Plataforma Comunicação e Marketing Ltda.	258.457,38
Sala 2 Produções Ltda.	248.283,75
CM Corretagem e Consultoria Publicitária SC Ltda.	242.079,90
Táxi AD Brasil Ltda.	224.845,26
Adshel Ltda.	193.196,97
Super Táxi Propaganda Ltda.	161.988,28
Empresa Jornalística Diário de São Paulo Ltda.	150.547,20
Fénix Publicidade Ltda.	139.743,54
Bandeirantes Propaganda Extrema Ltda.	137.893,88

84. A partir dessa planilha, relativa a controle de valores repassados com base nas notas n.º 29061, de 08/05/2003, e nº. 33997, de 11/11/2003, nos valores de R\$23.300.000,00 e R\$6.454.331,43, respectivamente, os Peritos elaboraram o Quadro 08, transcrevendo os nomes e os valores dos quinze maiores indicados como fornecedores, a saber:

Quadro 08: Planilha DNA - Fundo Visanet (2003)

Fornecedor	Total
Tv Globo	3.390.000,00
Tom Brasil (Nacional Serviços)	2.500.000,00
Lowe Ltda.	2.397.121,08
Carre Comunicação	2.073.552,00
Mobile Brasil Ind. Com Ltda.	1.748.192,00
Transf. agência finalidade dist. lucro	1.650.000,00
BB Turismo Ltda.	1.347.660,02
Editora Guia D Ltda.	790.000,00
TV1 Multimídia Ltda.	690.000,00
Alfândega Participações	650.000,00
Diretorial	642.820,79



Página 21 de 43

Além dessas pessoas jurídicas, Ramon, em pesquisa, teve notícias sobre muitas outras, tendo atestado, nos últimos dias, que tais pessoas jurídicas realmente receberam esses valores, por transferência bancária.

Assim, como o acórdão é contraditório e omissivo, porque não declara se houve o desvio integral dos valores, ou apenas parcial, e nessa segunda hipótese, não exemplifica quais serviços foram prestados e quais não o foram, vem o embargante requerer a declaração do acórdão, quanto a este aspecto, para que caso venha a sofrer execução da sentença, possa exercer o seu direito de regresso contra todos aqueles que tenham recebidos verbas oriundas do Fundo Visanet e não tenham prestado serviço algum.

3.9. DOS ESCLARECIMENTOS NECESSÁRIOS EM RELAÇÃO À CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO (ART. 1º, V E VI, DA LEI 9.613/1998 – 46 VEZES EM CONTINUIDADE DELITIVA) – ITEM IV DA DENÚNCIA

DA OMISSÃO EM RAZÃO DA NÃO DECLARAÇÃO DA ATIPICIDADE DO DELITO DE LAVAGEM DE DINHEIRO, TAL COMO DESCrito NA DENÚNCIA.

É essa a leitura da denúncia feita pelo Relator e acolhida pelos demais Ministros (fl. 54.551-54.552):

Conforme a seguir demonstrado, a lavagem de dinheiro foi praticada pelos réus integrantes dos chamados “núcleo publicitário” e “núcleo financeiro”, em uma atuação orquestrada, com unidade de desígnios e divisão de tarefas típica dos membros de um grupo criminoso organizado, mediante

(1) fraude na contabilidade de pessoas jurídicas ligadas a MARCOS VALÉRIO, especialmente na SMP&B Comunicação Ltda., na DNA Propaganda Ltda. e no próprio Banco Rural S/A;

(2) simulação de empréstimos bancários, formalmente contraídos, sobretudo, no banco Rural e no banco BMG, bem como utilização de mecanismos fraudulentos para encobrir justamente o caráter simulado desses mútuos fictícios; e, principalmente,

(3) repasses de vultosos valores através do banco Rural, com dissimulação da natureza, origem, localização, disposição e movimentação de tais valores, bem como ocultação, especialmente do Banco Central e do Coaf, dos verdadeiros (e conhecidos) proprietários e beneficiários dessas quantias, que sabidamente eram provenientes, direta ou indiretamente, de crimes contra a administração pública e o sistema financeiro nacional, além de praticados por organização criminosa, conforme esmiuçado nos itens III, V e VI.

Embora fortemente imbricadas, cada uma dessas três fases, a rigor, seria suficiente para, isoladamente, caracterizar o crime de lavagem de dinheiro. Todavia, como a denúncia, nesse item, qualificou como tal apenas os repasses de valores feitos através do banco Rural, tanto as fraudes contábeis, quanto a simulação de empréstimos bancários, assim como os mecanismos fraudulentos utilizados pelos então principais dirigentes do banco Rural para encobrir o caráter simulado desses mútuos fictícios serão consideradas apenas como etapas do delito de lavagem de dinheiro, tendo em vista a necessária correlação que deve existir entre a denúncia e a sentença.

Em síntese, o Relator declarou que **os dois primeiros itens** (fraude na contabilidade e simulação de empréstimos bancários) **não são objeto da denúncia**. No entanto, apesar de dizer que iria desconsiderá-los, os considerou.

O Revisor também considerou o *iter criminis* completo, ou seja, as fraudes na contabilidade, os empréstimos simulados e a utilização de interpota pessoa para sacar os valores. Vejamos a sua manifestação quanto à condenação por lavagem de dinheiro (fl. 52.528):

Seja o crime antecedente praticado contra a Administração Pública (peculato ou corrupção passiva), seja contra o Sistema Financeiro, o fato é que o saque em dinheiro de quantia tão elevada efetuado diretamente na agência bancária, **por meio do esquema operado pelo Banco Rural**, leva-me à inelutável conclusão de que ficou caracterizada a adequação típica dessas condutas, tanto em relação ao réu, quanto aos demais corréus a quem se imputa o crime de lavagem de dinheiro.

A Ministra Rosa Weber também excedeu os limites da denúncia, ao incluir na fundamentação da condenação as duas primeiras etapas (fls 52.863/52.864):

Já destaquei que o dolo na prática do crime de lavagem há de ser inequívoco.

Adicionalmente, destaco, dos vários elementos probatórios do dolo do crime de lavagem, a falsificação do contrato entre a SMP&B e a Garanhuns para amparar as transferências entre as empresas, constando do contrato a assinatura de Marcos Valério, objeto do capítulo VI.2 da denúncia. Embora o contrato não tenha sido ao final usado, segundo o acusado por "problemas fiscais", a sua elaboração e assinatura revelam, acima de qualquer dúvida, o dolo de ocultação e dissimulação das transações.

Também quanto a Ramon Hollerbach Cardoso e Cristiano de Mello Paz, sócios administradores da SMP&B e da Grafitti (Cristiano até 26.02.2004), reputo, nesse contexto, comprovada, acima de qualquer dúvida razoável, a responsabilidade criminal pelos crimes de lavagem objeto do capítulo IV da denúncia.

Foram cerca de cinquenta e dois atos de lavagem de dinheiro, um em relação a cada repasse, por saque em espécie, aos parlamentares, sem computar nesse número as transferências feitas por meio da Bônus Banval e da Garanhuns. O total lavado, considerando apenas os saques em espécie com beneficiários identificados, atingiu R\$ 6.954.477,43.

Como se percebe facilmente, não é possível que uma mesma quantidade de dinheiro seja “lavada” ou “branqueada” duas vezes. Uma vez basta! Os votos proferidos consideraram que as duas primeiras etapas (contabilidade fraudulenta e simulação de empréstimos), em si, já poderiam ser consideradas lavagem de dinheiro.

Assim, não é possível atribuir a Ramon o delito de lavar um dinheiro que já estava limpo!

Senhores Ministros, ninguém, em sã consciência, coloca dentro de uma máquina de lavar uma roupa que já está limpa!

Da mesma forma, ninguém pode lavar o mesmo dinheiro duas vezes! A simples entrega de valores já branqueados a alguém somente pode ser considerada como o exaurimento da lavagem já ocorrida. Ainda que o recebedor possa, eventualmente, responder pelo crime, o Embargante não pode, porque este Tribunal reconheceu que, em relação a ele, o suposto branqueamento teria ocorrido quando da fraude em contabilidade e simulação de empréstimos bancários, razão pela qual o terceiro caminho do percurso (a entrega do dinheiro), não pode ser considerado crime, sob pena de duplicação do fato.

Aliado a tudo isso, em momento algum esta Corte reconheceu, explicitamente, que Ramon sabia sobre a real destinação dos recursos. Vejamos, por exemplo, a interpretação equivocada do depoimento de Simone Vasconcelos, que há de ser corrigida (fl. 53.539, citação de depoimento de Simone Vasconcelos, pela Ministra Cármel Lúcia):

diz que após os esclarecimentos de que os cheques saíam sob a rubrica de “empréstimos ao PT”, estes apenas assinavam os cheques sem outras indagações;

Ora, se está claro que Ramon não indagava sobre o destino dos cheques, se está claro que era desorganizado, ainda que pudesse ser considerado relapso, nunca poderia ser condenado por lavagem, pois desconhecia – e não questionava – a real destinação dos cheques, sendo certo que todos os votos que os condenam dão por certo a informação de Simone Vasconcelos, de que ele e Cristiano assinavam os cheques sob a rubrica de “empréstimos ao PT”, ou seja, sem saber quem iria sacá-los, onde, e quando.

A propósito, ao separar as etapas da lavagem e condenar Ramon apenas pela terceira, esta Suprema Corte está assumindo o risco de grave violação à Constituição, pois este poderá ser condenado duas vezes pelos mesmos fatos. Vale lembrar que os documentos constantes destes autos demonstram que há outros processos em curso em desfavor do Embargante, dentre os quais se incluem imputações de lavagem de dinheiro.

Diante disso, com a informação contida no voto do Relator, de que a denúncia não imputou a Ramon as duas primeiras etapas e, ainda, diante do reconhecimento unânime, pelo Plenário, de que tais etapas se concretizaram, não pode subsistir a condenação apenas pela terceira etapa, a qual, em relação ao Embargante, constitui evidente pós-fato impunível. Assim, requer o acolhimento dos embargos, quanto a este ponto, para, sanando a omissão, reconhecer a atipicidade do fato, na forma do art. 386, inciso III do Código de Processo Penal e, então, atribuir-lhes efeitos infringentes e absolver o acusado.

3.10. DOS ESCLARECIMENTOS NECESSÁRIOS EM RELAÇÃO À CONDENAÇÃO PELO CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA, CONSISTENTE NO SUPOSTO PAGAMENTO DE PROPINA A PARLAMENTARES DA BASE ALIADA (ART. 333 DO CÓDIGO PENAL) – ITENS VI.1, A; VI.2, A; VI.3, A; E VI.4, A DA DENÚNCIA

OMISSÃO. NÃO FOI INDICADA NENHUMA PROVA QUE INDIQUE O DOLO DO EMBARGANTE.

Quantos cheques destinados a parlamentares foram assinados por Ramon? A propósito, quantos cheques da DNA o Embargante assinou? Por disposição estatutária, ele poderia assinar, mas, na prática, ele efetivamente assinava cheques no dia-a-dia da empresa?

Sobre este tópico, a defesa reporta-se aos argumentos já declinados no item 3.3 destas alegações, para que esta Suprema Corte supra a omissão e indique um único depoimento,

uma única prova, que demonstre que Ramon tinha ciência acerca da real destinação dos recursos entregues a parlamentares. Para além de disposições estatutárias, a defesa gostaria que se indicasse uma única prova de que Ramon participava do dia-a-dia da empresa.

O Embargante garante que não há, em absolutamente nenhum dos depoimentos prestados pelos supostos recebedores de propina, a menção ao seu nome como praticante ou responsável pela prática dos atos a ele imputados na inicial. Da mesma forma, nenhuma testemunha relaciona Ramon a tais atos.

Some-se a isso o fato de Delúbio Soares e Marcos Valério terem assumido a distribuição de valores, citando os nomes de todos os envolvidos, razão pela qual não seria crível imaginar que estes dois corréus omitiriam, justamente, o nome de Ramon. Por essa razão, não está comprovado o necessário dolo para levar à condenação por corrupção ativa.

Em acréscimo, vejamos trecho do voto da Ministra Cármem Lúcia, que menciona Simone Vasconcelos, sendo que esta corré, ao responder a questionamentos sobre Ramon e Cristiano, afirmou que os mesmos eram “extremamente desorganizados na administração da empresa”, razão pela qual fica evidente a equivocada interpretação que o Supremo Tribunal Federal deu à suposta participação dos mesmos nos crimes. Afinal, se eram extremamente desorganizados, nenhum ato doloso, configurador de crime de corrupção ativa, pode ser atribuído a eles.

A defesa sabe que não existe documento ou depoimento que indique o nexo de causalidade razão pela qual, não comprovado o indispensável dolo de corromper— não podendo Ramon ser condenado por presunção, ainda que tivesse alguma função nas empresas SMP&B e DNA –, requer a atribuição de efeitos infringentes a estes embargos, para absolvê-lo, na forma do art. 386, inciso VII do Código de Processo Penal.

3.11. DOS ESCLARECIMENTOS NECESSÁRIOS EM RELAÇÃO À CONDENAÇÃO PELO CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS (ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, PRIMEIRA PARTE, DA LEI 7.492/1986 – 53 VEZES EM CONTINUIDADE DELITIVA) – ITEM VIII DA DENÚNCIA

CONTRADIÇÃO CONSISTENTE NA CONDENAÇÃO COM BASE, ÚNICA E EXCLUSIVA, EM PROVA PRODUZIDA EXTRAJUDICIALMENTE, QUANDO A ACUSAÇÃO PODERIA TÊ-LA ARROLADO PARA PRESTAR DEPOIMENTO EM JUÍZO

Em todos os crimes que foram objetos de condenação, Ramon e Cristiano foram condenados, conjuntamente. A situação de ambos foi considerada idêntica (embora a defesa discorde).

Neste tópico específico, Ramon foi condenado e Cristiano absolvido. Em todos os votos proferidos neste tópico, há uma única “prova” que diferencia Ramon de Cristiano: o depoimento extrajudicial prestado por Jader Kalid Antônio (conforme voto do Relator, fl. 57.104).

Vale dizer: se o depoimento de Jader Kalid não existisse, Ramon seria absolvido. Esta conclusão é inafastável, porque Cristiano Paz foi absolvido e essa é a única “prova” que o diferencia de Ramon.

Há mais: o artigo 155 do Código de Processo Penal somente autoriza a utilização de provas extrajudiciais quando estas são irrepetíveis ou quando foram antecipadas. No caso dos autos, o Procurador Geral da República poderia ter arrolado a aludida testemunha em pelo menos 8 oportunidades:

1^a oportunidade: ao oferecer a denúncia.

2^a oportunidade: ao desistir da oitiva das testemunhas Jeany Mary, Ademir Lucas e Mafalda Langela (fl. 17.462, vol. 79).

3^a oportunidade: ao desistir da oitiva das testemunhas Lucas da Silva e Geraldo Magela F. Silveira (fl. 17.497, vol. 80).

4^a oportunidade: ao desistir da oitiva da testemunha Francisco Castilho (fl. 17.553, vol. 80).

5^a oportunidade: ao desistir da oitiva da testemunha Raimundo Cardoso da Silva (fl. 17.889, vol. 81).

6^a oportunidade: ao substituir a testemunha Paulo Leite Nunes por Carlos Alberto Sanches Godinho (fl. 17.901, vol. 81).

7^a oportunidade: ao desistir da oitiva da testemunha Ivan Ribeiro Guimarães (fl. 18.763, vol. 85).

8^a oportunidade: ao substituir as testemunhas Robson Ferreira e Valmir Campos por Danévita Magalhães e Virgílio Guimarães (fl. 19.157, vol. 88).

Vejamos precedente recente desta Egrégia Corte:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PACIENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DE ATENTADO VIOLÊNTO AO PUDOR. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA CONDENAÇÃO POR ESTAR BASEADA EXCLUSIVAMENTE EM PROVAS COLHIDAS NO INQUÉRITO POLICIAL. OCORRÊNCIA. DECISÃO FUNDADA ESSENCIALMENTE EM DEPOIMENTOS PRESTADOS NA FASE PRÉ-JUDICAL.

NULIDADE. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. I – Os depoimentos retratados perante a autoridade judiciária foram decisivos para a condenação, não se indicando nenhuma prova conclusiva que pudesse levar à responsabilidade penal do paciente. II - A tese de que há outras provas que passaram pelo crivo do contraditório, o que afastaria a presente nulidade, não prospera, pois estas nada provam e são apenas indícios. III – O acervo probatório que efetivamente serviu para condenação do paciente foi aquele obtido no inquérito policial. Segundo entendimento pacífico desta Corte não podem subsistir condenações penais fundadas unicamente em prova produzida na fase do inquérito policial, sob pena de grave afronta às garantias constitucionais do contraditório e da plenitude de defesa. Precedentes. IV – Ordem concedida para cassar o acórdão condenatório proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e restabelecer a sentença absolutória de primeiro grau.

(HC 103660, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 30/11/2010, DJe-066 DIVULG 06-04-2011 PUBLIC 07-04-2011 EMENT VOL-02498-01 PP-00073)

Interessante observar que no precedente acima citado, o Ministro Ricardo Lewandowski, então Relator, afirmou ao longo de seu voto:

É certo, ainda, que os elementos colhidos na fase extrajudicial, utilizados para formar a convicção do magistrado, podem ser adotados na sentença, mas desde que estes elementos não sejam os únicos a embasar o decreto condenatório.

Entendo, porém, que situação diversa ocorre baseada essencialmente em depoimentos prestados durante o inquérito policial e retratados em juízo, mais ainda quando não se acrescentam de outras provas, mais indícios.

Ora, mais grave ainda é a situação em que se encontra o Embargante, pois a acusação, a quem incumbe o ônus da prova, teve a oportunidade de confirmar o depoimento da testemunha Jader Kalid em juízo, mas não lhe conferiu credibilidade suficiente para, em pelo menos oito oportunidades, requerer o seu depoimento como testemunha e submetê-la ao contraditório, para que assim pudesse confirmar ou refutar as suas alegações.

