

EXMO. SENHOR MINISTRO RELATOR DA AÇÃO PENAL Nº 470 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

MARCOS VALÉRIO FERNANDES DE SOUZA, 5º denunciado na Ação Penal nº 470, por seu defensor infra-assinado, tendo em vista a publicação do acórdão do julgamento em 22/04/2013 e a publicação em 08/02/2013 da Ata da 61ª sessão extraordinária do Pleno do STF, realizada em 17/12/2012, bem como a decisão do Pleno de 18/04/2013, que ampliou o prazo para 10 (dez) dias, vem, com suporte no artigo 337 e seu §1º, do Regimento Interno do STF, interpor **EMBARGOS DECLARATÓRIOS** quanto a diversos pontos do acórdão embargado, como se passa a expor:

(1ºs) **PRIMEIROS EMBARGOS DECLARATÓRIOS: OMISSÃO** do acórdão embargado pela falta do voto do Ministro **CELSO DE MELLO** sobre várias “fatias” do julgamento, em virtude dos repetidos cancelamentos de suas intervenções em plenário, sem juntada ao acórdão do voto de mérito de S. Exa. sobre QUATRO dos ITENS da denúncia. **OMISSÃO** do acórdão embargado em virtude do cancelamento de todas as intervenções em plenário do Ministro **LUIZ FUX**, sem juntada ao acórdão do voto de mérito de S. Exa. sobre pelo menos UM dos ITENS da denúncia. **OMISSÃO** do acórdão embargado pela juntada de um longo voto completo (todos os itens) sem identificação do Ministro autor. **OMISSÕES** que tornam o acórdão embargado padecedor de **OBSCURIDADE** a exigir sua declaração e nova publicação.

1.1 – Lamentavelmente, em virtude da pressão da mídia pela rápida publicação do acórdão embargado e das repetidas manifestações nos meios de comunicação do Senhor Presidente e Relator a reclamar dos demais Senhores Ministros a rápida revisão dos seus votos e de suas intervenções no julgamento, o acórdão publicado, apesar de ter 8.405 folhas, revela-se rico em OMISSÕES que o tornam padecedor de OBSCURIDADE a justificar estes embargos declaratórios.

1.2 – O Embargante aponta, em primeiro lugar, a OMISSÃO decorrente da falta de centenas de intervenções na votação em plenário do Ministro CELSO DE MELLO, cujas manifestações aparecem no acórdão embargado como “canceladas”.

Mais grave do que isto é que não se juntou ao acórdão embargado, um voto completo sobre todos os itens da acusação e do julgamento, nem os votos parciais do Senhor Ministro CELSO DE MELLO sobre **QUATRO** das oito “fatias” em que foi dividido o julgamento do mérito das acusações, conforme o roteiro de votação proposto pelo Ministro Relator e seguido pelo Pleno do STF.

Basta conferir no acórdão embargado:

- (1) Votação do ITEM III. 2 e III.3 – corrupção ativa, passiva e lavagem (B. Brasil e Câmara dos Deputados) – Min. CELSO DE MELLO, fls. 54.047/65 – quanto a este ITEM consta o voto dado;
- (2) Votação do ITEM V – gestão fraudulenta de instituição financeira (B. Rural) – Min. CELSO DE MELLO, fls. 54.499/54.501 – **tudo cancelado, sem juntada de voto sobre este item do julgamento;**
- (3) Votação do ITEM IV – lavagem de dinheiro – Min. CELSO DE MELLO, fls. 55.032 – **tudo cancelado, sem juntada de voto sobre este item do julgamento;**
- (4) Votação do ITEM VI – corrupção passiva e lavagem de dinheiro (parlamentares) – Min. CELSO DE MELLO, fls. 56.090/56.108 – quanto a este ITEM consta o voto dado;
- (5) Votação do ITEM VI – corrupção ativa (parlamentares) – Min. CELSO DE MELLO, fls. 56.810/56.824 – voto com considerações doutrinárias sobre concurso de pessoas e teoria do domínio do fato, **mas sem voto específico sobre o mérito da acusação neste ITEM (absolvição ou condenação) que foi cancelado do acórdão;**
- (6) Votação do ITEM VII – lavagem de dinheiro (PT e ex-ministro transportes) – Min. CELSO DE MELLO, fls. 57.359/57.361 – quanto a este ITEM consta o voto dado;
- (7) Votação do ITEM VIII – evasão de divisas e lavagem de dinheiro – Min. CELSO DE MELLO, fls. 57.270/57.280 – **tudo cancelado, sem juntada de voto sobre este item do julgamento;**
- (8) Votação do ITEM II – quadrilha – Min. CELSO DE MELLO, fls. 57.802/57.809 – quanto a este ITEM consta o voto dado;

A falta dos votos do Ministro CELSO DE MELLO sobre estes QUATRO itens do julgamento torna o acórdão embargado, a um só tempo, OMISSO e OBSCURO, pois o mesmo fica incompleto pela ausência das razões de decidir, justamente do Ministro decano do Tribunal, cujas eruditas intervenções em plenário foram quase todas canceladas no acórdão embargado (Canceladas 805 falas).

1.3 – O Embargante aponta, em segundo lugar, a OMISSÃO decorrente da falta de todas as intervenções na votação em plenário do Ministro LUIZ FUX, cujas manifestações aparecem no acórdão embargado como “canceladas”, o que torna o acórdão, em vários trechos, incompreensível, ou seja, OBSCURO, como se pode verificar, por exemplo: às fls. 56.589/56.591, que seria o voto do Min. LUIZ FUX sobre o **ITEM VI**, parte **(5)** do julgamento, relativa a *corrupção ativa de parlamentares*, **o qual voto parcial não consta do acórdão embargado**; às fls. 53.102/4; às fls. 56.589/91; às fls. 56.932/56.945; às fls. 58.270/58.280, fls. 58.282/3, fls. 58.400/1 e fls. 58.403 (canceladas intervenções dos Ministros LUIZ FUX e/ou CELSO DE MELLO), dentre vários outros trechos do acórdão embargado que ficaram absolutamente sem sentido.