Vale acrescentar, ainda, que não estamos tratando de uma pessoa acima de qualquer suspeita. Jader Kalid não é um padre, um policial, ou uma pessoa dotada de fé pública. Ao contrário, Jader Kalid é pessoa que sequer pode ser processado por falso testemunho, porque é doleiro, sendo certo que, na qualidade de suspeito que confessa a prática de crimes, sequer pode assumir o compromisso legal de dizer a verdade.

Assim, excluindo este depoimento, o destino de Ramon há de ser o mesmo de Cristiano, ou seja, a absolvição.

Vale lembrar que em nenhum dos inúmeros depoimentos prestados por Duda Mendonça e Zilmar, incluindo aqueles prestados na CPI, há a menção a qualquer contato com

Ramon. Ou seja, não há provas de que Ramon tenha, em algum momento de sua vida, conversado com estes corréus, e a defesa afirma isso com toda a tranquilidade, pois tem a absoluta certeza de que não existe qualquer prova nesse sentido.

Diante disso, o acórdão é contraditório ao declarar, em diversas passagens, que não pode um réu ser condenado com base em prova produzida exclusivamente no inquérito policial, e, ao mesmo tempo, condenar Ramon e absolver Cristiano quando a única prova que os diferencia é o depoimento extrajudicial de uma pessoa que não possui credibilidade alguma.

Portanto, quanto a este tópico, o Embargante pede e espera o acolhimento dos embargos para que, sanando a contradição, este Egrégio Tribunal se alinhe à sua própria jurisprudência e atribua-lhes os necessários efeitos infringentes para absolver Ramon Hollerbach da imputação do crime de lavagem de dinheiro, por ausência de provas, com espeque no art. 386, inciso VII do Código de Processo Penal.

4. PEDIDOS DE DECLARAÇÃO QUANTO ÀS PENAS APLICADAS

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Essa palavra dosimetria é uma palavra muito interessante. Nós a emprestamos da medicina. É como se fosse a dose de um remédio. Esse remédio não pode ser maior nem menor.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) – E não pode ser barateado também, Ministro.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Por quê? Porque, teoricamente, existe a ideia de que o réu vai preso para o fim de ressocializar-se. A prisão, em tese - na realidade isso não ocorre -, seria um remédio onde a pessoa aprenderia a se reinserir na sociedade. Portanto, a dosimetria, tal como um remédio qualquer, uma quimioterapia, uma radioterapia, tem de ser na dose certa.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) – São duas vertentes que a pena ostenta, não é?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Exato.

(fl. 58.326)

A defesa não visa o barateamento, mas, nos tópicos adiante, caso rejeitados os anteriores e mantida a condenação, explicará porque a pena aplicada não atingiu a dose certa. Assim procedendo, demonstrará, fundamentadamente, o quanto elevadas e desproporcionais estão as penas aplicadas, para por fim requerer a sua redução.

4.1. DOS ESCLARECIMENTOS NECESSÁRIOS EM RELAÇÃO À DOSIMETRIA DE PENA NO CRIME DE QUADRILHA (ART. 288 DO CÓDIGO PENAL) - ITEM II DA DENÚNCIA

Pelo suposto cometimento do delito de quadrilha (art. 288 do Código Penal) descrito no item II da denúncia, este Tribunal fixou a pena definitiva de Ramon Hollerbach em **02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão**, tendo sido considerados quatro dos oito vetores do art. 59 desfavoráveis ao réu, quais sejam, a culpabilidade, os motivos, as circunstâncias e as consequências do ilícito. Partindo-se do pressuposto que a pena aplicável na espécie era de 01 (um) a 03 (três) anos, **a pena-base privativa de liberdade imposta ao réu foi exasperada em 01 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão, ou seja, em aproximadamente 04 (quatro) meses e 22 (vinte e dois) dias para cada uma das circunstâncias judiciais consideradas negativas em relação a Ramon Hollerbach.**

Constatou-se, no entanto, que em razão da existência de passagens contraditórias, omissas, ou que são fonte de dúvida na fundamentação da fixação da pena-base, são imperativos alguns esclarecimentos por parte dessa Egrégia Corte, os quais a defesa demonstra e pleiteia a seguir.

4.1.1. Da existência de contradição na ponderação do vetor culpabilidade na fixação da pena base do crime de quadrilha

De acordo com as lições do penalista Guilherme de Souza Nucci, a ponderação exigida do magistrado pelo legislador refere-se ao sentido lato do termo, ou seja, à reprovação que o crime e o autor de fato merecem. Segundo ele:

A culpabilidade em sentido estrito já foi analisada para compor a existência do delito (onde, além da reprovação social, analisaram-se a imputabilidade, a potencial consciência de ilicitude e a exigência e possibilidade de conduta diversa). Entretanto, volta o legislador a exigir do juiz a avaliação da censura que o crime merece (...) justamente para norteá-lo na fixação da sanção penal merecida. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 400).

Portanto, é necessário que o magistrado esteja atento na avaliação desse primeiro vetor para que, em sua fundamentação, não confunda essa censurabilidade em relação ao crime e a seu autor que consiste na culpabilidade com a reprovabilidade que o delito já carrega em si, levada em consideração pelo legislador na tipificação da norma penal. Nessa linha de entendimento, **as reflexões acerca da culpabilidade capazes de provocar um aumento na pena-base consistem naqueles elementos acidentais não participantes da estrutura do tipo,**

são os dados referentes à condição pessoal do réu e de sua conduta que tornam o delito cometido especialmente mais censurável do que outros de mesma natureza.

Não parece ser esse o raciocínio seguido por essa ilustre Corte na avaliação negativa da culpabilidade de Ramon Hollerbach referente à aplicação da pena base do delito de quadrilha. Vejamos a fundamentação que consta do voto condutor nesse item (fl. 57.963):

A culpabilidade, entendida como o grau de reprovabilidade da conduta, é elevada, uma vez que RAMON HOLLERBACH, conforme demonstrado, atuou intensamente, por exemplo, fornecendo a estrutura empresarial das sociedades das quais era sócio, para a consecução dos objetivos ilícitos da quadrilha.

Da leitura da mencionada passagem percebe-se que a indicação de que a culpabilidade de Ramon Hollerbach é “elevada”, seguida da afirmação de que o réu atuou intensamente, não encontra respaldo na fundamentação fática apresentada no voto vencedor. Isso porque o crime de quadrilha necessariamente pressupõe a existência de um vínculo associativo entre os agentes, uma verdadeira *societas sceleris* permanente, estável e duradoura, em que cada um deles seja responsável pela prática de atos específicos no sentido de concretizar a vontade de praticar crimes determinados. **Dessa maneira, as considerações sobre a reprovabilidade da tarefa atribuída ao agente só podem ser levadas em conta quando essa se reveste de especial gravidade ou especialidade. Caso contrário, estar-se ia incorrendo na contradição de se considerar que as circunstâncias legais e as circunstâncias judiciais, apesar de serem institutos diversos, podem apresentar idêntico conteúdo.**

Sendo assim, parece contraditório, e contrário ao que determina o princípio do *ne bis in idem*, considerar que Ramon Hollerbach tenha culpabilidade elevada apontando-se a tarefa que lhe era supostamente atribuída na quadrilha descrita na denúncia. Se o réu não houvesse fornecido a estrutura empresarial das sociedades das quais era sócio para a consecução dos objetivos ilícitos da quadrilha, sequer teria sido condenado pelo delito descrito pelo art. 288 do Código Penal. Ademais, cumpre destacar que, mesmo que se reconheça que a estrutura da empresa tenha sido utilizada para a prática de delitos, não há como negar que a maior parte de sua atividade realizada era lícita e não houve a criação da pessoa jurídica com o único objetivo de se viabilizar uma atuação criminosa.

Assim, embora se afirme que tal circunstância não é favorável ao réu, tal assertiva parece-nos contraditória e manifestamente conflitante com o princípio do *ne bis in idem*.

4.1.2. Da existência de dúvida e contradição na fundamentação do vetor motivo na fixação da pena base do crime de quadrilha

De acordo com o julgamento proferido por essa Suprema Corte, também o vetor motivo foi considerado desfavorável ao Réu na fixação da pena-base, pois (fl. 57.963),

o motivo do crime, em última análise, foi a intenção de RAMON HOLLERBACH de obter recursos indevidos, para si e para as sociedades às quais estava vinculado, graças à proximidade buscada e conquistada por MARCOS VALÉRIO para com o Governo Federal à época, e aos favores ilícitos prestados, sobretudo, aos integrantes do chamado “núcleo político”.

Em um primeiro momento a leitura do mencionado excerto da decisão suscita a dúvida quanto à possibilidade de ser considerada a vontade de se obter recursos indevidos como uma motivação especialmente repugnante apta a promover a exasperação da pena-base. Consoante já asseverado nos presentes embargos, a constituição de uma quadrilha, em essência, tem como objetivo a prática de crimes. Tendo em mente essa premissa, não é preciso recorrer a dados estatísticos para afirmar que a grande maioria dos crimes tipificados em nosso ordenamento jurídico visa ao combate do enriquecimento ilícito, portanto, pode-se dizer igualmente que parte significativa dos delitos praticados por quadrilhas que são julgados pelos tribunais pátrios são de agentes motivados pela obtenção de recursos econômicos indevidos. Diante dessas constatações, causa dúvida a afirmação de que a vontade de obter recursos indevidos seja um motivo especialmente repugnante na hipótese em apreço.

Ademais, ainda em relação à utilização da intenção do réu de obter recursos indevidos como fundamento para considerar os motivos desse crime desfavoráveis, constata-se a existência de uma contradição na decisão embargada. Isso porque o objetivo de enriquecimento ilícito mediante a obtenção dos mencionados recursos é fato que foi utilizado para considerar penalmente típicas as condutas que foram apontadas como prática de peculato, crime esse que, segundo o entendimento até então adotado desta Augusta Corte, foi uma das finalidades que os réus da presente ação tinham em mente no momento em que se conformaram como quadrilha.

Outrossim, parece inadequado e, portanto, duvidoso acerca da compatibilidade com o princípio da individualização das penas, avaliar na dosimetria da reprimenda de Ramon Hollerbach, a “proximidade buscada e conquistada por Marcos Valério para com o Governo Federal”. Afinal, um elemento descritivo da conduta de outro réu pode ser levado em consideração para exasperar a pena de Ramon sem que isso contrarie as garantias individuais constitucionais?

4.1.3. Da existência de dúvida e contradição na fundamentação das circunstâncias do crime na fixação da pena base do crime de quadrilha

Também há dúvida e contradição em relação à justificativa para considerar as circunstâncias do crime como desfavoráveis a Ramon Hollerbach. Compulsando a decisão percebe-se no voto condutor a seguinte fundamentação para a valoração negativa realizada (fl. 57.964):

(ressalvadas, para evitar bis in idem, as que constituem elementares e as que já foram consideradas) também se mostram desfavoráveis a RAMON HOLLERBACH, que, como visto, assinou documentos contábeis da SMP&B, cuja contabilidade foi qualificada pelos peritos como fraudulenta; afiançou contratos de empréstimos simulados; e, ainda, discutiu esses empréstimos simulados com DELÚBIO, na sede da SMP&B. Além disso, a quadrilha permaneceu ativa por mais de dois anos.

Frisamos novamente a lição de Guilherme de Souza Nucci no sentido de que as circunstâncias judiciais referidas no art. 59 do Código Penal são elementos acidentais, alheios aos presentes no próprio tipo penal (NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009). Sendo assim, sempre que se atribui à circunstância judicial elemento inerente ao tipo penal, incorre-se na contradição lógica de se afirmar que as circunstâncias legais e as judiciais são institutos diferentes, mas de características idênticas. Examinando a decisão no ponto destacado, percebemos que foi exatamente isso que ocorreu, consoante demonstrado a seguir.

O ato de assinar documentos contábeis supostamente fraudulentos e discutir empréstimos simulados foi exatamente a conduta praticada pelo réu que permitiu a essa Egrégia Corte condená-lo pelo crime de quadrilha. Embora o réu não tivesse o dolo de constituir uma quadrilha, de acordo com o que entendeu a maioria desse Tribunal, as ações alhures descritas foram consideradas como as atribuições de Ramon Hollerbach na divisão de tarefas da suposta quadrilha. Na mesma linha de raciocínio desenvolvida no tópico referente à existência de dúvida e de contradição na avaliação de sua culpabilidade, **sustenta-se a impossibilidade de a descrição do papel desempenhado na quadrilha ser considerado uma circunstância desfavorável.**

A mesma dificuldade surge quanto à afirmação de que “a quadrilha permaneceu ativa por mais de dois anos”, pois, **a duração da atividade da suposta quadrilha por tempo considerável também já foi valorada no momento da tipificação, haja vista que a habitualidade é elemento do tipo penal quadrilha.** Nos dizeres uníssonos da doutrina,

“quadrilha ou bando: são termos sinônimos, significando a reunião de, no mínimo, quatro pessoas, com caráter estável e permanente, visando à prática de delitos, ainda que não os tenham efetivamente cometido”. Portanto, é esperado que a atuação de uma quadrilha se prolongue no tempo, uma vez que a estabilidade e permanência são elementos ínsitos ao próprio ilícito, sendo certo que uma avaliação razoável da duração de dois anos leva à conclusão de que esse é o tempo mínimo para a configuração dessas características da *societas sceleris*. Não cabe, pois, uma penalização dupla do mesmo fator.

4.1.4. Da existência de contradição na consideração dos vetores personalidade e conduta social em favor de Ramon Hollerbach

Ao analisar os vetores personalidade e conduta social de Ramon Hollerbach na dosimetria da pena do crime de quadrilha, o voto condutor considerou que “não há dados concretos acerca da conduta social e da personalidade do condenado” (fl. 57.963). Entretanto, a existência de tal afirmação, mostra a ocorrência de evidente contradição entre o conjunto probatório coligido aos autos e a decisão final. Isso porque noticiam os autos que foram várias testemunhas ao longo da instrução processual e todas elas afirmaram que Ramon Hollerbach possui uma excelente conduta social e boa personalidade.

A propósito, o Ministro Ricardo Lewandowski, que não aplicou a pena quanto a este delito, por ter ficado vencido, destacou estes aspectos (fl. 58.186/58.187):

O réu não registra antecedentes criminais. Por outro lado, não existem elementos que permitam avaliar a sua conduta social. Aliás, quanto a esta, as referências nos autos são abonadoras, dando conta de que o réu era, ao tempo dos fatos, profissional que detinha reconhecimento e admiração no mercado publicitário.

Recupero alguns depoimentos ilustrativos da conduta do réu, antes e após os fatos pelos quais foi condenado, e que, de certa forma, abonam seu comportamento e justificam, por outro lado, somados às demais circunstâncias, a fixação da pena-base no mínimo legal.

Cito, por exemplo, o depoimento de André Ferreira de Carvalho, editor de livros em Minas Gerais, que declarou conhecer o réu há mais de 30 anos. Segundo essa testemunha, Ramon Hollerbach

“(...) é uma pessoa com retidão de caráter impressionante e diz que tem pelo mesmo uma grande admiração e que este goza do melhor conceito possível com o depoente (...)” (fl. 21.425).

Destaco, também, as declarações de Carlos Roberto Nunes Cruz, médico em Brumadinho/MG, que declarou conhecer Ramon Hollerbach há aproximadamente 40 anos, e asseverou o seguinte:

“(...) diz que possui uma filha que é publicitária; diz que Ramon participou da formação profissional de sua filha; diz que ao longo dos 40 anos sempre ouviu falar que Ramon é pessoa correta, trabalhadora, nada sabendo que pudesse desabonar sua conduta social, profissional ou moral (...)" (fl. 21.434)

Por sua vez, a testemunha Hélio Marques de Faria, renomado publicitário mineiro, afirmou o seguinte sobre o réu:

“(...) diz que conhece Ramon Cardoso há aproximadamente 30 anos (...) diz que Ramon é referência de profissional no mercado publicitário (...) que Ramon é um publicitário extremamente bem conceituado no mercado (...)" (fl. 21.428).

De seu turno, João Carlos Martins, consultor de marketing, afirmou que

“(...) pode informar que Ramon Cardoso é um dos ‘melhores profissionais’ com quem já conviveu e um profissional de ‘primeira linha’ e correto (...)" (fl. 21.455).

Outro depoimento digno de nota é o da senhora Patrícia da Silva Mourão Scarabelli, que trabalhou como secretária do réu entre 2003 e 2005. Essa testemunha afirmou que:

“(...) Ramon era pessoa muito metódica, correta, exigente, que não aceitava muitos erros, pessoa muito aberta a relacionamentos; diz que quando alguém precisava de alguma coisa na empresa, era a Ramon que se recorria; diz que quando havia qualquer problema nas campanhas, por exemplo, Ramon pessoalmente ligava para os clientes; diz que Ramon também era muito bravo quando as coisas não eram feitas de forma correta (...) diz que Ramon chegava em torno de 9:00 da manhã e ficava o dia inteiro na agência, saindo por volta das 19:00h; diz que Ramon era muito presente em todas as áreas da agência, visitava todos os setores da agência; diz que Ramon ia à agência todos os dias; diz que dos três sócios, Ramon era o mais presente; diz que Ramon é um profissional conceituado no mercado mineiro de publicidade (...)" (fl. 21.443).

Assim pugna a defesa pela consideração dos vetores personalidade e conduta social na fixação da pena-base, uma vez que esta deve ser fixada com fundamento na ponderação de todos os vetores do art. 59 do Código Penal, inclusive dos consideravelmente favoráveis, suprindo assim a apontada contradição.

4.1.5. Quanto à omissão da fundamentação da fixação da pena base em patamar muito próximo do máximo legal

É cediço na doutrina e na jurisprudência pátrias que a fixação da pena-base deve referir-se a todas as circunstâncias judiciais enumeradas no art. 59 do Código Penal. Sem levar em consideração as alegações já feitas no sentido da necessidade de se esclarecer algumas dúvidas e solucionar contradições na fundamentação das circunstâncias judiciais que poderão ter efeitos modificativos sobre esse acórdão condenatório, na hipótese vertente, tem-se que dos oito elementos enumerados no art. 59 do Código Penal, apenas quatro foram considerados desfavoráveis, mas a fixação da pena-base foi determinada em patamar nove meses abaixo do

máximo legal. Essa exasperação, além de incompreensível, revela patente contradição e aparente arbítrio por parte do julgador, já que não fica claro o critério utilizado para atribuir a cada circunstância desfavorável o *quantum* de exasperação que foi efetuado.