1.4 – O Embargante aponta, em terceiro lugar, a OMISSÃO decorrente da juntada ao acórdão de um voto completo, sobre todos os itens ou “fatias” do julgamento, de fls. 52.676 a 53.093, num total de 419 folhas, **sem identificação de quem é o Ministro seu AUTOR**, o que, por óbvio, torna OBSCURO o acórdão embargado, até porque não houve, em nenhum momento, durante o julgamento um voto contínuo sobre todas as oito “fatias” em que se dividiu o exame do mérito.

1.5 – Isto posto, o 5º denunciado MARCOS VALÉRIO pede e espera sejam conhecidos e acolhidos os presentes **(1ºs) Primeiros Embargos Declaratórios**, para afastar as OMISSÕES e OBSCURIDADES apontadas, para que sejam inseridas no acórdão embargado todas as intervenções canceladas, especialmente dos Ministros LUIZ FUX e CELSO DE MELLO, bem como sejam inseridos os QUATRO votos parciais do Ministro CELSO DE MELLO, cujas faltas foram indicadas acima, bem como seja inserido o voto parcial do Ministro LUIZ FUX

sobre o ITEM VI da denúncia (corrupção ativa de parlamentares), relativa à “fatia” (5) do julgamento, bem como seja identificado o Ministro autor do voto de fls. 52.676 a 53.093, de modo a tornar claro o acórdão embargado, com a sua conseqüente nova publicação por completo.

(2ºs) SEGUNDOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS: CONTRADIÇÃO
entre a decisão que rejeitou a questão de ordem para o desmembramento do processo com a afirmação da competência do STF para julgar os réus que não tem foro por prerrogativa de função e a decisão que desmembrou o processo em relação ao acusado Carlos Alberto Quaglia e determinou a sua baixa à primeira instância.

2.1 – Na sessão de 02.08.12, o STF, acompanhando o voto do Relator, vencidos os senhores Ministros RICARDO LEWANDOWSKI (Revisor) e MARCO AURÉLIO, rejeitou a questão de ordem suscitada da tribuna pelo advogado Márcio Thomaz Bastos, ratificada pelos advogados Marcelo Leonardo e Luiz Fernando Sá e Souza Pacheco, de desmembramento do processo, para assentar a competência da Corte quanto ao processo e julgamento dos denunciados que não são detentores de mandato parlamentar.

2.2 – Entretanto, na sessão de 15.08.12, o STF, ao julgar a 18ª preliminar, após anular o processo em relação ao acusado Carlos Alberto Quaglia, decidiu, à unanimidade, determinar o desmembramento do feito, remetendo cópia dos autos ao primeiro grau de jurisdição a fim de que lá prossiga a persecução penal movida contra o acusado, reconhecendo, assim, a incompetência deste Pretório Excelso para processar e julgar o referido réu, que não está sujeito ao foro por prerrogativa de função.

2.3 – Os presentes (2ºs) SEGUNDOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS são interpostos tendo em vista a manifesta CONTRADIÇÃO no julgamento, que é uno, pois as duas decisões acima citadas são, evidentemente, conflitantes, já que os fundamentos para determinar o desmembramento do processo e sua remessa para a primeira instância, em relação ao acusado Carlos Alberto Quaglia (sessão de 15.08.12), são diametralmente opostos e CONTRADITÓRIOS com aqueles que levaram a maioria a indeferir o pedido de desmembramento do processo e sua remessa à primeira instância (sessão de 02.08.12), em relação a todos os demais acusados que não têm foro por prerrogativa de função, em outras palavras, não exercem mandato parlamentar.

2.4 – Diante da notória CONTRADIÇÃO entre as duas decisões, tomadas no mesmo julgamento da Ação Penal nº 470, a defesa de Marcos Valério Fernandes de Souza interpõe os presentes (2ºs) Segundos Embargos Declaratórios para que a mencionada contradição seja eliminada do julgamento, mediante o acolhimento destes Segundos Embargos Declaratórios, atribuindo-lhes **efeitos infringentes ou modificativos**, para determinar-se, também, em relação ao Embargante Marcos Valério que não exerce mandato parlamentar, o desmembramento do processo e sua remessa à primeira instância, pelos fundamentos contidos na decisão do próprio Pleno do STF de 15.08.12, no julgamento desta AP 470, que desmembrou o processo em relação ao acusado Carlos Alberto Quaglia, bem como pelos fundamentos contidos no brilhante voto vencido do Ministro Ricardo Lewandowski, na sessão de 02.08.12.

2.5 – No caso concreto, para expungir do acórdão a CONTRADIÇÃO apontada, a solução haverá de ser, em respeito à decisão unânime tomada na sessão de 15.08.2012, acolherem-se os presentes (2ºs) Segundos Embargos Declaratórios, atribuindo-lhes efeitos infringentes ou modificativos, já que a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal tem determinado a separação de processo e julgamento, mesmo entre acusados de um mesmo crime em concurso de pessoas, quando um dos acusados tem foro por prerrogativa de função e outro não, em se tratando de competência constitucionalmente prevista.

Nos presentes autos, à época do início do julgamento, os denunciados que ainda eram deputados federais (João Paulo Cunha, Valdemar Costa Neto e Pedro Henry Neto), de fato, estavam e estão sujeitos à jurisdição do STF, que tem a competência originária para a respectiva ação penal por crime comum (art. 102, I, b, CF).

Este dispositivo constitucional, no entanto, não se refere, expressamente, a uma competência do STF para julgamento de outras pessoas nos *crimes conexos* com os deputados federais ou com quaisquer outros agentes políticos ou autoridades públicas.

A denúncia atribui aos outros denunciados a prática de crimes contra a administração pública federal (artigos 312 e 333, do CP) e crimes contra o sistema financeiro nacional e a ordem econômico-tributária (evasão de divisas e lavagem de dinheiro), os quais são da competência constitucional da Justiça Federal em razão da matéria, por disposições expressas do artigo 109, incisos IV e VI (CF).