Vale destacar, ainda, que de todos os crimes a que Ramon foi condenado, este foi o único em que a pena base foi fixada em patamar mais próximo do máximo, o que denota grande contradição, pois embora se trate de crimes distintos, não pode haver tanta disparidade na fixação da pena base, mormente porque o número de circunstâncias judiciais desfavoráveis, em todos os casos, é semelhante.

Diante do exposto, requer a defesa que essa Corte se manifeste no sentido de afastar a mencionada omissão, justificando com base em critérios verificáveis pelo réu o motivo de haver aplicado pena privativa de liberdade tão próxima ao limite máximo legalmente previsto.

4.1.6. Conclusão quanto aos esclarecimentos necessários referentes à fundamentação da pena-base referente ao crime de quadrilha (item II)

Diante do exposto, requer a defesa que essa Augusta Corte se manifeste no sentido de esclarecer as dúvidas e eventualmente afastar as contradições e omissões delas advindas referentes à análise das circunstâncias judiciais aqui expostas, respondendo às seguintes questões e atendendo aos pedidos a seguir:

1. O suposto fornecimento da estrutura empresarial das sociedades das quais era sócio para a consecução dos objetivos ilícitos da quadrilha pode ser utilizado ao mesmo tempo para imputar objetivamente a prática criminosa a Ramon Hollerbach e para considerar sua conduta mais gravemente punível referente ao mesmo crime, sem que haja violação ao postulado *ne bis in idem*?

2. Constatando-se que parte significativa dos delitos praticados por quadrilhas ocorridos em nosso país são de agentes motivados pela obtenção de recursos econômicos indevidos, é possível entender que a vontade de obter recursos ilícitos é um motivo especialmente repugnante e, então, apto a justificar a exasperação da pena-base referente ao crime de quadrilha, sem que isso represente uma contrariedade aos parâmetros do bom senso e à necessidade de fundamentação idônea da aplicação das penas?

3. A suposta intenção de Ramon Hollerbach de obter recursos indevidos pode ser utilizada para lhe imputar objetivamente os crimes de peculato (art. 312) descritos na denúncia, que no caso são crimes-fim do delito de quadrilha, e, ao mesmo tempo, ser

empregada para considerar sua conduta mais gravemente punível referente crime do art. 288 do Código Penal, sem que haja violação ao postulado *ne bis in idem*?

4. É possível respeitar o princípio da individualização das penas, disposto no art. 5º, inciso XLVI da CRFB/88, descrevendo conduta de outro réu no vetor motivo, a fim de agravar a pena de Ramon Hollerbach?

5. A suposta prática de assinar documentos contábeis hipoteticamente fraudulentos e discutir empréstimos simulados pode ser utilizada ao mesmo tempo para imputar objetivamente a prática criminosa de quadrilha ao réu e para considerar sua conduta mais gravemente punível referente ao mesmo crime, sem que haja violação ao postulado *ne bis in idem*?

6. O fato de supostamente a quadrilha permanecer ativa por mais de dois anos pode ser considerado ao mesmo tempo para imputar objetivamente do delito ao réu, uma vez que a habitualidade é elementar do tipo, e para considerar sua conduta mais gravemente punível referente ao mesmo crime, sem que haja violação ao postulado *ne bis in idem*?

7. Pugna a defesa pela consideração dos vetores personalidade e conduta social na fixação da pena base, uma vez que esta deve ser fixada com base na ponderação de todos os vetores do art. 59 do Código Penal, inclusive dos consideravelmente favoráveis, suprindo assim a apontada contradição.

8. Requer a defesa que essa Augusta Corte se manifeste no sentido de justificar com base em critérios verificáveis pelo réu o motivo de ter aplicado pena privativa de liberdade tão próxima ao limite máximo legalmente previsto na reprimenda relativa ao crime de quadrilha (item II).

Sendo possível sanar as contradições e dúvidas que resultam da fundamentação do voto condutor em relação à valoração das circunstâncias judiciais, pugna a defesa de Ramon Hollerbach que apenas uma circunstância judicial seja considerada desfavoravelmente em relação ao réu (consequências do crime), **impondo-se o reconhecimento de efeitos modificativos ao julgado e reduzindo a pena-base aplicada ao réu em pelo menos 01 (um) ano de reclusão.**

4.2. DOS ESCLARECIMENTOS NECESSÁRIOS EM RELAÇÃO À DOSIMETRIA DE PENA NO CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA RELATIVA A CONTRATOS COM A CÂMARA DOS DEPUTADOS (ART. 333, CÓDIGO PENAL) - ITEM III.1 B.1 DA DENÚNCIA

Pelo suposto cometimento do delito de corrupção ativa (art. 333 do Código Penal) descrito no item III.1 (b.1) da denúncia, esse Egrégio Tribunal fixou a pena definitiva de Ramon Hollerbach em **2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 100 (cem) dias-multa, no valor de 10 (dez) salários mínimos cada**. Em virtude da extensão do acórdão que resultou desse julgamento, é possível constatar alguns pontos da decisão que necessitam ser esclarecidos ante a existência de contradição, omissão, obscuridade ou redação dúbia no que tange à operação de dosimetria da pena efetuada. Em especial no momento de aplicação da reprimenda a Ramon Hollerbach em razão da condenação pelo delito do art. 333 no item III.1 b.1 (corrupção ativa relativa a contratos com a câmara dos deputados), a defesa pugna por esclarecimentos nas questões a seguir apontadas.

4.2.1. Da omissão na fundamentação do voto condutor e no conteúdo dos respectivos debates da determinação quanto à lei aplicável ao caso

Na condenação de Ramon Hollerbach referente ao item III.1 (b.1), o *quantum* de pena finalmente aplicado foi estabelecido a partir do voto do Eminentíssimo Ministro Relator, que, após examinar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, considerou especialmente desfavoráveis a culpabilidade, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime, estabelecendo como pena-base **02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 100 (cem) dias-multa**, e não havendo agravantes ou atenuantes nem causas de aumento ou de diminuição, tornou-a definitiva.

No entanto, observando-se a fundamentação apresentada por S. Ex^a. o Relator às fls. 57.964-57.967, não há qualquer alusão à definição da pena em abstrato levada em consideração para os cálculos da pena-base. Em outras palavras, não é possível saber ao certo se a dosimetria da pena foi realizada a partir do intervalo de 01 a 08 anos (redação original do Código Penal) ou com base na cominação de pena de 02 a 12 anos prevista no tipo do art. 333 com a redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003. Vejamos (fl. 57.966):

ITEM III.1 (CÂMARA DOS DEPUTADOS)

CORRUPÇÃO ATIVA

(…)

Assim, as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal são bastante desfavoráveis ao acusado RAMON HOLLERBACH, razão pela qual, atento ao disposto nos artigos 59, 68 e no tipo penal do artigo 333 do Código Penal, fixo a pena-base de RAMON HOLLERBACH em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, com mais 100 dias-multa, cada um no valor de 10 salários-mínimos, no montante vigente à época do fato, observado o art. 60 do Código Penal estabelece os “Critérios Especiais da Pena de Multa”, prevendo que “o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu”. Nos termos do §2º do art. 49, “o valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária”. À falta de circunstâncias atenuantes ou agravantes, bem como de causas de diminuição ou aumento (Código Penal, art. 68), torno definitiva a pena.

Compulsando os autos verifica-se que o órgão acusador em suas alegações finais no item 236, f. 111, afirmou que “a prova colhida no curso de instrução comprovou a acusação feita na denúncia de que, no dia 04 de setembro de 2003, o Deputado federal João Paulo Cunha, no exercício de Presidente da Câmara dos Deputados, recebeu vantagem indevida, consistente no valor de cinquenta mil reais para beneficiar a empresa SMP&B Comunicação, de que eram sócios Marcos Valério Ramon Hollerbach e Cristiano Paz”. Portanto, a vantagem indevida à qual se faz alusão na condenação por este crime foi paga antes da alteração legislativa, e, sendo assim, o certo seria a aplicação da pena dentro dos parâmetros da redação vigente àquele tempo. Então, a relevância do esclarecimento sobre a lei aplicada se justifica uma vez que, quando a decisão é omissa nesse ponto da fundamentação, a defesa do acusado não pode ser ampla, já que a avaliação sobre a exasperação do quantum da pena-base fica impossibilitada em razão da ausência de parâmetro objetivo.

Sendo assim, pleiteia Ramon Hollerbach que essa Egrégia Corte acolha os presentes embargos para esclarecer qual a pena em abstrato utilizada para a dosimetria de sua reprimenda no item III.1 (b.1): se aquela determinada pela redação original do Código Penal (intervalo de reclusão 01 a 08 anos) ou então se se trata da cominação de pena de 02 a 12 anos prevista no tipo do art. 333, com a redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003.

4.2.2. Das contradições e dúvidas surgidas na avaliação das circunstâncias judiciais na individualização da pena-base

Como dito anteriormente, o voto condutor da dosimetria da pena no item III.1 (b.1) considerou especialmente desfavoráveis a culpabilidade, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime, estabelecendo como pena-base **02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 100 (cem) dias-multa**. Partindo-se do pressuposto que a pena aplicável na espécie era de 01(um) a 08 (oito) anos, porquanto o suposto crime ocorreu em setembro de 2003, quando

vigente a redação original do Código Penal para o tipo penal do art. 333, **a pena-base privativa de liberdade imposta ao réu foi exasperada em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão, ou seja, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias para cada uma das circunstâncias judiciais consideradas negativas em relação a Ramon Hollerbach.**

No entanto, uma análise mais criteriosa da fundamentação trazida em razão da análise da primeira fase da dosimetria da pena nos leva a constatar a presença de pontos contraditórios e que são fontes de dúvida que devem ser sanados a fim de impedir que uma decisão tão importante na história dessa Suprema Corte determine a incorreta aplicação da lei penal. Senão, vejamos.

a. Da dúvida e da contradição na fundamentação das circunstâncias do crime em comparação com o princípio do *ne bis in idem*

Primeiramente, temos que as circunstâncias do crime foram consideradas desfavoráveis ao acusado, *verbis*, (fl. 57.966):

tendo em vista que RAMON esteve em reuniões com JOÃO PAULO CUNHA no contexto da prática criminosa,...), e providenciou para que sua agência fosse contratada pela Câmara dos Deputados, em violação às normas de concorrências públicas, mediante encontros privados do interesse pessoal e partidário do réu JOÃO PAULO CUNHA. Para esse fim, manteve encontro com o acusado também em um hotel em São Paulo e mantinha-se em contato com o assessor de JOÃO PAULO CUNHA, Sr. Luís Costa Pinto. Com tudo isso, o acusado RAMON logrou obter a contratação ilícita de sua empresa pela Câmara dos Deputados, em contrato que resultou no desvio de mais de R\$ 1.077.000,00. Ademais, trata-se de ato dirigido ao agente público que é segundo na linha sucessória da Presidência da República, a revelar as circunstâncias altamente danosas da prática criminosa.

A leitura do referido excerto da dosimetria em comparação com a parte do voto alusiva ao mérito da condenação surge uma considerável dúvida, pois, **parece-nos que o fato utilizado por essa Corte para imputar objetivamente a prática criminosa a Ramon Hollerbach foi também empregado para considerar sua conduta mais gravemente punível, em franca violação ao postulado *ne bis in idem*.** Nas lições do penalista NUCCI, as circunstâncias do crime capazes de provocar um aumento na pena-base são aqueles elementos acidentais não participantes da estrutura do tipo (Referência já citada acima). Ora, ao menos do ponto de vista lógico, sempre que se está diante de um crime de corrupção ativa espera-se do suposto corruptor que se encontre, pessoal ou virtualmente, com o agente público a fim de possibilitar o oferecimento ou a promessa da vantagem indevida descrito pelo tipo penal do art.

333 do Código Penal. De outro modo, ou seja, sem promover o encontro entre corruptor e corrompido a configuração do crime tal como descrito no respectivo tipo penal torna-se impossível. Logo, o encontro ou reunião entre o sujeito ativo e o funcionário público trata-se de elemento participante da estrutura do tipo e não poderia ser empregado como justificativa para a exasperação da pena-base do réu na primeira fase da dosimetria das penas. Na hipótese ora em apreço, pergunta-se: se Ramon Hollerbach não tivesse se encontrado com João Paulo Cunha para providenciar a contratação de sua agência em desrespeito às normas de concorrência pública, teria ele ainda assim incorrido no crime do art. 333 do Código Penal?

Para usar o exemplo dado por S. Ex^a. o Relator durante os debates (fl. 58.174), no caso do motorista que, estando com a habilitação vencida, paga mil reais ao guarda para ele não apreender sua carteira ou não lançar a multa, também não há um encontro ou uma reunião entre corrompido e corruptor? Porque no caso ora julgado essa circunstância é utilizada para majorar a pena-base e nas demais hipóteses em que o corruptor vai ao encontro do corrompido considera-se esse fato como ínsito ao tipo penal?

Outro ponto que merece atenção, nesse caso por ser contraditório, é a afirmação de que as circunstâncias do crime são mais reprováveis em razão de ser “o ato dirigido ao agente público que é segundo na linha sucessória da Presidência da República”. Segundo a lógica do processo penal uma mesma questão não pode ser valorada duas vezes em desfavor do réu. Negar isso seria contradizer todas as passagens do presente voto e da jurisprudência dessa Egrégia Corte que afirmam a necessidade de se evitar o *bis in idem*. Especificamente em relação à mencionada assertiva, um olhar atento percebe que essa mesma questão referente ao grau de importância do funcionário público corrompido **já havia sido valorada no vetor culpabilidade**, sendo a única fundamentação concreta trazida pelo Eminente Relator ao considerar a culpabilidade do réu “bastante elevada” em relação à prática de corrupção ativa nos fatos ocorridos na Câmara dos Deputados. Vejamos como a fundamentação se repete (fls. 57.965 e 57.966):

A culpabilidade, entendida como o grau de reprovabilidade da conduta, apresenta-se bastante elevada, uma vez que RAMON HOLLERBACH dirigi sua prática delitiva à corrupção do Presidente da Câmara dos Deputados, uma das mais elevadas autoridades da República.

(…)

As circunstâncias do crime de corrupção ativa são desfavoráveis, tendo em vista que RAMON esteve em reuniões com JOÃO PAULO CUNHA no contexto da prática

criminosa, como mencionado em meu voto, e providenciou para que sua agência fosse contratada pela Câmara dos Deputados, em violação às normas de concorrências públicas, mediante encontros privados do interesse pessoal e partidário do réu JOÃO PAULO CUNHA. Para esse fim, manteve encontro com o acusado também em um hotel em São Paulo e mantinha-se em contato com o assessor de JOÃO PAULO CUNHA, Sr. Luís Costa Pinto. Com tudo isso, o acusado RAMON logrou obter a contratação ilícita de sua empresa pela Câmara dos Deputados, em contrato que resultou no desvio de mais de R\$ 1.077.000,00. Ademais, trata-se de ato dirigido ao agente público que é segundo na linha sucessória da Presidência da República, a revelar as circunstâncias altamente danosas da prática criminosa.

b. Da dúvida acerca da possibilidade de dupla valoração negativa, nas consequências do crime e na aplicação de pena autônoma de outro delito, sobre a mesma conduta.

Em relação ao vetor consequências do crime também se pode suscitar a ocorrência de dúvida (que leva à contradição), pois a fundamentação trazida pelo voto condutor a fim de considerar tal circunstância judicial negativa a ponto de promover a exasperação da pena-base traz elementos que são próprios de outro crime, pelo qual o réu foi condenado com pena autônoma. Vejamos o que consta do voto vencedor na análise das consequências do crime (fl. 57.966):

(...) As consequências do crime também se revelam mais lesivas do que as normais da espécie, tendo em vista que o crime conduziu à instalação de uma engrenagem de desvio de recursos públicos destinada a abastecer o esquema de compra de apoio político, juntamente com outros recursos desviados no período, bem como obter a remuneração dos sócios pelo auxílio na empreitada criminosa. (...)

A criação de uma engrenagem de desvios públicos e a obtenção de remuneração dos sócios com o auxílio da empreitada criminosa constitui conduta que deveria ser, assim como de fato foi, analisada sob a ótica do crime de peculato, que determina como típico o ato de “apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio”. **Surge, então, nova dúvida: valorar negativamente esse fato na individualização da pena referente ao crime de corrupção ativa (item III.1 – b. 1) bem como na determinação da pena definitiva referente ao crime de peculato contra a câmara dos deputados não seria valorar negativamente duas vezes a mesma ação?**

Esse questionamento, acerca da (im)possibilidade de se utilizar a conduta de um crime como circunstância judicial na individualização da pena de outro delito, foi, inclusive, suscitado pelo Eminente Ministro Ayres Britto, durante os debates das penas atribuídas a Marcos

Valério no crime de corrupção ativa, fato esse apto a demonstrar a importância do esclarecimento que ora se pede. Veja-se (fl.58.282):

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Ministro Joaquim, só fiquei numa dúvida: Vossa Excelência não considerou o crime de lavagem como uma circunstância para aumentar a pena, não é?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - CANCELADO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) – Porque ele, Marcos Valério, já foi condenado pelo crime de lavagem.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) – Vou chegar lá.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Não, estou dizendo que nós já sabemos. Então, isso não foi considerado quando Vossa Excelência analisou o vetor da circunstância, porque não pode haver acumulação da pena.

c. Da contradição endoprocessual existente entre a pena-base aplicada nos itens

III.1 b.1 e c.1

Analizando o presente julgado de maneira ampla e tendo em vista todas as penas definitivas aplicadas a Ramon Hollerbach, percebe-se que, os crimes de corrupção ativa referentes aos contratos da Câmara dos Deputados (item 3.1 b.1) e relativos aos contratos do Banco do Brasil (item III.1 c.1), apesar de terem acontecido em circunstâncias de tempo e modo evidentemente semelhantes, com, inclusive, grau de culpabilidade, motivos, consequências e demais vetores do art. 59 do Código Penal análogas, a pena base imposta ao primeiro foi de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 100 (cem) dias-multa, enquanto a pena-base fixada para o segundo foi de 02 (dois) anos de reclusão mais 150 dias-multa. Mesmo levando-se em consideração que vigora o princípio da individualização das penas, essa discrepância nos resultados encontrados, com uma diferença de 06 (seis) meses de pena privativa de liberdade, parece demonstrar a existência de uma contradição endoprocessual no exame da primeira fase da dosimetria das penas.

Sendo assim, pleiteia a defesa de Ramon Hollerbach que, além das considerações já feitas sobre a análise dos vetores do art. 59 na dosimetria do crime de corrupção ativa do item III.1 (b.1), sejam conhecidos os presentes embargos com efeitos modificativos de modo a sanar-se tal contradição comparativa das penas promovendo-se uma redução na pena-base aplicada em relação ao crime de corrupção ativa do item III.1 (b.1).

d. Conclusão quanto aos esclarecimentos necessários referentes à pena-base

Diante do exposto, requer a defesa que essa Augusta Corte se manifeste no sentido de esclarecer as dúvidas (e eventualmente afastar as contradições delas advindas) referentes à análise das circunstâncias judiciais que aqui foram expostas e que podem ser sintetizadas da seguinte maneira:

1) O fato de Ramon Hollerbach ter se encontrado com João Paulo Cunha para providenciar a contratação de sua agência em desrespeito às normas de concorrência pública pode ser utilizado ao mesmo tempo para imputar objetivamente a prática criminosa aos réus e para considerar sua conduta mais gravemente punível, sem que haja violação ao postulado *ne bis in idem*?

2) O grau de importância do funcionário público corrompido pode ser duplamente valorado contra o réu, tanto no vetor culpabilidade, quanto no vetor circunstâncias do crime sem que haja violação ao postulado *ne bis in idem*?

3) Sendo a criação de uma engrenagem de desvios públicos e a obtenção de remuneração indevida com o auxílio de empreitada criminosa conduta inerente ao crime de peculato, pelo qual Ramon Hollerbach foi autonomamente condenado, é possível valorar negativamente esse fato na individualização da pena referente ao crime de corrupção ativa (item III.1 – b. 1) sem que isso signifique o mesmo que avaliar negativamente duas vezes a mesma ação?

Sendo possível sanar as contradições e dúvidas que resultam da fundamentação do voto condutor, pugna a defesa de Ramon Hollerbach que apenas duas circunstâncias judiciais sejam consideradas desfavoravelmente em relação ao réu, **impondo-se o reconhecimento de efeitos modificativos ao julgado e reduzindo a pena-base aplicada ao réu em pelo menos 09 meses de reclusão.**

Nesse ponto convém ressaltar que os vetores personalidade e conduta social, em relação a Ramon Hollerbach, não são apenas neutros, como ressaltado no voto condutor, eles são dados positivos, que podem ser levados inclusive em consideração quando da avaliação acerca da possibilidade de se imprimir efeitos modificativos nos presentes embargos.

4.3. DOS ESCLARECIMENTOS NECESSÁRIOS EM RELAÇÃO À DOSIMETRIA DE PENA NO CRIME DE PECULATO REFERENTE À CÂMARA DOS DEPUTADOS (ART. 312 DO CÓDIGO PENAL) - ITEM III.1 DA DENÚNCIA

Pelo suposto cometimento do delito de Peculato (art. 312 do Código Penal), descrito no item III.1 da denúncia, esse Tribunal fixou a pena definitiva de Ramon Hollerbach em **03 (três) anos de reclusão e 180 (cento e oitenta) dias-multa, no valor de 10 (dez) salários mínimos cada**. Ao longo do acórdão que condenou Ramon Hollerbach, é possível constatar alguns pontos que necessitam ser esclarecidos ante a existência de contradição, omissão, obscuridade ou redação dúbia no que tange à operação de dosimetria da pena que foi efetuada por essa Egrégia Corte. Sendo assim, a defesa aponta as referidas passagens e pugna por esclarecimentos nas questões a seguir apontadas.

4.3.1. Da omissão, da dúvida e da contradição na ponderação do vetor culpabilidade em comparação com o princípio do *ne bis in idem*

Ao avaliar negativamente o vetor culpabilidade em relação a Ramon Hollerbach na primeira fase da dosimetria da pena referente ao crime de peculato praticado nos contratos da Câmara dos Deputados, essa Suprema Corte decidiu que (fl. 57.967):

a culpabilidade, entendida como o grau de reprovabilidade da conduta, apresenta-se bastante elevada, uma vez que RAMON HOLLERBACH, conforme demonstrado de forma pormenorizada, atuou intensamente na execução dos crimes, mantendo-se em constante contato com o corréu JOÃO PAULO CUNHA para viabilizar a prática do crime. O réu RAMON HOLLERBACH auxiliou substancialmente o acusado MARCOS VALÉRIO, através da SMP&B Comunicação Ltda., pessoa jurídica que emitiu o cheque destinado ao pagamento da vantagem indevida ao Sr. JOÃO PAULO CUNHA e que, depois, foi utilizada para o desvio de recursos públicos em proveito próprio e de terceiros.

a. Da obscuridade na utilização de expressões genéricas para justificar a classificação da culpabilidade como circunstância judicial desfavorável

O dever de fundamentação imposto pela Constituição ao juiz exige que sejam trazidos fatos concretos na dosimetria da pena que justifiquem sua exasperação. Nesse sentido, explicam os juristas Nery e Nery Júnior:

As decisões do Poder Judiciário (...) têm de ser necessariamente fundamentadas, sob pena de nulidade, cominada no próprio texto constitucional. A exigência de fundamentação das decisões judiciais é manifestação do princípio do devido processo legal (NERY JR. Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada*. 2. Ed. São Paulo: RT, 2009. p. 455-456)

Portanto, sem uma motivação clara, o devido processo legal é ferido, pois segundo essa própria Corte, a fundamentação é “garantia processual que junge o magistrado a coordenadas objetivas de imparcialidade e propicia às partes conhecer os motivos que levaram o julgador a decidir neste ou naquele sentido” (STF. HC. 105.879/PE. Rel. Ayres Britto. T2. Julg. 05.0.2011).

A exigência de fundamentação cristalina se torna ainda mais exigível na seara da dosimetria da pena, podendo-se dizer, com apoio nas observações da Desembargadora Jane Silva, que “a exata motivação do *quantum* da pena aplicada é um elemento de garantia do condenado. Este sabe que sua pena não exorbitará os parâmetros que escapam ao bom senso, quer por seu crime ter causado comoção popular, quer por uma inclinação do juiz em ser mais rigoroso em determinados crimes” (SILVA, Jane Ribeiro. *Aplicação da pena: aspectos da fixação das penas privativas de liberdade e de multa.* p. 7. Trabalho não publicado).

A análise atenta da mencionada passagem da dosimetria chama a atenção, em primeiro lugar, **para a existência de flagrante obscuridade na fundamentação apontada no voto condutor, identificada no uso das expressões “conforme demonstrado de forma pormenorizada, atuou intensamente na execução dos crimes” e “auxiliou substancialmente o acusado Marcos Valério”**. Trata-se de referências ao mérito da decisão que, por serem demasiadamente genéricas e desacompanhadas de suporte fático válido, impedem ao réu a correta identificação dos reais motivos que fizeram com que o julgador entendesse que sua conduta foi mais reprovável do que o previsto pelo tipo penal.

b. Da dúvida acerca da possibilidade de dupla valoração negativa sobre a mesma conduta

A constatação de que as expressões supra referidas são obscuras é corroborada pela dúvida que surge do exame do suporte fático apontado pelo voto condutor para, em tese, explicitá-las. Faz-se referência a dois fatos (1) o constante contato de Ramon Hollerbach com o corréu João Paulo Cunha para viabilizar a prática do crime e (2) o “substancial” auxílio a Marcos Valério, através da SMP&B Comunicação Ltda., pessoa jurídica que emitiu o cheque destinado ao pagamento da vantagem indevida ao Sr. JOÃO PAULO CUNHA e que, depois, foi utilizada para o desvio de recursos públicos em proveito próprio e de terceiros.

Nota-se que ambos os fatos foram valorados negativamente, seja na aplicação da pena do crime de corrupção ativa na Câmara dos Deputados, seja na própria operação

de subsunção da conduta do réu ao fato típico. Afinal, é de se observar que a suposta emissão de cheque destinado ao pagamento da vantagem indevida ao Deputado João Paulo Cunha foi elemento utilizado para considerar típica a conduta do réu em relação ao crime de corrupção ativa correspondente e o fato de a empresa da qual Ramon é sócio ter feito um “desvio de recursos públicos em proveito próprio e de terceiros” só serve para afirmar a adequação de sua conduta, como sócio da pessoa jurídica, ao fato típico descrito no art. 312. Nada disso a torna mais reprovável.

Penalizar as mesmas condutas duplamente, uma vez na tipificação e novamente em sede de dosimetria da pena ou penalizar a mesma circunstância em crimes diversos é utilizar-se do *bis in idem*, raciocínio inaceitável em um Estado Democrático de Direito.

Remete-se, aqui, à extensa argumentação já feita anteriormente no sentido de que a ponderação da prática de um crime como circunstância judicial na individualização da pena de outro delito contraria as garantias constitucionais individuais, sendo de suma importância que essa Corte se manifeste sobre o tema, nos termos do destacado pelo Ministro Ayres Britto à fl. 58.282.

4.3.2. Da omissão na avaliação dos vetores favoráveis personalidade e conduta social do réu

Ao analisar os vetores personalidade e conduta social de Ramon Hollerbach na dosimetria da pena do crime de quadrilha, o voto condutor considerou que “A conduta social e a personalidade do réu RAMON HOLLERBACH não permitem um juízo negativo que conduza à elevação da pena-base” (fl. 57968).

Entretanto, a existência de tal afirmação, mostra a ocorrência de evidente contradição entre o conjunto probatório coligido aos autos e a decisão final. Isso porque noticiam os autos que foram ouvidas inúmeras testemunhas ao longo da instrução processual e todas elas afirmaram que Ramon Hollerbach possui uma excelente conduta social e boa personalidade, que é homem responsável, respeitável, um dos melhores profissionais de sua área, premiado internacionalmente. Portanto, dizer apenas que essas circunstâncias “não permitem um juízo negativo que conduza à elevação da pena-base” parece ser equivalente ao omitir-se em avaliar-as com a profundidade que exige o art. 59 do CP. Especialmente quando os autos dão conta de que Ramon Hollerbach é um profissional de alta qualidade, com reconhecimento inclusive internacional.

Assim pugna a defesa pela consideração dos vetores personalidade e conduta social na fixação da pena-base, uma vez que esta deve ser fixada a partir da ponderação de todos os vetores do art. 59 do Código Penal, inclusive dos consideravelmente favoráveis, suprindo-se assim a apontada omissão.

4.3.3 Da existência de contradição na ponderação do vetor motivo

Segundo o voto condutor (fl. 57.968):

Os motivos do crime de peculato também conduzem a um juízo negativo mais gravoso, pois o réu RAMON HOLLERBACH pretendeu não apenas enriquecer ilicitamente, que é elementar do tipo penal, mas almejou, também, obter sua parcela de remuneração pela prática concomitante de outros crimes, em proveito do Partido dos Trabalhadores, o que torna os motivos ainda mais reprováveis do que os comuns da espécie criminosa agora em julgamento.

Assim, entendeu essa Egrégia Corte que enriquecer-se ilicitamente é elementar do tipo, mas que o fato de se obter remuneração resultante da prática de crimes torna os motivos mais reprováveis. **Ora, embora registrado com palavras diferentes, o sentido é o mesmo. Não há diferença entre enriquecer-se ilicitamente e obter remuneração pela prática de crimes.** Portanto, obter remuneração ilicitamente também é elementar ao tipo, não cabendo sua consideração no momento da dosimetria, sob pena de se incorrer em contradição e violar o postulado do *ne bis in idem*.

4.3.4. Da contradição gerada na ponderação das circunstâncias do ilícito

Na apreciação das circunstâncias do crime para a fixação da pena-base, conforme determina o art. 59 do Código Penal, assim dispôs essa Suprema Corte (fl. 57.968):

As circunstâncias do crime são desfavoráveis, pois o acusado se valeu do acesso que lhe foi proporcionado às engrenagens do Estado, no mais alto escalão da República, envolvendo a Câmara dos Deputados, e lançou mão dessa proximidade com o Poder Estatal para simular a prestação de serviços, praticar o ilícito e proteger-se para não ser descoberto, fatos que tornam as condutas ainda mais lesivas ao bem jurídico protegido. Com efeito, como explica Juarez Cirino dos Santos, “as circunstâncias referidas como circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal são circunstâncias diversas das genéricas circunstâncias agravantes ou circunstâncias atenuantes (arts. 61 e 65, CP), como, por exemplo, o lugar do fato, o modo de execução, as relações do autor com a vítima etc., que podem influir na formação da pena-base”.

Como é sabido, o crime de peculato é crime próprio, praticado apenas por funcionário público, nos termos do que preceituam os arts. 312 e 327. Assim, somente aqueles que estão próximos da máquina administrativa ou os que assim procuram estar, podem praticá-lo. Sendo assim, não pode ser considerado de maior reprovaabilidade o fato de Ramon ter se

valido desse acesso, pois é ele condição *sine qua non* para a classificação de sua conduta como crime. Em outras palavras, caso Ramon não tivesse acesso às chamadas “engrenagens do Estado” jamais lhe teria sido imputada a prática de peculato. Mais uma vez, **repete-se que valorar uma elementar do tipo de maneira a considerá-la, também, um fato apto a exasperar a pena-base é não apenas cometer *bis in idem*, mas também é contraditório à lógica do sistema trifásico de dosimetria da pena, já que as circunstâncias legais e as judiciais não podem ser tidas como institutos idênticos.**

Convém atentar-se, ainda, para o fato de que a suposta proximidade de Ramon com membros da Câmara dos Deputados que facilitou a prática do ilícito e sua ocultação é elementar ao crime de quadrilha pelo qual o Embargante já foi condenado. Assim, a penalização dessa circunstância no julgamento da suposta prática do peculato é, seguindo novamente o raciocínio esposado no parágrafo anterior, mais uma vez, cometer *bis in idem* incorrer em contradição.

4.3.5. Conclusão quanto aos esclarecimentos necessários referentes à fundamentação da pena-base referente ao crime de peculato cometido em relação à Câmara dos Deputados

Diante do exposto, requer a defesa que essa Egrégia Corte se manifeste no sentido de esclarecer as dúvidas e eventualmente afastar as contradições, omissões e obscuridades delas advindas referentes à análise das circunstâncias judiciais aqui expostas, respondendo às seguintes questões e atendendo aos pedidos a seguir:

1. Pugna a defesa pelo esclarecimento da obscuridade na fundamentação apontada no voto condutor em relação à análise da culpabilidade de Ramon Hollerbach quanto ao crime de peculato praticado em relação à Câmara dos Deputados, identificada no uso das expressões “conforme demonstrado de forma pormenorizada, atuou intensamente na execução dos crimes” e “auxiliou substancialmente o acusado Marcos Valério”, que são utilizadas sem suporte fático que explique a exasperação da pena-base.

2. Pleiteia a defesa que seja feito o seguinte esclarecimento: a suposta atuação de Ramon Hollerbach junto a João Paulo Cunha pode ser utilizada para determinar a adequação típica da ação de Ramon Hollerbach ao crime corrupção ativa e, ao mesmo tempo, ser empregada na avaliação da culpabilidade quanto ao crime de peculato, sem que haja violação do postulado do *ne bis in idem*?

3. Pugna a defesa pela consideração dos vetores personalidade e conduta social na fixação da pena-base, uma vez que esta deve ser fixada com base na ponderação de

todos os vetores do art. 59 do Código Penal, inclusive dos consideravelmente favoráveis, suprindo assim a apontada omissão.

4. Pleiteia a defesa que seja feito o seguinte esclarecimento: se obter remuneração pela prática de ilícitos é o mesmo que enriquecer-se ilicitamente, porque somente este é considerado elementar ao tipo? Em outras palavras, qual é a diferença entre enriquecer-se ilicitamente, que é elementar do crime, e obter sua parcela de remuneração pela prática de outros crimes?

5. A suposta proximidade com o poder estatal de Ramon Hollerbach pode ser utilizada ao mesmo tempo para imputar objetivamente a prática de peculato ao réu e para considerar sua conduta mais gravemente punível referente ao mesmo crime, sem que haja violação ao postulado *ne bis in idem*?

6. A suposta proximidade de Ramon Hollerbach com membros da câmara pode ser utilizada ao mesmo tempo para imputar objetivamente a prática criminosa descrita no tipo do delito quadrilha e para considerar sua conduta mais gravemente punível referente ao crime de peculato, sem que haja violação ao postulado *ne bis in idem*?

Sendo possível sanar as contradições e dúvidas que resultam da fundamentação do voto condutor em relação à valoração das circunstâncias judiciais, pugna a defesa de Ramon Hollerbach que todas as circunstâncias judiciais sejam consideradas favoravelmente em relação ao réu, impondo-se o reconhecimento de efeitos infringentes ao julgado e reduzindo a pena-base aplicada ao réu em pelo menos 01 (um) ano de reclusão, com sua aplicação no mínimo legal.