Desta sorte, deve-se adotar, na espécie, a mesma solução antes mencionada relativa ao aparente conflito de normas constitucionais entre a competência originária de tribunal (em razão da pessoa) e a competência da Justiça Federal (em razão da matéria), ambas com sede constitucional: os denunciados que têm foro por prerrogativa de função deveriam mesmo, como foram, ser julgados neste STF e os demais deveriam ter seu julgamento separado, para que sejam julgados perante a Justiça Federal de 1ª instância, **como o Tribunal decidiu em relação ao acusado Carlos Alberto Quaglia.**

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre esta matéria específica, em vários precedentes, sempre no sentido de reconhecer sua incompetência e deferir o desmembramento dos processos. Aliás, este parece ser o único caso em que o STF não procedeu ao desmembramento, **exceto em relação**

ao acusado **Carlos Alberto Quaglia**, segundo a observação atenta do Senhor Ministro MARCO AURÉLIO, em julgamento de agravo regimental nestes autos:

“Na minuta, a agravante, mediante atuação do advogado Doutor Marcelo Leonardo, cita, praticamente, uma dúzia de precedentes nesse sentido. Creio que não se pode estar, conforme o processo, a variar de enfoque. No caso concreto, o que ocorre? Apenas uma meia dúzia de envolvidos na ação penal possui a prerrogativa de ser julgada pelo Supremo, e a projeção, considerada a instrução, as delegações, no tempo da instrução da própria causa. Por isso - porque veio a matéria ao Plenário e o foro próprio para discutirem-se e rediscutirem-se temas é o Plenário -, peço vênua ao relator para, fiel à concepção que tenho sobre a prerrogativa de foro - e já disse que espero viver o dia em que não haverá essa prerrogativa, em que o tratamento será igualitário em termos de perseguição penal -, prover o recurso e proceder ao desmembramento”¹.

Ademais, a rejeição dos presentes (2ºs) Segundos Embargos Declaratórios, além de **manter a CONTRADIÇÃO com a decisão tomada pelo próprio Pleno do Tribunal em relação ao acusado Carlos Alberto Quaglia**, violaria as garantias constitucionais do *juiz natural* (artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, CF) e o princípio do *duplo grau de jurisdição* (artigo 5º, §§2º e 3º, CF, combinado com o artigo 8º, n. 2, alínea "h", da Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica - Decreto nº 678/1992), tal como observado no judicioso voto do Ministro Ricardo Lewandowski, já mencionado, *in verbis*:

“Ressalto, inicialmente, que não há falar, no caso, em preclusão do tema, porquanto, em se tratando de matéria de ordem pública, qual seja, a competência de um órgão judicante, é consenso entre os juristas que ela pode ser argüida, analisada ou reexaminada a qualquer tempo. Isso porque a decisão proferida por um órgão incompetente acarreta nulidade absoluta. A possibilidade de reapreciação do tema se abre, em especial, quando ventilado sob um ângulo ainda não apreciado anteriormente, como é hipótese que ora se apresenta.

Observo que, em abono dessa tese, o Código de Processo Penal, em seu art. 109, estabelece que, “se **em qualquer fase do processo** o juiz reconhecer motivo que o torne incompetente, declará-lo-á nos autos, haja ou não alegação da parte (grifei)”.

O alcance desse dispositivo é explicado por Guilherme de Souza Nucci da seguinte maneira:

“(...) trata-se de possibilidade aberta pela lei ao juiz, que é o primeiro a julgar sua própria incompetência. Por isso, se durante o processo **alguma nova questão** lhe permitir avaliar sua incompetência para julgar a causa, deve reconhecer a situação,

¹ (Voto do Ministro MARCO AURÉLIO, no julgamento do Terceiro Agravo Regimental, em 12/08/2010, fls. 39.831 – vol. 185)

enviando os autos ao juízo cabível” (grifei) [NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 290].

Como se vê, o Texto Magno conferiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar originariamente, em *numerus clausus*, determinados agentes públicos, caso sejam eles acusados da prática de infrações penais comuns ou de crimes de responsabilidade.

Cuida-se da chamada “competência por prerrogativa de função”, ou seja, de uma jurisdição especial, exercida *ratione personae*, a qual, muito embora criticada por alguns, não objetiva beneficiar ou privilegiar certas pessoas colocando-as acima dos cidadãos comuns. Ao revés, essa previsão constitucional visa a permitir que determinados cargos e funções públicas de maior relevo na estrutura do Estado possam ser exercidos com a necessária independência”.

(...)

“O Supremo Tribunal Federal, levando em conta o estatuído no art. 80 do CPP em inquéritos e ações penais que nele tramitam, tem, de uns tempos para cá, sistematicamente, determinado o seu desmembramento pelos mais variados motivos...”

(...)

“Insisto, pois, que o desmembramento de inquéritos e de ações penais tornou-se prática corriqueira nesta Corte, sendo as respectivas decisões, inclusive, cada vez mais levadas a efeito monocraticamente pelos seus integrantes”.

(...)

“Constata-se, pois, que esta Suprema Corte, na grande maioria das vezes em que foi chamada a pronunciar-se sobre o tema, tem autorizado o desmembramento, sendo essa prática, hoje, repito, aplicada rotineiramente e de forma monocrática. Tais decisões, ademais, vêm sendo sistematicamente confirmadas pelo Plenário, nos raros agravos regimentais contra elas manejados”.

(...)

“Já por ocasião do julgamento da citada Segunda Questão de Ordem no Inq 2.245/MG, assim me manifestei:

“(...) a prerrogativa de foro constitui, como sabemos, uma exceção ao princípio do juízo natural, e, como recomenda a boa hermenêutica, toda exceção deve ser interpretada restritivamente. Portanto, em outras palavras, entendo que só podemos admitir a prerrogativa de foro, (...) em situações absolutamente excepcionais, àqueles que a têm por força da Constituição”.

“Também o Relator desta ação penal, Min. Joaquim Barbosa, naquela ocasião, pronunciou-se em idêntico sentido, segundo se observa do seguinte trecho pinçado de sua manifestação:

*“(...) conforme os precedentes desta Corte, alguns deles proferidos em data bastante recente, **apenas devem permanecer em julgamento perante o Supremo Tribunal Federal os denunciados que gozam da prerrogativa de foro prevista no artigo 102, inciso I, alínea ‘b’, da Constituição Federal**” (grifei).*

“O Ministro Marco Aurélio também defendeu a idéia de que somente aqueles que detivessem prerrogativa de foro deveriam ser julgados pelo Supremo, conforme destaque do voto de Sua Excelência:

“(...) Adoto, hoje, uma posição que sustentarei de forma linear quanto ao desdobramento dos processos. Entendo que a competência do Supremo é, no campo penal, estrita, conforme previsto na Constituição Federal. E somente aqueles mencionados na Carta da República devem ser julgados, no campo penal, pelo Supremo”.

(...)

“Dessa forma, como já ressaltai, o afastamento do juiz natural determinado constitucionalmente só se mostra possível nas hipóteses em que a própria Constituição estabelece tal exceção. É que as regras de competência, em um Estado democrático, são estabelecidas previamente aos fatos e sempre de forma geral e abstrata para evitar interferências autoritárias nos julgamentos ou o direcionamento de determinados processos a certos magistrados.

Outro aspecto de extrema importância a ser observado é que o julgamento de pessoas que não possuem prerrogativa de foro no Supremo Tribunal Federal, além de vulnerar o princípio do juiz natural - na medida em que impede que o magistrado constitucionalmente escolhido aprecie a causa -, viola também o princípio do duplo grau de jurisdição”.

(...)

“O axioma do duplo grau de jurisdição encontra também arrimo na Convenção Americana de Direitos Humanos, o denominado de “Pacto de São José da Costa Rica”, importante instrumento garantidor dos direitos fundamentais da pessoa, internalizado no País pelo Decreto 678/1992, o qual, em seu art. 8º, 2, h, estabelece:

“Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(...)

*h) **direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior**” (grifei).*

“Ademais, como se sabe, a nossa Constituição preconiza, em seu art. 5º, § 2º, que os direitos e garantias nela expressos *“não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”*.

(...)

“Desse modo, não vejo como seja possível admitir-se que a interpretação de normas infraconstitucionais, notadamente daquelas que integram Código de Processo Penal - instrumento cuja finalidade última é proteger o *jus libertatis* do acusado diante do *jus puniendi* estatal -, derroque a competência constitucional estrita fixada pela Carta Magna aos diversos órgãos judicantes e, mais, permita malferir o princípio do duplo grau de jurisdição, nela abrigado e mais uma vez acolhido, de livre e espontânea vontade, pelo Brasil, após a promulgação daquela, quando aderiu sem reservas ao Pacto de San José da Costa Rica.

(...)

“Preocupa-me, por fim, o fato de que, se este Supremo Tribunal persistir no julgamento único e final de réus sem prerrogativa de foro, ele estará, segundo penso,

negando vigência ao mencionado art. 8º, 2, h, do Pacto de São José da Costa Rica, que lhes garante, sem qualquer restrição, o direito de recorrer, no caso de eventual condenação, a uma instância superior, insistência essa que poderá ensejar eventual reclamação perante a Comissão ou a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

“Diante de todo o exposto, resolvo a questão de ordem para assentar que o desmembramento deste feito se mostra de rigor com relação aos réus sem prerrogativa de foro, devendo permanecer sob a jurisdição do Supremo Tribunal Federal apenas aqueles que detêm tal *status* processual por força da própria Constituição, quando mais não seja por uma questão de isonomia de tratamento em face dos acusados referidos no mencionado Inq 2.280/MG, os quais se encontram em idêntica situação daqueles outros”.²

2.6 – Isto posto, o 5º denunciado MARCOS VALÉRIO FERNANDES DE SOUZA, ora Embargante, pede e espera sejam conhecidos e acolhidos os presentes **(2ºs) Segundos Embargos Declaratórios**, para afastar a CONTRADIÇÃO apontada, **atribuindo-lhes efeitos infringentes ou modificativos**, para determinar o desmembramento do processo e a separação do julgamento em relação ao acusado Marcos Valério que não tem foro por prerrogativa de função, **tal como decidido em relação ao acusado Carlos Alberto Quaglia**, anulando-se, em consequência, o julgamento anterior em relação ao mesmo acusado.

(3ºs) TERCEIROS EMBARGOS DECLARATÓRIOS: OMISSÃO e OBSCURIDADE do acórdão embargado quanto à “absolvição” ou “condenação”, esta com quatro votos divergentes vencidos, quanto ao crime de lavagem de dinheiro, pelo inciso VII, do artigo 1º da Lei 9.613/98. CONTRADIÇÃO entre a ata, o dispositivo e o texto do acórdão embargado.

3.1 – A denúncia imputou ao Embargante MARCOS VALÉRIO a prática do crime de lavagem de dinheiro, com suporte no artigo 1º, incisos V, VI e VII, da Lei 9.613/98, no ITEM IV da inicial. A denúncia foi recebida nestes termos.

² Do acórdão embargado, fls. 51.673/51.707.

O **inciso VII** se refere a *“crime praticado por organização criminosa”*. Para sustentar esta parte da acusação, em suas alegações finais, o Procurador Geral da República (item 544, fls. 45.370) reconhece *“o fato de não existir no ordenamento pátrio um tipo penal autônomo de organização criminosa, mediante a descrição da conduta e da pena cominada”*, embora diga que isto é *“irrelevante”*, apesar de vigorar no Brasil o princípio da reserva legal, como garantia fundamental em cláusula pétrea da Constituição: artigo 5º, inciso XXXIX, reproduzido no artigo 1º, do Código Penal.

3.2 – Durante o julgamento da AP 470, na votação do ITEM IV, segundo consta da ata e do acórdão embargado, na sessão de **13.09.2012**, os Senhores Ministros RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR), ROSA WEBER, CELSO DE MELO e GILMAR MENDES fizeram uma *“ressalva”*, no sentido de que condenavam por lavagem de dinheiro, **menos no que se refere ao inciso VII** do art. 1º da Lei 9.613/98 (acórdão embargado, fls. 55.089).