4.4. DOS ESCLARECIMENTOS NECESSÁRIOS EM RELAÇÃO À DOSIMETRIA DE PENA NO CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA RELATIVA A CONTRATOS COM O BANCO DO BRASIL (ART. 333 DO CÓDIGO PENAL) - ITEM III.3 C.1 DA DENÚNCIA

Pelo suposto cometimento do delito de corrupção ativa (art. 333 do Código Penal) descrito no item III.3 (c.1) da denúncia, o Tribunal fixou a pena definitiva de Ramon Hollerbach em **02 (dois) anos, 08 (oito) meses de reclusão e 180 (cento e oitenta) dias-multa, no valor de 10 (dez) salários mínimos cada**. Em especial no momento de aplicação da reprimenda a Ramon Hollerbach em razão da condenação pelo delito do art. 333 no item III.1 c.1 (corrupção ativa relativa a contratos com o Banco do Brasil), a defesa pugna por esclarecimentos nas questões a

seguir apontadas e que lhe parecem estar eivadas de contradição, omissão, obscuridade ou redação dúbia.

4.4.1. Da existência de erro material que causa contradição no voto condutor

Consoante se observa à fl. 57973, há erro material no voto do relator na passagem que trata da consolidação da pena definitiva referente ao item III.1 (c.1), vejamos que o acórdão em um momento afirma que a reprimenda final alcança 2 anos e 8 meses de reclusão, com mais 180 dias-multa, cada um no valor de 10 salários mínimos e, logo em seguida, faz constar que a mesma pena é de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 180 dias multa.

Assim, a pena de RAMON HOLLERBACH alcança 2 anos e 8 meses de reclusão, com mais 180 dias-multa, cada um no valor de 10 salários mínimos, no montante vigente à época do fato, observado o art. 60 do Código Penal estabelece os “Critérios Especiais da Pena de Multa”, prevendo que “o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu”. Nos termos do §2º do art. 49, “o valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária”. Ausentes outras causas de diminuição ou aumento, torno a pena definitiva.

Do exposto, pela prática do crime de corrupção ativa narrado no capítulo 3.3 da denúncia, condeno RAMON HOLLERBACH à pena de reclusão, de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 180 dias multa, no valor de 10 salários-mínimos cada, no montante vigente à época do fato.

A correção desse erro material que, traz contradição para o julgado, é de fundamental importância para que Ramon Hollerbach não sofra consequências negativas não previstas pela decisão do Plenário dessa Corte na execução de sua pena.

4.4.2. Da constatação de dúvida, contradição, omissão e obscuridade na determinação da pena-base referente ao crime imputado a Ramon Hollerbach no item III.1 (c.1) da denúncia

O voto condutor da dosimetria da pena no item III.1 (c.1) considerou especialmente negativas no caso de Ramon Hollerbach a culpabilidade, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime, estabelecendo como pena-base 2 anos de reclusão, mais 150 dias-multa, cada um no valor de 10 salários mínimos. Nesse caso, o Plenário decidiu que a pena aplicável na espécie era de 01 a 08 anos, porquanto o suposto crime ocorreu anteriormente à alteração legislativa promovida pela lei nº 10.763, de 12.11.2003. Sendo assim, constata-se **que a cada circunstância judicial considerada negativamente em relação a Ramon Hollerbach pelo cometimento desse crime, sua pena foi exasperada em 03 (três) meses de reclusão.**

Entretanto, como já asseverado, é preciso esclarecer algumas dúvidas, contradições, obscuridades e omissões que se verificam a partir de um exame detido da fundamentação constante do voto condutor na análise da primeira fase da dosimetria da pena. Repita-se, tal se faz necessário não apenas para possibilitar ao réu sua ampla defesa, mas também a fim de impedir que uma decisão tão importante na história dessa Augusta Corte seja um exemplo de aplicação equivocada da lei penal. Senão, vejamos.

a. Da obscuridade e da contradição na avaliação do vetor culpabilidade

A culpabilidade, primeiro vetor do art. 59 a ser avaliado pelo juiz na dosimetria da pena, foi descrita no voto vencedor como elevada, afirmação essa que foi justificada com a seguinte fundamentação (fl. 57.971):

(...) RAMON HOLLERBACH, conforme demonstrado de forma pormenorizada, atuou intensamente na execução do crime, mantendo sua empresa ativamente voltada para a prática dos delitos, autorizando o acusado MARCOS VALÉRIO a estabelecer os contatos diretos com o agente público corrompido.

Primeiramente, é preciso observar que a justificativa trazida no corpo do voto revela-se como uma maneira excessivamente genérica da caracterização negativa da culpabilidade, **em flagrante omissão. A expressão “conforme demonstrado de forma pormenorizada, atuou intensamente” não comporta nenhum dado concreto capaz de diferenciar a conduta de Ramon da ação de outro sujeito ativo qualquer que tenha praticado a conduta punível no tipo penal de corrupção ativa.** Desse modo, não possibilita a demonstração de que é possível a compreendê-la mais reprovável do que o previsto abstratamente na lei penal. Nesse ponto, convém relembrar que os tribunais pátrios, na aplicação diária de penas privativas de liberdade, têm entendido que o dever de fundamentação imposto pela Constituição ao juiz exige que sejam por ele trazidos fatos concretos na dosimetria da pena que justifiquem sua exasperação. Sendo esse Tribunal o guardião da Constituição e tendo em vista de que essa dosimetria de pena abrirá precedentes por todo país, **revela-se absolutamente necessário apresentar justificativas baseadas em fatos concretos para exasperar a pena do réu ou então modificar a compreensão negativa dessa circunstância judicial a partir da constatação de que a reprovabilidade do fato e do autor são comuns à espécie.**

Além da obscuridade já apontada, vislumbra-se a ocorrência de contradição no exame da culpabilidade de Ramon Hollerbach, haja vista que a suposta concessão de autorização para que outro sócio estabelecesse contatos com agentes públicos não demonstra a culpabilidade

elevada, mas, sim, reduzida. A contradição aqui se revela em relação com o que ficou estabelecido no mérito do presente julgamento, já que ficou assentado que a participação de Ramon não teve o relevo que teve a atuação de outros réus como o caso de Marcos Valério e que Ramon, justamente por ocupar um papel secundário, não tinha amplo controle das operações realizadas.

b. Da dúvida e da contradição presentes na avaliação dos motivos do crime

Também há dúvida e contradição em relação à justificativa para considerar os motivos do crime como circunstância desfavorável a Ramon Hollerbach. Compulsando a decisão percebe-se no voto condutor a seguinte fundamentação para a valoração negativa realizada (fl. 57.972):

O motivo do crime de corrupção ativa também é reprovável, pois, em última análise, consistiu na intenção do acusado e de seus sócios de obter a renovação criminosa do contrato da empresa do acusado com o Banco do Brasil e o seu consequente enriquecimento pessoal, o que não configura uma elementar do tipo penal de corrupção ativa.

Um olhar atento sobre essa passagem da decisão em comparação com o decidido no mérito da condenação faz surgir uma dúvida importante, pois, **a impressão que se tem é que, mais uma vez, o fato utilizado por essa Corte para imputar objetivamente a prática criminosa a Ramon Hollerbach foi também empregado para considerar sua conduta mais gravemente punível, em patente violação ao postulado *ne bis in idem*.** O delito de corrupção ativa, consoante se colhe da leitura do tipo penal do art. 333 do CP, pune exatamente o sujeito que oferece ou promete vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício. Como se extrai das lições de NUCCI, o crime de corrupção ativa exige “elemento subjetivo específico consistente na vontade de fazer o funcionário praticar, omitir ou retardar ato de ofício” (NUCCI. p. 1109). Dessa forma, pode-se concluir que a suposta **intenção de Ramon Hollerbach em fazer com que o funcionário público praticasse a renovação ilícita do contrato é elemento inerente ao tipo de corrupção ativa, cuja constatação foi essencial para determinar a tipificação da conduta imputada ao réu.**

Outro ponto de dúvida que merece destaque é a consideração do enriquecimento pessoal de Ramon como circunstância capaz de tornar mais desfavorável o motivo de sua conduta. **O enriquecimento pessoal ilícito, como demonstrado, já foi circunstância judicial analisada desfavoravelmente quando se individualizou a pena do crime de peculato que foi**

praticado de maneira conexa à corrupção ativa julgada no presente item. Pergunta-se, então, se tal justificativa é compatível com o que determina o princípio do *ne bis in idem* e se **valorar negativamente o enriquecimento pessoal ilícito na individualização da pena referente ao crime de corrupção ativa (item III.1 – c. 1) bem como na determinação da pena definitiva referente aos crime de peculatos relativos ao bonus de volume e fundo VISANET (art. 312 - itens III.2 e III.3) não seria avaliar negativamente duas vezes a mesma ação?**

Frise-se, aqui, o já alegado alhures, no sentido de que o próprio Eminente Ministro Ayres Britto, durante os debates das penas atribuídas a Marcos Valério no crime de corrupção ativa, também suscitou essa dúvida (fl. 58282), sendo de absoluta imperatividade que o Supremo Tribunal Federal não deixe de esclarecer a questão nesse momento.

c. Da contradição que macula a análise das circunstâncias do crime

De acordo com o conceito de circunstância judicial dado pelo penalista Guilherme de Souza Nucci, as circunstâncias judiciais são aquelas que envolvem o crime, em seu aspecto objetivo e subjetivo, extraídas da livre apreciação do juiz, constituindo **efeito residual** das circunstâncias legais (NUCCI. p. 389). Nesse sentido, uma circunstância ínsita ao tipo penal, em razão de sua natureza legal, não pode ser avaliada como circunstância judicial, não somente sob pena de se ferir o princípio do *ne bis in idem*, mas também sob o risco de se incorrer em flagrante contradição. Partindo de tal pressuposto, verifica-se que há contradição também no que tange à análise das circunstâncias do crime de corrupção ativado item III.1 (c.1). Segundo o que consta no voto condutor, essas são desfavoráveis, “pois o réu se utilizou da estrutura estatal e obteve a efetiva prática dos atos de ofício almejados”. Ora, **o fato de se utilizar da estrutura estatal é inerente à tipificação do crime de corrupção ativa, que pressupõe o oferecimento ou promessa de vantagem indevida a funcionário público (verdadeiro representante da vontade do Estado perante a sociedade), para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.** Em outras palavras, afigura-se impossível do ponto de vista lógico a comissão de corrupção ativa sem fazer uso da estrutura estatal.

Por outro lado, afirmar que a obtenção da efetiva prática dos atos de ofício almejados torna mais desfavorável a avaliação das circunstâncias do crime também nos parece contraditório, uma vez que tal resultado naturalístico **também foi valorado negativamente na terceira fase da dosimetria da pena nesse mesmo item, em razão do reconhecimento da**

causa especial de aumento do art. 333, § único. Nesse sentido, repete-se mais uma vez o que já foi alegado anteriormente: a existência de um comando de aumento de pena determinado por uma circunstância legal impossibilita ao magistrado que considere o mesmo elemento como circunstância judicial sem incorrer em erro em razão da contradição e do desrespeito ao princípio do *ne bis in idem*.

Além disso, a circunstância invocada para reconhecer a causa especial de aumento já está sendo considerada para fins de condenação por outro crime (peculato), razão pela qual não poderia ser utilizada para agravar a pena (a propósito, nem mesmo a acusação, quando do oferecimento da denúncia, descreveu ou pugnou pela aplicação desta causa de aumento).

Vejamos a sucessão de manifestações dos julgadores que nos fazem concluir que a mesma circunstância utilizada para condenar o Embargante pelo crime de peculato está sendo invocada para majorar a sua pena no crime de corrupção ativa:

Sobre pena de Marcos Valério, quanto à corrupção ativa (fl. 58.331):

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Se o valor da propina é relativamente baixo em relação a esse montante, o montante, em si, é considerável, é extremamente considerável!

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Mas aí Vossa Excelência deveria ter aplicado a causa de aumento.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Posso fazê-lo ainda, Senhor Presidente.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

Posteriormente, o Ministro Celso de Mello, em passagem cancelada, sugeriu que o Relator refizesse o cálculo da pena.

Isto foi efetivamente feito, tanto em relação a Marcos Valério, quanto em relação ao ora Embargante Ramon. Após, ao aplicar a pena relativa a este peculato que já havia sido objeto de aumento de pena, o Relator assim se manifestou (ao aplicar a pena de Ramon fl. 57.976):

As consequências do crime também se revelam mais lesivas do que as normais da espécie, tendo em vista que o elevadíssimo montante do prejuízo causado (quase R\$ 74 milhões, oriundos da participação do Banco do Brasil no Fundo Visanet, transferidos indevidamente para a conta da DNA Propaganda; e ainda apropriação indevida de R\$ 2.923.686,15 recebidos a título de bônus de volume no contrato da empresa com o Banco do Brasil).

Verifica-se contradição, pois o fato que, por si só, constitui crime autônomo, foi invocado para majorar a pena, em causa especial de aumento?

A propósito, a resposta a este questionamento foi dada pela própria Corte, neste mesmo julgamento, ao deixar de aplicar a causa de aumento relativa à habitualidade, no crime de lavagem de capitais, porque tal circunstância seria elementar do crime de quadrilha. Vejamos (fl. 58.250):

Deixo de aplicar a causa de aumento de pena quanto à habitualidade expressa no § 4º do art. 1º da Lei que trata da lavagem de capitais, porque tal aplicação poderia incidir em bis in idem em relação à continuidade delitiva. Também não se pode cogitar da existência de organização criminosa em face da imputação do crime de quadrilha e diante da recente jurisprudência desta Suprema Corte no tocante ao tema.

Assim, não poderia este Tribunal ter valorado o mesmo fato, duas vezes, para condenar Ramon por dois peculatos e, ainda, majorar a pena do crime de corrupção ativa, ao argumento de que o ato de ofício praticado constituiu, justamente, o desvio (ou apropriação) de verbas próprio do peculato.

d. Da dúvida presente no exame das consequências do crime que indica a contrariedade ao princípio do *ne bis in idem*

A avaliação acerca das consequências do crime de corrupção ativa (item III.1 – c. 1) teve resultado negativo para Ramon Hollerbach e o voto condutor da aplicação da pena trouxe a seguinte fundamentação (fl. 57.972):

(...) As consequências do crime também se revelam mais lesivas do que as normais da espécie, tendo em vista que o crime conduziu à instalação de uma engrenagem de desvio de recursos públicos apta a facilitar a prática de outros crimes e a obter a respectiva remuneração.

Uma leitura atenta dessa fundamentação faz exsurgir mesma dúvida que foi suscitada no momento em que se levantou a necessidade de esclarecimento quanto à avaliação das circunstâncias judiciais referentes ao crime de corrupção ativa com relação aos contratos da Câmara dos Deputados. Considerando que o tipo penal de peculato, pelo qual Ramon Hollerbach foi condenado nesse julgamento, determina como típica a ação de “apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio”, parece-nos que a criação de uma engrenagem de desvios públicos e a obtenção de remuneração dos sócios com o auxílio da empreitada criminosa constitui, na realidade, circunstância legal para fins de tipificação do delito do art. 312, pelo qual Ramon Hollerbach já foi apenado de maneira autônoma.

e. Conclusão quanto aos esclarecimentos necessários em relação à pena-base.

Diante do exposto, requer a defesa que essa Egrégia Corte se manifeste no sentido de esclarecer as dúvidas e eventualmente afastar as contradições, omissões e obscuridades delas advindas referentes à análise das circunstâncias judiciais aqui expostas, respondendo às seguintes questões e atendendo aos pedidos a seguir:

1. Pugna a defesa pela supressão da obscuridade na avaliação da culpabilidade de Ramon Hollerbach no item III.1 c.1 (corrupção ativa referente a contratos com o Banco do Brasil), com a apresentação de justificativas baseadas em fatos concretos para exasperar a pena do réu ou alternativamente a modificação da compreensão negativa dessa circunstância judicial a partir da constatação de que a reprovabilidade do fato e do autor são comuns à espécie.

2. Pugna a defesa pela supressão e pelo esclarecimento quanto à contradição no exame da culpabilidade de Ramon Hollerbach no item III.1 c.1 (corrupção ativa referente a contratos com o Banco do Brasil), haja vista que a suposta concessão de autorização para que outro sócio estabelecesse contatos com agentes públicos não demonstra a culpabilidade elevada, mas, sim, reduzida.

3. Pleiteia a defesa que essa Corte esclareça se suposta intenção de Ramon Hollerbach em fazer com que o funcionário público do Banco do Brasil praticasse a renovação ilícita do contrato pode ser utilizado ao mesmo tempo para imputar objetivamente a prática criminosa ao réu e para considerar sua conduta mais gravemente punível referente ao mesmo crime, sem que haja violação ao postulado *ne bis in idem*?

4. Pleiteia a defesa que essa Corte esclareça se a valoração negativa do enriquecimento pessoal ilícito na primeira fase da individualização da pena referente ao crime de corrupção ativa (item III.1 – c. 1) bem como na determinação da tipicidade referente aos crimes de peculato relativos ao bonus de volume e fundo VISANET (art. 312 - itens III.2 e III.3) não seria avaliar negativamente duas vezes a mesma ação?

5. Pede-se a solução da contradição consistente na avaliação do fato de Ramon Hollerbach ter utilizado a estrutura estatal para a prática do crime de corrupção ativa tanto como circunstância legal (elemento do tipo capaz de promover a subsunção da conduta) quanto como circunstância judicial negativa apta a justificar a exasperação da pena-base no item III.1 c.1, determinando-se efeitos modificativos a fim de se considerar que as circunstâncias do crime são normais à espécie.

6. Pede-se a resposta para a seguinte dúvida: a obtenção da efetiva prática dos atos de ofício almejados pode ser avaliada como circunstância judicial desfavorável na primeira fase da dosimetria da pena do item III.1 c.1 e ao mesmo tempo ser valorada negativamente na terceira fase do mesmo item, em razão do reconhecimento da causa especial de aumento do art. 333, § único, e, ainda, ser considerada crime autônomo, sem que haja violação ao postulado *ne bis in idem*?

7. Pleiteia-se que se esclareça se entender-se que a criação de uma engrenagem de desvios públicos e a obtenção de remuneração dos sócios com o auxílio da empreitada criminosa constitui, ao mesmo tempo, circunstância judicial do crime de corrupção ativa e circunstância legal para fins de tipificação do delito do art. 312 não seria valorar negativamente duas vezes a mesma ação?