Entretanto, no dispositivo do acórdão embargado (que começa às fls. 51.637), quanto à condenação de MARCOS VALÉRIO, no que se refere ao ITEM IV da denúncia, consta o seguinte:

por unanimidade, **condená-lo** pelo delito de **lavagem de dinheiro** (art. 1º, incisos V e VI, da Lei nº 9.613/1998), item IV da denúncia, nos termos do voto do Ministro Joaquim Barbosa (Relator); em face do empate, fixar, nos termos do voto do Ministro Ricardo Lewandowski (Revisor), a pena de reclusão em **6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias**; e, por maioria, fixar a pena de multa em **93 (noventa e três) dias-multa**, no valor de **15 (quinze) salários mínimos** cada, nos termos do voto do Revisor (fls. 51.639)

Se o dispositivo do acórdão estiver certo, então, o mesmo acórdão é OMISSO quanto a ABSOLVIÇÃO do Embargante MARCOS VALÉRIO, no que toca a imputação da lavagem de dinheiro, quanto ao **inciso VII**, que ali não está mencionado. Se não houve, ainda que parcialmente, ABSOLVIÇÃO, a decisão está em CONTRADIÇÃO com a ata de julgamento, que integra o acórdão, quando afirma que 4 (QUATRO) MINISTROS votaram com a ressalva, o que significa que a decisão, então, não é, como consta do dispositivo, *“unânime”*.

Veja-se, ainda, que no voto do Ministro Relator, quanto ao ITEM IV da denúncia, constou, expressamente, que a condenação era pelo artigo 1º, incisos V, VI e VII, da Lei 9.613:

“(1) **condenação** de MARCOS VALÉRIO FERNANDES DE SOUZA, RAMON HOLLERBACH CARDOSO, CRISTIANO DE MELLO PAZ, ROGÉRIO LANZA TOLENTINO, SIMONE REIS LOBO DE VASCONCELOS, GEIZA DIAS DOS SANTOS, KÁTIA RABELLO, JOSÉ ROBERTO SALGADO e VINÍCIUS SAMARANE, pelo crime descrito no art. 1º, V, VI e VII, da Lei 9.613/1998 (na redação anterior à Lei 12.683/2012), praticado 46 vezes em continuidade delitiva;” (grifos e negritos nossos, acórdão embargado, fls. 54.640)

3.3 – Quem acompanhou o julgamento – apesar do acórdão embargado estar muito diferente do que ocorreu no julgamento – sabe que houve debates, durante a votação do ITEM IV da denúncia, com invocação de um precedente relatado pelo Ministro MARCO AURÉLIO, na Primeira Turma do STF: Habeas Corpus nº 96.007, de São Paulo, impetrado em favor de *“Bispo Estevan Hernandes Filho e sua mulher Sônia Hernandes”*, julgado em 12/06/2012. Neste julgado foi concedida a ordem para trancar a ação penal, na qual se imputava aos pacientes, exatamente, a violação do inciso VII, do artigo 1º, da Lei 9.613/98.

Afinal, não se sabe – e isso caracteriza a OBSCURIDADE – se o Embargante foi *“absolvido”* ou *“condenado”*, quanto ao mencionado inciso VII, e, em caso de condenação, se esta foi à unanimidade ou por maioria.

Esta questão precisa ser esclarecida através destes **(3ºs) Terceiros Embargos Declaratórios**, pois influi diretamente sobre o direito do acusado a eventuais Embargos Infringentes, já que quatro Ministros, expressamente, como consta da ata de julgamento (parte integrante do acórdão, fls. 55.089), não condenaram o Embargante pelo referido dispositivo da Lei 9.613/98.

Mas, se houve decisão unânime no sentido de afastar a incidência do inciso VII, do artigo 1º da Lei 9.613/98, que fora objeto do recebimento da denúncia, é preciso que o acórdão seja declarado para afirmar que houve, no ponto, ABSOLVIÇÃO.

3.4 – Isto posto, o 5º denunciado MARCOS VALÉRIO FERNANDES DE SOUZA, ora Embargante, pede e espera sejam conhecidos e acolhidos os presentes **(3ºs) Terceiros Embargos Declaratórios**, para afastar a OMISSÃO, a CONTRADIÇÃO e a OBSCURIDADE apontadas, **atribuindo-lhes efeitos infringentes ou modificativos**, para afirmar a ABSOLVIÇÃO do Embargante, quanto à imputação de lavagem de dinheiro, pelo mencionado inciso VII, ou, subsidiariamente, que seja expressamente consignada a existência de quatro votos divergentes, que são pela absolvição, quanto à imputação do inciso VII, do artigo 1º, da Lei 9.613/98.

4ºs QUARTOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS: Condenação por peculato, pelo suposto desvio de cerca de R\$73 milhões de reais (ITEM III.3 da denúncia), com manifesta OMISSÃO no exame e consideração dos documentos juntados nos Apensos 319 a 427 dos autos (Pastas 01/55), que fazem prova plena da efetiva prestação dos serviços de publicidade e propaganda para a VISANET pela DNA Propaganda Ltda.

4.1 – A acusação de peculato, constante do ITEM III.3 da denúncia, acolhida no voto condutor do Ministro Relator, diz respeito ao suposto desvio de R\$73.851.356,18, que foram recebidos pela DNA Propaganda Ltda., por quatro transferências do Fundo de Incentivo VISANET.

4.2 – Para fundamentar o voto condenatório, o Senhor Ministro Relator afirmou que *“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**”* (acórdão embargado, fls. 52.359). Disse, mais o Ministro Relator, que as transferências de recursos da VISANET para a DNA Propaganda Ltda. ocorreram sem contrapartida de *“prestação de serviços”* (fls.52.368).

4.3 – Neste ponto, fundamental para formar o convencimento do colegiado sobre a condenação por peculato (ITEM III.3 da denúncia), o acórdão embargado é evidentemente OMISSO no exame de farta documentação, originária de Auditoria Interna realizada pelo Banco do Brasil, que foi juntada aos autos a pedido da Procuradoria Geral da República, composta de Pastas de nº 01 a nº 55, que compõem os Apensos nº 319 a nº 427 desta AP 470, onde está demonstrado que a DNA Propaganda Ltda. prestou serviços de publicidade e propaganda para incentivo do uso dos cartões OUROCARD VISA do Banco do Brasil com aquela verba publicitária recebida.

Esta grave OMISSÃO do acórdão embargado foi detectada, com segurança, pelo renomado e conhecido Jornalista Raimundo Rodrigues Pereira, Diretor Editorial da revista “*Retrato do BRASIL*”, em sua edição nº 65, de dezembro de 2012, que teve a atenção e o cuidado de examinar aqueles Apensos desta AP 470, tendo identificado os comprovantes das ações de marketing desenvolvidas pela DNA Propaganda, nos anos de 2003 e 2004, que estão assim resumidas na Edição Especial, abril/maio, 2013, da Revista Retrato do BRASIL:

1. 26,3 milhões de reais em mídia de aeroportos, shoppings e exterior urbano;
2. 19,9 milhões em marketing cultural;
3. 18,8 milhões em marketing de venda dos cartões via televisão, jornais e revista;
4. 7,4 milhões de reais em campanhas de marketing esportivo;
5. 1,5 milhão para promoção de eventos de categorias profissionais de classe média alta;
6. 1,5 milhão para a contratação de serviços técnicos e de consultoria para estudos das promoções;
7. 730 mil reais para outras promoções.

De fato, esta relevante OMISSÃO do acórdão embargado, que deixou de considerar as **cinquenta e cinco pastas de documentos** originários de Auditoria Interna do BB (Apensos 319 a 427 dos autos), levou o Tribunal a erro, pois ali existe prova da prestação de serviços que torna impossível, materialmente, o suposto desvio das verbas transferidas.

A título de exemplo da mencionada OMISSÃO, cite-se o documento de fls. 5496, da *Planilha de Controle do Fundo VISANET*, que integra o Apenso 340,

onde está provado que houve pagamento de mídia (televisão, rádio, jornal, revista, mídia alternativa e outros meios de comunicação) da ordem de R\$105.966.506,72.

Nestes apensos (nº 319 a 427 destes autos) há centenas de comprovantes de pagamentos aos mais importantes veículos de mídia do Brasil, como emissoras de televisão e rádio, grandes jornais e revistas de circulação nacional, nos anos de 2003 e 2004 como se pode conferir no Apenso 400.

4.4 – Isto posto, o 5º denunciado MARCOS VALÉRIO FERNANDES DE SOUZA, ora Embargante, pede e espera sejam conhecidos e acolhidos os presentes **(4ºs) Quartos Embargos Declaratórios**, para afastar a OMISSÃO apontada, **atribuindo-lhes efeitos infringentes ou modificativos**, para a ABSOLVIÇÃO do Embargante quanto à imputação de peculato, mencionada no ITEM III.3 da denúncia, pois há nos autos (Apensos 319 a 427 – Pastas 01/55) robusta comprovação de que não houve o desvio de R\$73,8 milhões de reais, tendo ocorrido a efetiva prestação de serviços pela DNA Propaganda Ltda, o que não poderia ter sido omitido para análise do colegiado.

(5ºs) QUINTOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS: Manifesta CONTRADIÇÃO do acórdão embargado que condenou o Embargante por evasão de divisas e absolveu os beneficiários das remessas Duda Mendonça e Zilmar Fernandes.

5.1 – No julgamento do ITEM VIII da denúncia, o acórdão embargado, em razão de divergência de votos entre os Senhores Ministros, acabou por gerar uma inequívoca CONTRADIÇÃO, pois o Tribunal condenou o Embargante MARCOS VALÉRIO, por prática de evasão de divisas, ao fundamento de que teria remetido ao exterior recursos para pagar os publicitários DUDA MENDONÇA e ZILMAR FERNANDES e, paralelamente, o Tribunal absolveu estes da mesma acusação de evasão de divisas e ainda de lavagem de dinheiro.

Sobre esta acusação, aliás, o próprio Procurador Geral da República, em suas alegações finais, reconheceu a fragilidade da acusação de evasão de divisas contra o chamado “núcleo publicitário”, de que faz parte o Embargante MARCOS VALÉRIO, ao pedir a mudança na classificação (*emendatio libelli*) para crime de lavagem de dinheiro, já que reconheceu não ter havido mesmo evasão de divisas (fls. 45.470 – vol. 214).

5.2 – Nas sessões de julgamento de 15.10.2012 e 17.10.2012, o Pleno do STF decidiu pela condenação do Embargante por evasão de divisas (artigo 22, parágrafo único, da Lei 7.492/86) pela realização de cinquenta e três operações de remessa de recursos ao exterior e, CONTRADITÓRIAMENTE, por maioria de votos, absolveu os beneficiários da remessas DUDA MENDONÇA e ZILMAR FERNANDES, do delito de evasão de divisas, vencidos os Ministros Joaquim Barbosa (Relator), Marco Aurélio e Gilmar Mendes, bem como absolveu os mesmos DUDA e ZILMAR da acusação de cinquenta e três operações de lavagem de dinheiro, vencidos os Ministros Joaquim Barbosa (Relator), Luiz Fux e Gilmar Mendes (acórdão embargado, fls. 57.313/57.314 e fls. 57.466).

Registre-se que os votos vencidos dos Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes resultaram de reajustamento de votos, por evidente preocupação dos mesmos com a coerência no julgamento, que, no caso concreto, não houve, restando patente a CONTRADIÇÃO, quanto a este ITEM VIII da denúncia entre as condenações e as absolvições.