Sendo possível sanar as contradições e dúvidas que resultam da fundamentação do voto condutor a partir de modificações nas penas aplicadas, pugna a defesa de Ramon Hollerbach que, em vista das circunstâncias majoritariamente favoráveis em relação ao réu, imponha-se o reconhecimento de efeitos modificativos ao julgado e reduza-se a pena-base aplicada ao réu em pelo menos 06 (seis) meses de reclusão.

Nesse ponto convém ressaltar que os vetores personalidade e conduta social, em relação a Ramon Hollerbach, não são apenas neutros, como ressaltado no voto condutor, eles são dados positivos, que podem ser levados inclusive em consideração quando da avaliação acerca da possibilidade de se imprimir efeitos modificativos nos presentes embargos.

4.4.3. Da dúvida quanto à fundamentação final do voto vencido do Eminente Revisor

No voto proferido em relação ao crime de corrupção ativa referente aos contratos com o Banco do Brasil, o Eminente Ministro Revisor, entendeu que as circunstâncias judiciais eram integralmente favoráveis a Ramon Hollerbach, fixando-lhe uma pena-base de em 1 (um) ano de reclusão, mais 10 (dez) dias-multa. Na terceira fase de aplicação da pena, em razão da incidência da causa de aumento de pena prevista no parágrafo único do art. 333 do Código Penal, elevou a reprimenda para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa (pena pecuniária essa que foi reajustada posteriormente pelo Min. Revisor e passou a ter o valor de 80 (oitenta) dias-multa (fl. 59.634), tornando-a, assim, definitiva (fl. 58193).

No entanto, durante os debates, o Exmo. Revisor mostrou-se favorável à proposta feita pela Eminente Ministra Rosa Weber no sentido de aplicar-se uma pena privativa de

liberdade definitiva de 02 (dois) anos de reclusão (fl. 58515). Ocorre que a justificativa apresentada pelo Eminent Revisor para realizar o reajuste matemático, que disse que para chegar àquele resultado aumentaria a fração de aumento do art. 333, parágrafo único, não encontra respaldo na redação do citado dispositivo, já que nele não se confere ao magistrado a discricionariedade de variar, para mais ou para menos, o *quantum* de 1/3 da causa de aumento.

Como a fundamentação do voto vencido é de suma importância para possibilitar a propositura dos embargos infringentes, a Defesa pleiteia que sejam acolhidos os presentes embargos no sentido de esclarecer como S. Ex^a. o Min. Revisor fará o reajuste da dosimetria de penas de Ramon Hollerbach no crime de corrupção ativa a fim de chegar à pena definitiva de 02 anos de reclusão e 80 dias-multa, no valor de 10 salários mínimos cada dia, consoante estabelecido nos debates no plenário.

4.4.4. Da obscuridade na decisão da Eminent Vogal Ministra Rosa Weber acerca da pena pecuniária

Compulsando os autos, verifica-se às fls. 59.628-59.637 que o Eminent Ministro Relator, sugeriu a utilização de diferente critério de aplicação da pena pecuniária, de modo que essa acompanhasse o mesmo caminho trifásico da dosimetria da pena privativa de liberdade. Nesse momento, reajustou a pena pecuniária aplicada em todos os crimes em que teve voto na dosimetria, tendo ganhado clara adesão da Ministra Carmen Lúcia e do Ministro Dias Toffoli nas hipóteses em que esses últimos votaram acompanhando o voto do Revisor. Entretanto, a Ministra Rosa Weber, em seu pronunciamento à fl. 59.651, apesar de transparecer que, no caso do crime de corrupção ativa relativa a contratos com o Banco do Brasil (item III.1 c.1), acompanharia o Relator na multa assim como fizeram os outros citados Ministros, deixou espaço para que se entendesse diversamente. Vejamos:

Senhor Presidente,

gostaria de me manifestar na mesma linha da Ministra Cármel Lúcia, porque, nos primeiros casos que enfrentamos, em que acompanhei o voto do eminent Revisor, eu o fiz in totum. Mas, em outros casos, mais adiante, depois de um debate que travamos, passei a acompanhar o Revisor quanto à pena relativa à liberdade e Vossa Excelência quanto à multa, conforme Vossa Excelência mesmo referiu. Então, naqueles casos em que acompanhei o eminent Revisor, naturalmente faria a adequação, mas sem prejuízo desse estudo que Vossa Excelência vai trazer, ou desse novo cotejo, que talvez retire algumas incongruências que, a meu juízo, ficaram, justamente, Senhor Presidente, pelo fato de não ter prevalecido o voto nem de um nem de outro in totum, e pelo nosso voto no sentido da daquele que mais se aproximava do nosso.

Sendo assim, e principalmente para delinear corretamente qual foi a tese vencida na dosimetria da pena nesse crime, a fim de possibilitar a oposição de embargos infringentes, a Defesa de Ramon Hollerbach requer que a obscuridade apontada seja esclarecida, de modo a assegurar que a eminente Ministra Rosa Weber de fato aderiu à modificação do voto do revisor, no sentido de fixar a pena pecuniária pelo cometimento do crime de corrupção ativa referente aos contratos do Banco do Brasil (item III.1 c.1) em 103 (cento e três) dias-multa.

4.5. DOS ESCLARECIMENTOS NECESSÁRIOS EM RELAÇÃO À DOSIMETRIA DE PENA NO CRIME DE PECULATO RELATIVOS AO BONUS DE VOLUME E FUNDO VISANET (art. 312 DO CÓDIGO PENAL)- ITENS III.2 e III.3

Pelo suposto cometimento do delito de Peculato (art. 312 do Código Penal) descrito nos itens III.2 e III.3 da denúncia, o Tribunal fixou a pena definitiva de Ramon Hollerbach em **3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 190 (cento e noventa) dias-multa, no valor de 10 (dez) salários mínimos cada**. Constatou-se, no entanto, contradição, omissão, obscuridade ou redação dúbia no que tange à fundamentação da fixação da pena base. Assim, a defesa pugna por esclarecimentos quanto aos itens a seguir expostos.

4.5.1. Da flagrante contradição na ponderação do vetor culpabilidade

Consoante já afirmado, a ponderação exigida do magistrado pelo legislador na avaliação da culpabilidade refere-se ao sentido lato do termo, ou seja, à reprovação que o crime e o autor de fato merecem. Portanto, é necessário que o magistrado esteja atento na avaliação desse primeiro vetor para que, em sua fundamentação, não confunda essa censurabilidade em relação ao crime e a seu autor que consiste na culpabilidade com a reprovabilidade que o delito já carrega em si, levada em consideração pelo legislador na tipificação da norma penal. Nessa linha de entendimento, **as reflexões acerca da culpabilidade capazes de provocar um aumento na pena-base consistem naqueles elementos acidentais não participantes da estrutura do tipo, são os dados referentes à condição pessoal do réu e de sua conduta que tornam o delito cometido especialmente mais censurável do que outros de mesma natureza**.

Não parece ser esse o raciocínio seguido por essa Egrégia Corte na avaliação negativa da culpabilidade de Ramon Hollerbach referente à aplicação da pena base do delito de **peculato relativos ao bônus de volume e fundo visanet**. Esse Tribunal considerou, conforme

voto condutor do eminentíssimo Ministro Relator, a culpabilidade como elemento desfavorável na fixação da pena base, nos seguintes termos (fl. 57.975):

A culpabilidade, entendida como o grau de reprovabilidade da conduta, apresenta-se elevada, uma vez que RAMON HOLLERBACH, através do seu sócio MARCOS VALÉRIO, não apenas locupletou-se criminosamente de recursos do Banco do Brasil como, ainda, utilizou sua empresa para, através dos desvios, viabilizar a prática criminosa engendrada pela quadrilha de que fez parte.

Parece-nos, no entanto, que a expressão “locupletar-se criminosamente de recursos públicos” possui o mesmo sentido que “apropriar-se de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo”, conforme descreve o tipo penal do art. 312, ora imputado ao réu. Assim, ao valorar desfavoravelmente a culpabilidade referindo-se, ainda que com outras palavras, à circunstância elementar do tipo, parece-nos que o acórdão embargado pune duas vezes o réu pelo mesmo fator, incorrendo em flagrante contradição, representada pela atribuição do mesmo significado a institutos tão diversos quanto são os das circunstâncias legais e os das circunstâncias judiciais. Além disso, é patente a constatação de ocorrência de *bis in idem*.

Nesse mesmo diapasão, a expressão “utilizar sua empresa para, através de desvios, viabilizar a prática criminosa” parece-nos ter significado idêntico ao “desvio de verbas em proveito próprio ou alheio”, previsto no tipo penal de peculato.

Ademais, a suposta utilização da empresa para a prática do delito de quadrilha é elemento que já fora punido autonomamente no próprio delito de quadrilha, não cabendo aqui a repetição da punição por uma mesma circunstância, sob pena de incorrer, mais uma vez, em *bis in idem*.

4.5.2. Da contradição na ponderação do vetor motivo

Ao analisar a pena-base do delito do item III, peculato relativo aos contratos com a Câmara, essa Corte considerou o vetor motivo desfavorável ao Réu, pois (fl. 57.968):

Os motivos do crime de peculato também conduzem a um juízo negativo mais gravoso, pois o réu RAMON HOLLERBACH pretendeu não apenas enriquecer ilicitamente, que é elementar do tipo penal, **mas almejou, também, obter sua parcela de remuneração pela prática concomitante de outros crimes**, em proveito do Partido dos Trabalhadores, o que torna os motivos ainda mais reprováveis do que os comuns da espécie criminosa agora em julgamento.

Ao fixar a pena base aos *peculatos relativos ao bônus de volume e fundo Visanet*, essa Suprema Corte também apontou o motivo como desfavorável, mas repetiu a mesma fundamentação do *Peculato-Câmara* (fl. 57.976):

Os motivos do crime de peculato também conduzem a um juízo negativo mais gravoso, pois o réu RAMON HOLLERBACH **pretendeu não apenas enriquecer ilicitamente, mas, também, obter remuneração específica pela prática dos ilícitos, tal como explicitado no item III.**

Assim, entendeu essa Augusta Corte, como o fez na análise do ilícito *Peculato-Câmara*, que *enriquecer-se ilicitamente* é elementar do tipo e que, em sede de dosimetria, *obter remuneração resultante da prática de crimes* torna os motivos mais reprováveis. Ora, embora registrado com palavras diferentes, o sentido é o mesmo. Não vislumbramos diferença entre *enriquecer-se ilicitamente* e *obter remuneração pela prática de crimes*. A linguística ensina que, em algumas situações, embora os significantes possam ser diferentes, o significado é o mesmo. Assim, não poderíamos usar as expressões *enriquecer-se ilicitamente*, *s'enrichir illicitement*, em francês, ou *enriquecerse ilícitamente*, em espanhol, e pensar que ao modificar os significantes, o significado também seria modificado. Desse modo, *enriquecer-se ilicitamente*, é ato que também pode ser dito, em português, com os significantes: *obter remuneração pela prática de crimes*, sem que seja alterado o significado. No caso em tela, mudam-se as palavras e pune-se o mesmo ato duas vezes, em sede de tipificação e na análise do vetor motivo. Assim, *obter remuneração ilicitamente* também deveria ser considerado elementar ao tipo, não cabendo reconsiderá-lo no momento da dosimetria, sob pena de *bis in idem*.

4.5.3. Da contradição quanto à utilização da mesma fundamentação do vetor circunstâncias e consequências do delito

No que se refere à análise do vetor circunstâncias do delito, nos moldes do art.59 do CP, assim dispôs o voto condutor do acórdão embargado:

No caso, o acusado **recebeu repasses vultuosos**, sob o manto dos contratos assinados por sua empresa, simulando a prestação dos serviços (fl. 57.976).

Ao ponderar acerca das consequências do ilícito, o Relator, acompanhado pelo Plenário, assim se posicionou (fl. 57.976):

As consequências do crime também se revelam mais lesivas do que as normais da espécie, **tendo em vista que o elevadíssimo montante do prejuízo causado** (quase R\$ 74 milhões, oriundos da participação do Banco do Brasil no Fundo Visanet, transferidos indevidamente para a conta da DNA Propaganda; e ainda apropriação indevida de R\$

2.923.686,15 recebidos a título de bônus de volume no contrato da empresa com o Banco do Brasil.

Ora, **observa-se que o mesmo elemento, qual seja, o montante dos valores movimentados, fora valorado desfavoravelmente ao réu tanto no quesito circunstâncias quanto no quesito consequências.** Como já afirmado, tanto do ponto de vista jurídico, quanto do ponto de vista lógico, tal raciocínio é inadmissível. De um lado, porque se configura em *bis in idem* e de outro lado, porque fere o princípio lógico da não contradição, segundo o qual, uma coisa não pode ser duas ao mesmo tempo. A ponderação do mesmo fator em dois vetores distintos causou-nos dúvida quanto à extensão da reprimenda em questão.

4.5.4 Da omissão na avaliação dos vetores favoráveis personalidade e conduta social do réu

Ao analisar os vetores personalidade e conduta social de Ramon Hollerbach na dosimetria da pena do crime de quadrilha, o voto condutor considerou que “A conduta social e a personalidade do réu RAMON HOLLERBACH não permitem um juízo negativo que conduza à elevação da pena-base” (fl. 57.976).

Entretanto, a existência de tal afirmação, mostra a ocorrência de evidente contradição entre o conjunto probatório coligido aos autos e a decisão final. Isso porque noticiam os autos que foram várias testemunhas ao longo da instrução processual e todas elas afirmaram que Ramon Hollerbach possui uma excelente conduta social e boa personalidade, que é homem responsável, respeitável, um dos melhores profissionais de sua área, premiado internacionalmente. Portanto, dizer apenas que essas circunstâncias “não permitem um juízo negativo que conduza à elevação da pena-base” parece ser equivalente ao omitir-se em avalias com a profundidade que exige o art. 59 do CP. Especialmente quando os autos dão conta de que Ramon Hollerbach é um profissional de alta qualidade, com reconhecimento inclusive internacional.

Assim pugna a defesa pela consideração dos vetores personalidade e conduta social na fixação da pena-base, uma vez que esta deve ser fixada a partir da ponderação de todos os vetores do art. 59 do Código Penal, inclusive dos consideravelmente favoráveis, suprindo-se assim a apontada omissão.

4.5.5. Conclusão quanto aos esclarecimentos necessários em relação à pena-base

Diante do exposto, requer a defesa que essa Egrégia Corte se manifeste no sentido de esclarecer as dúvidas e eventualmente afastar as contradições, omissões e obscuridades delas

advindas referentes à análise das circunstâncias judiciais aqui expostas, respondendo às seguintes questões e atendendo aos pedidos a seguir:

1. É possível punir o Réu por obter remuneração pela prática de ilícitos e ao mesmo tempo por enriquecer-se ilicitamente, como descreve o tipo penal do art.312, considerando que as duas expressões tem o mesmo significado, sem que haja violação ao postulado *ne bis in idem*?

2. É possível punir o réu ao mesmo tempo por “locupletar-se criminosamente de recursos públicos” e por “apropriar-se de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo”, como descreve o tipo penal do art. 312, sem que haja violação ao postulado *ne bis in idem*?

3. É possível punir o réu ao mesmo tempo por “utilizar sua empresa para, através de desvios, viabilizar a prática criminosa” e por “desvio de verbas em proveito próprio ou alheio”, como descreve o tipo penal do art. 312, sem que haja violação ao postulado *ne bis in idem*?

4. É possível penalizar o réu, autonomamente, pelo crime de quadrilha e ao mesmo tempo exasperar sua pena-base aplicada em razão da prática do crime de peculato, por “utilizar-se da empresa para a prática criminosa de quadrilha”, sem que haja violação ao postulado *ne bis in idem*?

5. É possível punir o Réu pelo fator *montantes recebidos*, tanto a título de circunstâncias quanto a título de consequências ao mesmo tempo, sem que haja violação ao postulado *ne bis in idem*?

6. Pugna a defesa pela consideração dos vetores personalidade e conduta social na fixação da pena-base, uma vez que esta deve ser fixada a partir da ponderação de todos os vetores do art. 59 do Código Penal, inclusive dos consideravelmente favoráveis, suprindo-se assim a apontada omissão.

Sendo possível sanar as contradições e dúvidas que resultam da fundamentação do voto condutor a partir de modificações nas penas aplicadas, pugna a defesa de Ramon Hollerbach que, em vista das circunstâncias majoritariamente favoráveis em relação ao réu, imponha-se o reconhecimento de efeitos modificativos ao julgado e reduza-se a pena-base aplicada ao réu até o patamar mínimo legal, ou seja, 02 (dois) anos de reclusão.

Nesse ponto convém ressaltar que os vetores personalidade e conduta social, em relação a Ramon Hollerbach, não são apenas neutros, como ressaltado no voto condutor, eles são dados positivos, que podem ser levados inclusive em consideração quando da avaliação acerca da possibilidade de se imprimir efeitos modificativos nos presentes embargos.

4.6. DOS ESCLARECIMENTOS NECESSÁRIOS EM RELAÇÃO À DOSIMETRIA DE PENA NO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO (ART. 1º, V E VI, DA LEI 9.613/1998 – 46 VEZES EM CONTINUIDADE DELITIVA) – ITEM IV DA DENÚNCIA.

Pelo suposto cometimento do delito de lavagem de dinheiro (art. 1º, V e VI, da Lei 9.613/1998) descrito no item IV da denúncia, o Tribunal fixou a pena definitiva de Ramon Hollerbach **em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor de 10 salários mínimos cada**. A dosimetria da pena efetuada nesse item em relação a Ramon Hollerbach parece estar envolta de contradição, omissão, obscuridade e redação dúbia em determinados pontos, nos quais a defesa pugna por esclarecimentos, como se mostrará a seguir.

4.6.1. Da constatação de dúvida, contradição, omissão e obscuridade na determinação da pena-base referente ao crime imputado a Ramon Hollerbach no item IV

O voto vencedor da dosimetria da pena no item IV considerou especialmente negativas no caso de Ramon Hollerbach a culpabilidade, os motivos e as circunstâncias do crime, estabelecendo como pena-base 3 anos e 6 meses de reclusão, mais 100 dias-multa, cada um no valor de 10 salários mínimos. Constatou-se, portanto, **que a cada circunstância judicial considerada negativamente em relação a Ramon Hollerbach pelo cometimento desse crime, sua pena foi exasperada em 02 (dois) meses de reclusão**.

Não obstante a inexistência de previsão legal para a interposição de apelação nesse caso, a constatação da presença de algumas dúvidas, contradições, obscuridades e omissões na fundamentação do voto condutor na análise da primeira fase da dosimetria da pena justificam a oposição dos presentes embargos. Frise-se, novamente, que os esclarecimentos aqui pedidos se fazem absolutamente necessários não apenas para possibilitar ao réu sua ampla defesa e o exercício de seu direito constitucional de saber os motivos de sua condenação, mas também a fim de impedir que uma decisão tão importante na história da Corte Suprema do País seja um exemplo de aplicação equivocada da lei penal. Vejamos.

a. Das obscuridades e contradições existentes na avaliação da culpabilidade de Ramon Hollerbach no item IV

Ao examinar a culpabilidade, o voto vencedor compreendeu-a elevada, ao argumento de que (fl. 57.977):

RAMON HOLLERBACH, conforme detalhado, **atuou intensamente**, por exemplo, nas fraudes à contabilidade da SMP&B Comunicação Ltda., bem como na simulação de empréstimos junto ao banco Rural. RAMON também era, em companhia de MARCOS VALÉRIO e CRISTIANO PAZ, administrador da SMP&B Comunicação Ltda., pessoa jurídica que emitiu os cheques que propiciaram a maioria dos repasses dos valores lavados pelo grupo. Não se pode ignorar, ainda, que os valores lavados eram significativamente elevados.

A leitura do mencionado excerto nos leva a constatar que a referência à expressão “atuou intensamente” é vazia do ponto de vista fático, pois os elementos apontados logo em seguida para justifica-la, ou seja, a participação de Ramon nas fraudes à contabilidade da empresa de que era sócio, bem como a simulação de empréstimos junto ao Banco Rural, são os elementos capazes de promover a subsunção da conduta do réu ao tipo penal de lavagem de dinheiro (imputação objetiva). Tanto é assim que o tipo penal descrito no *caput* do art. 1º, da Lei 9.613/1998 prevê como crime o fato de “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”.

b. Das contradições existentes na avaliação dos motivos de Ramon Hollerbach no crime de lavagem de dinheiro

Igualmente, se verifica a existência de contradições em relação à justificativa para considerar os motivos do crime como circunstância desfavorável a Ramon Hollerbach. Na decisão, o voto condutor traz a seguinte fundamentação para a valoração negativa realizada (fl. 57.978):

O motivo do crime, em última análise, foi o objetivo de RAMON HOLLERBACH obter recursos indevidos, para si e para as sociedades das quais era sócio, graças à proximidade buscada e conquistada por MARCOS VALÉRIO junto ao Governo Federal à época, e aos favores ilícitos prestados, sobretudo, aos integrantes do chamado “núcleo político”.

Nesse ponto, a primeira contradição que se destaca na fundamentação trazida é no sentido de não ser possível dissociar o motivo de obtenção de recursos indevidos da prática de lavagem de dinheiro, pois, em todo e qualquer caso no qual se verifique uma conduta criminosa

de lavagem de dinheiro, o sujeito ativo do crime estará objetivando o enriquecimento mediante a obtenção de recursos indevidos. Sendo assim, o fundamento apontado como circunstância judicial parece ser muito mais um elemento legal, responsável pela subsunção da conduta do réu ao tipo penal.

A segunda afirmação contraditória consiste na valoração de um fato como elemento tipificador da conduta de um crime autônomo e ao mesmo tempo como circunstância judicial desfavorável de outro crime, já que nesse caso as ações que foram utilizadas para fundamentar a responsabilidade de Ramon Hollerbach pelo crime de corrupção ativa de parlamentares foram empregadas também para considerar desfavoráveis os motivos do crime de lavagem de dinheiro.

c. Conclusão quanto aos esclarecimentos necessários referentes à dosimetria da pena-base

Nesse contexto, e com a finalidade de esclarecer as contradições apontadas, pergunta-se:

1) Entender que a obtenção de recursos indevidos da prática de lavagem de dinheiro constitui, ao mesmo tempo, elementar do tipo e circunstância judicial do crime de lavagem de dinheiro não seria valorar negativamente duas vezes a mesma ação?

2) É possível valorar negativamente a prática de outro crime pelo qual o réu já está sendo punido com pena autônoma, no caso a aos favores ilícitos prestados aos integrantes do núcleo político que foram objeto da condenação por corrupção ativa, para a exasperação da pena de outro crime sem desrespeitar o princípio de individualização das penas e o princípio do *non bis in idem*?

Sendo possível sanar as contradições e dúvidas que resultam da fundamentação do voto condutor a partir de modificações nas penas aplicadas, pugna a defesa de Ramon Hollerbach que, em vista das circunstâncias majoritariamente favoráveis em relação ao réu, **imponha-se o reconhecimento de efeitos modificativos ao julgado e reduza-se a pena-base aplicada ao réu em pelo menos 03 (três) meses de reclusão.**

Nesse ponto convém ressaltar que os vetores personalidade e conduta social, em relação a Ramon Hollerbach, não são apenas neutros, como ressaltado no voto condutor, eles são dados positivos, que podem ser levados inclusive em consideração quando da avaliação acerca da possibilidade de se imprimir efeitos modificativos nos presentes embargos.

4.6.2. Da omissão na definição dos bens passíveis de perda em favor da União

O voto condutor da dosimetria da pena de lavagem de dinheiro, em sua parte final, determinou a aplicabilidade do disposto no art. 7º da Lei 9.613/1998 e nos arts. 91 e 92 do Código Penal, impondo a Ramon Hollerbach a “perda, em favor da União, dos bens, direitos e valores objeto do crime, bem como do produto ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo condenado com a prática do fato criminoso, ressalvado, obviamente, o direito das pessoas jurídicas de direito público ou privado lesadas”.

Percebe-se, pois que, nesse ponto, a decisão não define quais bens serão perdidos em favor do Estado, o que pode dar margem para um confisco generalizado dos bens do réu durante o processo de execução da pena, trazendo-lhe prejuízos para além do que determina a sua condenação. Sendo assim, para fazer frente ao dever de fundamentação imposto pela Constituição no art. 93, IX, é imperativo sanar-se a mencionada omissão, a partir da determinação fundamentada de quais bens passarão ao patrimônio da União em razão da aplicação do disposto no art. 7º da Lei 9.613/1998 e nos arts. 91 e 92 do Código Penal.

4.6.3. Da obscuridade na decisão da Ministra Rosa Weber acerca da pena pecuniária

Como já afirmado no item 4.4 da presente petição, às fls. 59.628-59.637 o Ministro Relator, sugeriu a utilização de diferente critério de aplicação da pena pecuniária, de modo que essa acompanhasse o mesmo caminho trifásico da dosimetria da pena privativa de liberdade. Nesse momento, reajustou a pena pecuniária aplicada em todos os crimes em que teve voto na dosimetria, tendo ganhado clara adesão da Ministra Carmen Lúcia e do Ministro Dias Toffoli nas hipóteses em que esses últimos votaram acompanhando seu voto. Entretanto, a Ministra Rosa Weber, em seu pronunciamento à fl. 59.651, apesar de transparecer que, acompanharia o relator na multa assim como fizeram os outros citados Ministros, deixou espaço para que se entendesse diversamente.

Sendo assim, e principalmente para delinear corretamente qual foi a tese vencida na dosimetria da pena nesse crime a fim de possibilitar a oposição de embargos infringentes, a Defesa de Ramon Hollerbach requer que a obscuridade apontada seja esclarecida, de modo a assegurar que a Eminente Ministra Rosa Weber de fato aderiu à modificação do voto do Revisor, no sentido de fixar a pena pecuniária pelo cometimento do crime de lavagem de dinheiro.

4.7. DOS ESCLARECIMENTOS NECESSÁRIOS EM RELAÇÃO À DOSIMETRIA DE PENA NO CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA RELATIVA A PAGAMENTO DE PROPINA A PARLAMENTARES (ART. 333 DO CÓDIGO PENAL) – ITENS VI.1, A; VI.2, A; VI.3, A; E VI.4, A DA DENÚNCIA

Pelo suposto cometimento do delito de corrupção ativa (art. 333 do Código Penal) descrito no nos itens VI.1, A; VI.2, A; VI.3, A; E VI.4, A da denúncia, o Tribunal fixou a pena definitiva de Ramon Hollerbach em **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 180 (cento e oitenta) dias-multa, no valor de 10 (dez) salários mínimos cada**. Um exame mais detido da decisão que determinou a dosimetria da pena de Ramon Hollerbach em razão da condenação pela prática desse delito demonstra a existência de algumas questões que necessitam de esclarecimento, em razão da constatação de omissão, obscuridade, dúvida ou contradição, conforme será demonstrado a seguir.

4.7.1 Da existência de erro material que causa contradição no voto condutor

Consoante se observa à fl. 57984, na passagem que trata da fixação pena base referente à corrupção ativa dos itens VI.1, a; VI.2, a; VI.3, a; e VI.4, há evidente erro material no voto do relator quando se afirma que a reprimenda base alcança 3 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

A correção desse erro material que, traz contradição para o julgado, é de fundamental importância para que Ramon Hollerbach não sofra eventuais consequências negativas não previstas pela decisão do Plenário dessa Corte na execução de sua pena.

4.7.2 Da desconsideração da redação dada ao art. 333 do Código Penal na redação anterior à Lei 10.763/2003

Ao condenar os réus, esta Suprema Corte acabou por acolher a tese do suposto “Mensalão” tão divulgada em rede nacional.

“Mensalão” significa: pagamento mensal de propina a parlamentares em troca de apoio político. Portanto, resta claro que a consumação do crime se dá com a combinação, e não com o efetivo pagamento.

Segundo o Ministro Luiz Fux (fl. 56.106):

A expressão “mensalão” foi, assim, empregada para designar a suposta mesada recebida por parlamentares da Câmara dos Deputados oriunda de pagamentos feitos por uma suposta quadrilha integrada por um núcleo político, publicitário e financeiro. O propósito dos pagamentos seria o de obter o apoio político ao governo federal e

necessário, sobremaneira, para a aprovação de matérias sensíveis e deliberadas no Congresso Nacional no período de 2003 e 2004 a que se refere a denúncia.

No mesmo sentido, o voto do Ministro Ayres Britto:

Segundo a acusação, José Dirceu foi o responsável pela direção e operacionalização do esquema cunhado por Roberto Jefferson de “mensalão”. Esquema bipartite, segundo dois modus operandi: a) o “loteamento político” de cargos públicos; b) a distribuição de mesada aos parlamentares.

O voto condutor cita a súmula 711 para fixar a pena base a partir do parâmetro da alteração legislativa do final de 2003.

Esta afirmação é contraditória, porque, ao condenar todos os parlamentares por corrupção passiva, este Tribunal narra os fatos como consumados antes da alteração.

O Embargante demonstrará, a seguir, as razões pelas quais a pena base deve ser fixada em conformidade com a lei anterior:

Sobre a corrupção passiva, diz o PGR em alegações finais que (fl. 45.372):

a instrução comprovou que os altos valores recebidos pelos parlamentares federais integrantes do Partido Progressista – PP (José Janene (falecido), Pedro Corrêa e Pedro Henry), Partido Liberal – PL (Valdemar Costa Neto e Bispo Rodrigues), Partido Trabalhista Brasileiro – PTB (José Carlos Martinez (falecido), Roberto Jefferson e Romeu Queiroz) e Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB (José Borba) constituíram a vantagem indevida oferecida e, posteriormente paga, por José Dirceu para formar ilicitamente a base de sustentação do Governo Federal.

Seguem trechos do voto do Relator em relação a todas as condenações por corrupção passiva:

Folha 55.099:

Durante dois anos, o Partido dos Trabalhadores distribuiu dinheiro aos parlamentares acusados, em momentos e valores distintos.

Folha 55.101:

A Reforma da Previdência e a Reforma Tributária foram os principais exemplos de votações do interesse do Governo na Câmara dos Deputados que sofreram interferência desses pagamentos, embora não tenham sido os únicos atos de ofício cuja prática se pretendeu influenciar.

Ainda, ao discorrer sobre a corrupção passiva (fl. 55.107):

A testemunha também confirmou que participou de reunião em que o acusado ROBERTO JEFFERSON informou ao Presidente Lula sobre a existência dos pagamentos. Aliás, todos os interlocutores citados por ROBERTO JEFFERSON – Senhores Arlindo Chinaglia, Aldo Rebello, Walfrido dos Mares Guia, Miro Teixeira,

Ciro Gomes e o próprio ex-Presidente da República – confirmaram que foram informados, por **ROBERTO JEFFERSON**, nos anos de 2003 e 2004, sobre a distribuição de dinheiro a parlamentares para que votassem a favor de projetos do interesse do Governo. Portanto, muito antes da decisão de ROBERTO JEFFERSON de delatar publicamente o esquema.

Enfim: a compra de apoio político de Deputados pelo Governo Federal não era desconhecida. Ao contrário, desde 2003 era alvo de comentários na Câmara dos Deputados, e as próprias testemunhas arroladas pelas defesas comprovaram isso. A matéria foi discutida por deputados, ministros do Governo, inclusive o então Presidente da República afirmou que ROBERTO JEFFERSON abordou o assunto antes de denunciá-lo em rede nacional (vide nota de rodapé anterior).

Folha 55.109:

Por tudo isso, apesar de as defesas pretenderem afirmar que o “mensalão” foi uma invenção do acusado ROBERTO JEFFERSON para se defender das acusações envolvendo cobrança de propina nos Correios, percebemos, desde o recebimento da denúncia, que as acusações feitas pelo ex-parlamentar estão muito distantes da mera vingança política, ainda que esta possa ter sido sua motivação.

Ao introduzir o voto sobre o item VI.1, afirma o Relator (fl.55.114):

"O Partido Progressista foi contemplado com valores milionários pelo Partido dos Trabalhadores, entre setembro de 2003 e setembro de 2004".

E continua (fl. 55.117):

"Vale salientar que não havia qualquer razão para esse auxílio financeiro do Partido dos Trabalhadores ao Partido Progressista, senão o fato de os denunciados agora em julgamento exercerem mandato parlamentar e terem aderido à base aliada do Governo, a partir de meados de 2003, como evidenciam os documentos constantes do CD de fls. 23.336 (vol. 107)".

Sobre formação de quadrilha, relativa a esses parlamentares, conclui (fls. 55.169-55.170):

"Primeiramente, os quatro réus do Partido Progressista, JOSÉ JANENE, JOÃO CLÁUDIO GENU, PEDRO HENRY e PEDRO CORRÊA, formaram uma associação estável e permanente, a partir de meados de 2003, para praticar crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, cuja execução se estendeu do segundo semestre de 2003 até o final de 2004".

Sobre o Item VI.2, relativo aos parlamentares do PL (fl. 55.188):

"Pode-se concluir que os recursos repassados pelo Partido dos Trabalhadores, a partir de fevereiro de 2003, até agosto de 2004, ao Presidente do PL; e ainda, como será detalhado adiante, os pagamentos realizados no fim de 2003, ao coordenador da bancada evangélica da Câmara, Sr. BISPO RODRIGUES, funcionaram como uma espécie de capital para a garantia do apoio desses parlamentares e de seus correligionários ao Governo.

Com efeito, efetuados os pagamentos ao Partido Liberal, o acusado VALDEMAR COSTA NETO orientou sua bancada a votar favoravelmente ao governo durante o período dos fatos em julgamento, e efetivamente a bancada, que não desejava a aliança, votou em uníssono com o Partido dos Trabalhadores no período dos pagamentos.

A denúncia afirmou que o acordo criminoso “foi acertado na época da campanha eleitoral para a Presidência da República em 2002, quando o PL participou da chapa vencedora” (fls. 5716, vol. 27)”.

Ao discorrer sobre lavagem de dinheiro, relativa aos mesmos parlamentares:

Note-se que os pagamentos realizados pelo Partido dos Trabalhadores só tiveram início a partir da abertura do ano legislativo, em fevereiro de 2003, em pleno período de exercício do mandato, prosseguindo, como demonstram as provas destes autos, até o final do ano de 2004.

Sobre o Item VI.3 (55.236):

As provas deixam claro que os pagamentos foram realizados, a partir de abril de 2003 até julho de 2004, em espécie, mediante sistemática de lavagem de dinheiro oferecida pelo núcleo publicitário, em conluio com o núcleo político.

E mais (fl. 55.237):

O que se coligiu no curso da instrução foi 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.

Também foi reconhecida a participação de Roberto Jefferson no esquema em data anterior à reforma da lei (fls. 55.239 e 55.261):

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.

(...)

"Do teor dos depoimentos já transcritos, e dos documentos constantes dos autos, está claro que os fatos relatados na denúncia encontram respaldo nos autos e que o réu EMERSON PALMIERI auxiliou os parlamentares ROBERTO JEFFERSON e ROMEU QUEIROZ na obtenção dos recursos solicitados ao Partido dos Trabalhadores, concomitantemente ao apoio que prestaram, ao longo de 2003 e 2004, aos projetos de interesse do governo".

Sobre o Item VI.4, a própria denúncia esclarece que a corrupção de José Borba se consumou em 2003, afirmando que o primeiro recebimento de propina teria ocorrido em 16.09.2003.

Para não deixar dúvidas, vejamos as conclusões gerais do voto do Relator quanto aos crimes de corrupção passiva (fl. 55.288-55.290):

Os capítulos deste voto não devem ser compreendidos de modo estanque, mas como um continuum, envolvendo parlamentares pertencentes a uma mesma Casa Legislativa, que mantinham constantes reuniões entre si e que decidiram solicitar dinheiro ao Partido dos Trabalhadores em troca do apoio de seus próprios partidos às decisões, atos e projetos de interesse do Governo na Câmara dos Deputados.