Chega a ser paradoxal que os beneficiários, que receberam confessadamente os recursos na conta DUSSELDORF no exterior sejam absolvidos, quer da acusação de evasão de divisas, quer da acusação de lavagem de dinheiro e os denunciados pelas mesmas remessas sejam os únicos condenados, dentre eles o Embargante MARCOS VALÉRIO. Nada mais CONTRADITÓRIO, data máxima vênua.

5.3 – Isto posto, o 5º denunciado MARCOS VALÉRIO FERNANDES DE SOUZA, ora Embargante, pede e espera sejam conhecidos e acolhidos os presentes **(5ºs) Quintos Embargos Declaratórios**, para afastar a CONTRADIÇÃO apontada, **atribuindo-lhes efeitos infringentes ou modificativos**, para a ABSOLVIÇÃO do Embargante, quanto à imputação de evasão de divisas, mencionada no ITEM VIII da denúncia, pois, se o Tribunal absolveu os beneficiários das remessas, não tem sentido lógico condenar os remetentes.

(6ºs) SEXTOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS: OMISSÃO quanto à apreciação pelo Pleno do STF do pedido de reconhecimento da causa especial de diminuição da pena, por “*colaboração*”. **CONTRADIÇÃO** no tratamento dado à colaboração dos diferentes **corréus**.

6.1 – Por ocasião do oferecimento das suas **alegações finais** escritas, a defesa do Embargante Marcos Valério formulou expresso pedido para o reconhecimento da sua condição de *réu colaborador* e, em consequência, pleiteou fosse aplicada a causa especial de redução da pena, prevista nos artigos 13 e 14 da Lei nº 9.807/1999.

6.2 – No item 48 das alegações finais escritas, expressamente, consta o seguinte pedido:

“48 – É relevante considerar, também, na injusta e absurda hipótese de condenação, por quaisquer das infrações penais imputadas na denúncia, que o 5º denunciado, Marcos Valério Fernandes de Souza, desde o início das apurações dos fatos, teve decisiva atuação como “*réu colaborador*”, o que ficou evidente quando compareceu perante a Procuradoria Geral da República, prestou espontâneas e sucessivas **declarações** narrando os fatos [em 14 de julho de 2005 (fls. 355/360 – vol. 002) e em 02 de agosto de 2005 (Apenso 045, fls. 07/15)] e forneceu a **lista** de todas as pessoas que receberam recursos financeiros, indicadas pelo PT, por intermédio de Delúbio Soares (Apenso 045, fls. 22/25), sendo que entre os quarenta denunciados, não há um só **beneficiário** que ali não constasse, sendo de se registrar, ainda, que a Polícia Federal e o MPF, quer na fase do inquérito, quer no curso da ação penal, não apontaram nenhum beneficiário que não estivesse naquela lista,

que foi, inclusive, acompanhada de **comprovantes bancários e recibos** (fls. 64/189 - Apenso 045).

Prestadas as declarações e fornecida a lista por MARCOS VALÉRIO na Procuradoria Geral da República, em 02 de agosto de 2005 (Apenso 045), o PGR no mesmo dia 02 de agosto de 2005 disparou dois ofícios dirigidos aos bancos citados requisitando informações e documentos bancários.

A partir da documentação encaminhada pelos bancos, obtida a partir das declarações espontâneas e dos dados fornecidos por Marcos Valério, o PGR fez os requerimentos de medidas cautelares de bloqueio de bens, hipoteca e arresto, na Ação Cautelar nº 1011-1-MG, distribuída por dependência ao Inquérito nº 2245, onde, com base naquelas declarações e naquela lista, se ofereceu a denúncia.

Desta sorte, o 5º denunciado faz jus aos benefícios previstos na Lei nº 9.807/1999 (artigos 13 e 14)".³

6.3 – Durante o desenvolvimento do julgamento, o defensor do acusado Marcos Valério Fernandes de Souza, para chamar a atenção dos Senhores Ministros, para este pedido, encaminhou aos mesmos um Memorial, em 22/10/2012, no qual, expressamente, assim se manifestou:

“V – Conduta de réu colaborador. Direito a redução de pena.

5 – É relevante considerar, também, na dosimetria das penas, por quaisquer das infrações penais objeto das condenações, que o 5º denunciado, MARCOS VALÉRIO, desde o início das apurações dos fatos, teve decisiva atuação como **“réu colaborador”**, o que ficou evidente quando compareceu perante a Procuradoria Geral da República, prestou espontâneas e sucessivas **declarações** narrando os fatos [em 14 de julho de 2005 (fls. 355/360 – vol. 002) e em 02 de agosto de 2005 (Apenso 045, fls. 07/15)] e forneceu a **LISTA** de todas as pessoas que receberam recursos financeiros, indicadas pelo PT, por intermédio de Delúbio Soares (Apenso 045, fls. 22/25), sendo que entre os quarenta denunciados, não há um só **beneficiário** que ali não constasse, sendo de se registrar, ainda, que a Polícia Federal e o MPF, quer na fase do inquérito, quer no curso da ação penal, não apontaram nenhum beneficiário que não estivesse naquela lista, que foi, inclusive, acompanhada de documentos apresentados pelo acusado MARCOS VALÉRIO, a saber, comprovantes bancários e **recibos** (fls. 64/189 - Apenso 045).

Prestadas as declarações, fornecida a **LISTA** e entregues os documentos por MARCOS VALÉRIO na Procuradoria Geral da República, em 02 de agosto de 2005 (Apenso 045), o PGR no mesmo dia 02 de agosto de 2005 disparou dois ofícios dirigidos aos bancos citados requisitando informações e documentos bancários.

A partir da documentação encaminhada pelos bancos, obtida a partir das declarações espontâneas e dos dados fornecidos por Marcos Valério, o PGR ofereceu a denúncia.

³ Vol. 221, fls. 47.110/47.111.