As provas coligidas conduzem à conclusão de que os parlamentares acusados, valendo-se de suas funções, como Deputados Federais, líderes parlamentares e altos dirigentes de partidos com assento na Câmara, condicionaram seu apoio e o de suas bancadas ao recebimento de recursos para si e para seus partidos.

(..)

O início da distribuição de dinheiro coincidiu com o exercício das atividades legislativas, em 2003, e prosseguiu por vários meses, com pagamentos concentrados às vésperas de votações importantes. Aliás, segundo declaração de MARCOS VALÉRIO à CPMI, os pagamentos só foram interrompidos porque “Os créditos junto aos bancos acabaram e houve a denúncia do Deputado ROBERTO JEFFERSON” (fls. 13.654-verso).

(..)

A alegada destinação que os parlamentares teriam dado aos recursos não abala a acusação de prática de crimes de corrupção passiva, por dois principais motivos:

1) O uso dado à vantagem recebida não é elementar do crime. Inscreve-se, ao contrário, na esfera de deliberação particular do beneficiário. Além do mais, até mesmo o efetivo pagamento é dispensável para a caracterização da conduta criminosa, bastando que haja a solicitação/recebimento da vantagem (corrupção passiva) para que o crime se consuma. Portanto, se o efetivo pagamento da vantagem indevida é indiferente para a consumação do delito, mostra-se inteiramente supérflua a análise da destinação dada aos recursos pelos parlamentares agraciados pelos réus vinculados ao Partido dos Trabalhadores e seus colaboradores.

(..)

Além da doutrina e da jurisprudência uníssonas, o próprio tipo penal explicita a natureza formal desse crime – sua consumação independe, até mesmo, da ocorrência do pagamento, bastando a mera solicitação/recebimento em razão do cargo, vinculada à possibilidade de praticar os atos de ofício oferecidos em contrapartida. Não se exige, sequer, que haja a prática efetiva do mencionado ato de ofício. Esta prática configura causa de aumento de pena.

Diante disso e, tal como já decido no momento de aplicação de pena referente à corrupção ativa envolvendo Henrique Pizzolato, a consumação do crime ocorre com o simples oferecimento, independente da efetiva entrega da vantagem, razão pela qual, *data venia*, equivoca-se este Egrégio Tribunal ao aplicar a pena considerando a redação atribuída ao tipo penal pela Lei 10.763/2003.

Nesse contexto, com a finalidade de sanar a contradição apontada, requer o embargante o acolhimento dos presentes embargos, com a atribuição de efeitos infringentes, para

reestruturar a pena base dos crimes de corrupção ativa referentes à suposta compra de apoio dos parlamentares da base aliada, com a aplicação da pena prevista na antiga redação do art. 333 do Código Penal.

4.8. DOS ESCLARECIMENTOS NECESSÁRIOS EM RELAÇÃO À DOSIMETRIA DE PENA NO CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS (ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, PRIMEIRA PARTE, DA LEI 7.492/1986 – 53 VEZES EM CONTINUIDADE DELITIVA) – ITEM VIII DA DENÚNCIA

Pelo suposto cometimento do delito de evasão de divisas (art. 22, parágrafo único, primeira parte, da Lei 7.492/1986) descrito no item IV da denúncia, o Tribunal fixou a pena definitiva de Ramon Hollerbach em **3 (três) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 100 (cem) dias-multa, no valor de 10 (dez) salários mínimos cada**. A dosimetria da pena efetuada nesse item em relação a Ramon Hollerbach parece estar eivada de contradição, omissão, obscuridade e redação dúbia em determinados pontos, nos quais a defesa pugna por esclarecimentos, como se mostrará a seguir.

4.8.1 Da existência de contradições e dúvidas na fundamentação da culpabilidade como vetor para a determinação da pena-base individualização da pena-base

O voto condutor da dosimetria da pena no item VIII considerou especialmente desfavoráveis a culpabilidade e as circunstâncias do crime, estabelecendo como pena-base **2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa**. Partindo-se do pressuposto que a pena privativa de liberdade aplicável na espécie era de 02 a 06 anos, a pena-base imposta ao réu foi exasperada em **09 (nove) meses de reclusão, ou seja, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias para cada uma das circunstâncias judiciais consideradas negativas em relação a Ramon Hollerbach**.

No entanto, uma análise mais criteriosa da fundamentação trazida para justificar a valoração negativa do vetor culpabilidade na primeira fase da dosimetria da pena, nos leva a constatar a presença de ponto contraditório que é, portanto, fonte de dúvida e, por isso deve ser sanado nesse momento a fim de impedir que uma decisão tão importante na história dessa Augusta Corte determine a incorreta aplicação da lei penal. Veja-se a descrição da culpabilidade do réu (fl. 57.986):

A culpabilidade, entendida como o grau de reprovabilidade da conduta, apresenta-se elevada, uma vez que, conforme detalhado, foi RAMON HOLLERBACH quem, por

exemplo, acionou o doleiro Jader Kalid Antônio, para a realização de parte das operações de evasão divisas. Não se pode ignorar, ainda, que os valores ilegalmente remetidos para o exterior eram significativamente elevados.

Uma análise mais detida do tipo penal que descreve o crime de evasão de divisas em comparação com o caso concreto ora julgado conduz à conclusão de que o fato de acionar o referido doleiro foi utilizado para estabelecer a adequação típica da conduta de Ramon e, sendo assim, seria contraditório considerá-lo, no momento da dosimetria, como circunstância especialmente gravosa apta a provocar exasperação da pena-base, nos termos do que já foi discutido anteriormente em relação a outros momentos da dosimetria.

Sendo assim, pergunta-se:

1) Entender que o acionamento do doleiro para a concretização da prática de evasão de divisas utilizado, ao mesmo tempo, como elementar do tipo e circunstância judicial do crime de lavagem de dinheiro não representaria uma contradição e, ao mesmo tempo, uma afronta ao princípio do *ne bis in idem*?

Sendo possível sanar essa contradição da fundamentação do voto condutor, pugna a defesa de Ramon Hollerbach que, em vista das circunstâncias majoritariamente favoráveis em relação ao réu, imponha-se o reconhecimento de efeitos modificativos ao julgado e reduza-se a pena-base aplicada ao réu em pelo menos 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

4.8.2 Da omissão na definição dos bens passíveis de perda em favor da União

O voto condutor da dosimetria da pena de evasão de divisas, em sua parte final, determinou a aplicabilidade do disposto no art. 7º da Lei 9.613/1998 e nos arts. 91 e 92 do Código Penal, impondo a Ramon Hollerbach a “perda, em favor da União, dos bens, direitos e valores objeto do crime, bem como do produto ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo condenado com a prática do fato criminoso, ressalvado, obviamente, o direito das pessoas jurídicas de direito público ou privado lesadas”.

Percebe-se, pois que, nesse ponto, a decisão não define quais bens serão perdidos em favor do Estado, o que pode dar margem para um confisco generalizado dos bens do réu durante o processo de execução da pena, trazendo-lhe prejuízos para além do que determina a sua condenação. Sendo assim, para fazer frente ao dever de fundamentação imposto pela Constituição no art. 93, IX, é **imperativo sanar-se a mencionada omissão, a partir da**

determinação fundamentada de quais bens passarão ao patrimônio da União em razão da aplicação do disposto no art. 7º da Lei 9.613/1998 e nos arts. 91 e 92 do Código Penal.

4.9. DOS ESCLARECIMENTOS NECESSÁRIOS EM RELAÇÃO À DOSIMETRIA DE PENA E QUE SÃO COMUNS A MAIS DE UM CRIME

4.9.1. Da omissão quanto aos critérios para determinação da pena pecuniária

Outro aspecto que merece ser esclarecido nesse momento é em relação à omissão quanto à definição de critérios aferíveis por parte do réu em relação à fixação do *quantum* de dias-multa que compõe a pena pecuniária. Consoante se observa no voto condutor, na dosimetria dos crimes de corrupção ativa, peculato, lavagem de dinheiro e evasão de divisas, a pena de multa foi aplicada com fundamentos que, embora sejam aparentemente os mesmos utilizados para a imposição da pena privativa de liberdade, levaram o relator a aumentar proporcionalmente mais a multa do que a pena corporal. Muitas vezes, inclusive, a pena pecuniária que foi inicialmente fixada pelo Eminente Relator não foi reajustada quando esse decidiu, após os debates, por reajustar para menos a pena privativa de liberdade.

Vejamos, a título de exemplo, como o valor de 100 dias-multa é estabelecido no acórdão ora embargado em relação ao crime descrito no item III.1 (b.1) da denúncia:

Assim, as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal são bastante desfavoráveis ao acusado RAMON HOLLERBACH, razão pela qual, atento ao disposto nos artigos 59, 68 e no tipo penal do artigo 333 do Código Penal, fixo a pena-base de RAMON HOLLERBACH em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, com mais 100 dias-multa, cada um no valor de 10 salários-mínimos, no montante vigente à época do fato, observado o art. 60 do Código Penal estabelece os “Critérios Especiais da Pena de Multa”, prevendo que “o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu”. Nos termos do §2º do art. 49, “o valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária”.

Diante da importância do presente julgamento na criação de precedentes para as instâncias inferiores na aplicação da pena, torna-se absolutamente necessário determinar um sistema de aplicação da pena de multa que, embora respeite a subjetividade do juiz na avaliação dos vetores do art. 59, também possibilite ao réu efetuar o controle dessa decisão, evitando-se que a subjetividade do magistrado seja confundida com o arbítrio no momento da individualização da reprimenda.

Pelos motivos expostos, a defesa de Ramon Hollerbach requer a acolhida dos presentes embargos a fim de que se afaste tal omissão, que, de tamanha relevância, foi inclusive apontada pelo Ministro Revisor às fls. 59.628 e 59.633.

4.9.2. Desconsideração do instituto do crime continuado na aplicação da pena, conforme parecer de lavra de Juarez Tavares encaminhado pela defesa do Embargante a esta Corte

Ao rejeitar a preliminar de desmembramento do processo, o Relator citou a súmula 704 desta Suprema Corte (fl. 51.667). A redação da referida súmula é a seguinte:

Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados.

Não se trata, evidentemente, de simples *continência*, porque em inúmeros outros casos esta Corte tem desmembrado os processos em relação a réus que não possuem prerrogativa de função.

Vejamos a retrospectiva dos fatos:

1. Ao se manifestar sobre o pedido de desmembramento do feito, antes do recebimento da denúncia, no ano de 2006, o Procurador Geral da República se manifestou:

A opção de incluir na denúncia pessoas que não possuem foro por prerrogativa de função foi adotada pela inequívoca existência de conexão, nas três hipóteses descritas no art. 76 do CPP, em razão da complexa implicação entre as diversas condutas narradas, bem como entre a atuação dos vários integrantes dos núcleos explicitados, de tal modo que a imputação fracionada provocaria sério prejuízos para a completa compreensão dos fatos, caso tivesse havido prévio desmembramento.

2. Sobre o debate entre os Ministros, na sessão de julgamento de 06/12/2006, ocasião em que ficou estabelecida a competência desta Corte para processar e julgar todos os acusados, extrai-se as seguintes assertivas:

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Não houvesse nenhuma conexão, não estaríamos aqui a discutir, é óbvio. Se não houvesse nenhum liame, não estaríamos aqui nos “divertindo” com esse problema.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – É possível que a Corte tome a decisão, partindo de que há conexão entre os fatos, é óbvio. Isto é, aceitando o caminho de que há ligações entre os fatos e que a Corte tem de decidir se há, ou não, motivo relevante para desmembrar.

(…)

O EXMO. SR. MINISTRO GILMAR MENDES: (...) A denúncia apresentada pelo Procurador-Geral da República descreve uma cadeia de fatos complexos e aponta como

supostos autores exatamente 40 (quarenta) pessoas, dentre as quais existem agentes políticos com prerrogativa de foro.

Trata-se, portanto, de típico caso de competência determinada pela conexão, como prescreve o art. 76 e incisos, do Código de Processo Penal.

(...)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (...) O Código de Processo Penal, ao tratar da simultaneidade de causas em razão do vínculo da conexidade, reconhece, para efeito do “*simultaneus processus*”, a existência de três (3) modalidades de conexão: (a) conexão intersubjetiva (CPP, art. 76, I), (b) conexão material, lógica ou teleológica (CPP, art. 76, II) e (c) conexão probatória ou instrumental (CPP, art. 76, III).

(...)

Entendo, Senhora Presidente, consideradas as razões já expostas pelos eminentes Ministros Cármen Lúcia, Eros Grau e Gilmar Mendes, que se justifica, no caso, a preservação da competência penal originária do Supremo Tribunal Federal, notadamente em face das ponderações feitas pelo eminente Procurador-Geral da República, quando assinala que “a opção de incluir na denúncia pessoas que não possuem foro por prerrogativa de função foi adotada pela inequívoca existência de conexão, nas três hipóteses descritas no art. 76 do CPP, em razão da complexa implicação entre as diversas condutas narradas, bem como entre a atuação dos vários integrantes dos núcleos explicitados, de tal modo que a imputação fracionada provocaria sério prejuízo para a completa compreensão dos fatos, caso tivesse havido prévio desmembramento. Creio que permanecem presentes as razões que motivaram aquela decisão, motivo pelo qual considero inconveniente que se efetive o desmembramento do feito”

3. Quando do recebimento da denúncia, o Plenário manteve este entendimento.
4. Quando do julgamento do mérito, o entendimento de aplicação da regra da conexão foi mantido.

Feito este relato, fica claro, portanto, o instituto que, segundo este Tribunal, atrai a competência para o julgamento de todos os réus é o da *conexão*.

Está evidenciado, ainda, que não foi a defesa, mas o Procurador Geral da República quem falou que incide, no caso, as três hipóteses do art. 76 do Código de Processo Penal.

Não foi a defesa, mas o Supremo Tribunal Federal, através do Ministro Celso de Mello, que declarou que as razões sustentadas pelo órgão acusador eram relevantes, a ponto de autorizar a reunião do processo nesta Corte.

Vamos, portanto, à doutrina, sobre conexão:

A realidade dos fenômenos da vida nos mostra que pode haver, entre dois ou mais fatos de relevância penal, alguma espécie de liame, de ligação, seja de natureza *subjetiva*, **no**

campo das intenções, motivações e do dolo, seja de natureza *objetiva*, em referência às circunstâncias do **fato, como o lugar, o tempo e o modo de execução da conduta delituosa**. Sem falar na eventual relação entre *os autores* dos fatos. Em outras palavras, pode haver entre eles *conexão*, hipóteses concretas de aproximação entre um e outro evento, estabelecendo um **ponto de afinidade**, de contato ou de influência na respectiva apuração. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 279-280) (*os grifos são nossos*)

Vejamos a doutrina clássica:

A conexão *pessoal ou subjectiva*, prevista no art. 55º, supõe o chamado concurso real de infracções, a cuja punição a unidade de agente – potenciada pela unidade da sua personalidade à qual se refere a culpa segundo a concepção do nosso direito penal substantivo – impõe cunho particular, traduzido na aplicação de uma pena única. (DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal*. 1. ed. 1974. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 348.

Portanto, apesar das premissas que justificam a competência deste Supremo Tribunal Federal para processar e julgar todos os réus se assentarem, justamente, na regra da conexão (sem distinção entre as suas modalidades, pois a acusação reconheceu a incidência de todas elas, no que foi acompanhada pelo Plenário), o voto condutor do acórdão, que refutou a tese de continuidade delitiva, assim se manifestou (fl. 59.502):

As condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes são distintas e específicas para cada um desses delitos, que os réus desejaram praticar com dolos autônomos.

Assim, há verdadeira contradição assim resumida: (a) o pedido de desmembramento é negado, ao argumento de que está presente a conexão, em todas as suas modalidades; (b) a classificação doutrinária da conexão aponta, justamente, a ligação entre a dolosa entre os delitos, no campo das motivações, bem como a semelhança de circunstâncias, tais como tempo, lugar, modo de execução etc. e (c) esta Corte nega o pedido de reconhecimento da continuidade delitiva, contraditoriamente, negando o argumento que outrora justificou a reunião do julgamento de todos os crimes e réus neste Tribunal.

O que se requer, quanto a este tópico, *data venia*, é a manutenção da coerência. Relembremos trecho do voto do Ministro Marco Aurélio quando da análise da questão preliminar (fl. 51.748):

O processo, para mim, não tem capa. O Supremo tem um compromisso maior – e aqui estou praticamente usando o microfone, parafraseando o ministro Néri da Silveira – com princípios. **Não lhe cabe** – por não haver um órgão acima para corrigir as respectivas decisões – **estabelecer, conforme este ou aquele caso, o critério de plantão**.

A contradição é manifesta, razão pela qual o Embargante solicita a este Sodalício a manutenção de um critério, o que certamente culminará no acolhimento dos presentes embargos para, atribuindo-lhe efeitos infringentes, alternativamente (a) declarar a incompetência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar os réus que não possuem prerrogativa de foro, anulando o feito e remetendo os autos ao juiz competente; ou (b) reestruture a pena, aplicando o instituto da continuidade delitiva.

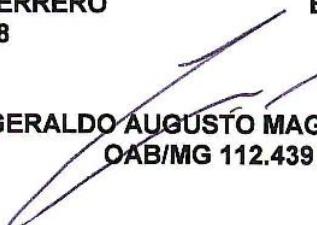
5. PEDIDO

Diante do exposto, requer o Embargante o conhecimento e provimento dos presentes embargos, nos termos propostos em cada tópico.

De Belo Horizonte para Brasília, em 02 de maio de 2013, via protocolo eletrônico, assinado digitalmente pelo advogado Estevão Ferreira de Melo em nome de todos os defensores que subscrevem este pedido.


HERMES VILCHEZ GUERRERO
OAB/MG 49.378


ESTEVÃO FERREIRA DE MELO
OAB/MG 96.241


GERALDO AUGUSTO MAGALHÃES
OAB/MG 112.439