Desta sorte, o 5º denunciado MARCOS VALÉRIO faz jus aos benefícios previstos na Lei nº 9.807/1999:

*Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade **ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:***

*I - **a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;***

II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

*Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá **pena reduzida de um a dois terços**”(Do Memorial apresentado em 22/10/2012)*

6.4 – Como alguns Ministros, durante o julgamento da AP 470, inclusive o Senhor Ministro Relator, fizeram referências a matérias publicadas na imprensa nacional e/ou internacional (Acórdão Embargado, fls. 58.396), o defensor infra-assinado do acusado Marcos Valério publicou **artigo** de sua autoria, no jornal Folha de São Paulo, em sua edição de 06/11/2012, no qual constou, expressamente, o seguinte:

“(...) o Supremo não apreciou, também, no cálculo de penas, o pedido formulado por Marcos Valério desde as alegações finais, escritas em setembro do ano passado, no sentido de se reconhecer sua condição de réu colaborador. Ele forneceu, voluntariamente, em julho de 2005, a lista com nomes e valores de todos os beneficiários dos repasses feitos a pedido do Partido dos Trabalhadores para integrantes da base aliada e fornecedores da campanha eleitoral de 2002, acompanhada dos respectivos documentos e recibos. Na mesma época, forneceu também as informações e dados sobre os empréstimos bancários.

Tudo isso possibilitou as investigações da Polícia Federal e viabilizou a denúncia do procurador-geral, que, apesar do exagero dos 40 acusados, não foi além dos nomes e dados fornecidos naquela atitude de colaboração com a Justiça, o que assegura direito à redução de pena”.⁴

6.5 – Entretanto, o Senhor Ministro Relator **não submeteu ao plenário** o pedido, restando uma grave OMISSÃO no acórdão embargado, pois o Pleno do STF não apreciou o pedido expresso formulado, tempestivamente, pela defesa e aplicável ao caso concreto.

⁴ Folha de São Paulo, coluna Opinião (Tendências/Debates), 06 de novembro de 2012, pág. 3.

O Ministro Relator havia preparado seu voto, quanto à “*dosimetria das penas*”, em relação a cada um dos réus, tratando de todos os crimes objeto de condenação pelo Pleno e com suas conclusões, inclusive cálculo da soma final de penas e demais comandos, como por exemplo, regime prisional inicial, como se pode verificar às fls. 57.927 até fls. 57.962.

Entretanto, o Pleno decidiu, a partir da sessão de 23/10/2012, que a votação seria individualizada por réu e em relação a cada um dos crimes objeto de condenação, fazendo-se tantas rodadas de votação de todos os Ministros quantas foram necessárias.

Por isso, o Relator não submeteu ao Pleno a sua proposta de decisão quanto ao pedido de reconhecimento da “*colaboração*” para fins de redução da pena (fls. 57.959) e não fez o cálculo da pena final e definitivamente imposta (totalização), que restou sem ser anunciada e não constou, expressamente, do dispositivo do acórdão embargado (fls. 51.637/51.658).

As votações sobre a dosimetria da pena, em relação ao Embargante MARCOS VALÉRIO, estão registradas no acórdão embargado de fls. 58.267 até fls. 58.476. A certa altura dos debates, o Ministro Relator fez o seguinte resumo:

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Eu encerro, Senhor Presidente, fazendo **um pequeno balanço da situação de Marcos Valério**, que foi, evidentemente, alterada em razão das penas aplicadas em um ou dois itens, dos quais eu não me lembro mais.

Marcos Valério foi condenado pelos seguintes crimes: quadrilha, com 2 anos e 11 meses -Vossa Excelência talvez possa me ajudar, porque eu não tenho esses dados, ficou em 2 anos e 11 meses; peculato, com pena de 4 anos e 8 meses mais 210 dias-multa; corrupção ativa, com pena de 4 anos e 1 mês de reclusão mais 180 dias-multa; lavagem de dinheiro, com pena de... É aqui que vem a alteração mais substancial, porque, no meu voto, eram 11 anos e 8 meses e, se não estou enganado, ficou em 6 anos e alguma coisa. Alguém se lembra? Prevaleceu o voto do Revisor. Vossa Excelência tem esse dado, Ministro Lewandowski?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Eu estou fazendo aqui a conferência: 3 anos, 2 meses e 20 dias.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - 6 anos e 2 meses. Eu havia...

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Mas aqui foi lavagem, essa não é?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - É lavagem. Eu estou me referindo à lavagem, quanto à lavagem; a minha pena era de 11 anos e 8 meses, mas prevaleceu a pena proposta pelo Revisor de 6 anos, 2 meses e 20 dias. Com relação à evasão de divisas, pena de 5 anos e 10 meses, 8 meses. É esta a última, não é?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) – Exato.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Esse último item.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - **E amanhã faremos essa totalização.**

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Eu acrescento que o regime inicial será o de cumprimento da pena privativa de liberdade com regime fechado, nos termos do artigo 33, caput, § 2º, "a", e § 3º, combinado com o artigo 59, caput, inciso III, do Código Penal.

É incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, em razão de o limite ter sido, em muito, excedido. Também é incabível a suspensão condicional da pena.

E, com relação ao tópico suscitado pelo Ministro Celso, agora que eu trago a minha fundamentação. Eu peço vênica a Vossa Excelência e deixo de fixar esse valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, que hoje consta do artigo 387, inciso IV, na redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008, combinado com o artigo 63, parágrafo único, tendo em vista a inexistência de pedido formal nesse sentido, seja pelas pessoas que suportaram o prejuízo, seja pelo Ministério Público, que somente apresentou tal pleito nas alegações finais, o que impossibilitou o exercício do contraditório e da ampla defesa, especificamente, sobre este tópico, sobre a fixação desse montante mínimo de indenização. (fls. 58.434/58.437 – grifos nossos)

Como se vê, não se leu o voto no tópico sobre a “*colaboração*” e nem se submeteu a questão da causa especial de diminuição de pena ao Pleno do STF, ficando, assim OMISSO o acórdão, quanto à apreciação deste pedido da defesa, bem como acabou não havendo a **totalização** adiada pelo Presidente. Para conferir podem-se verificar, também, os vídeos das sessões, a partir de 24/10/2012 até 17/12/2012, divulgados pelo STF no *YouTube*.

Aliás, neste resumo ou “*pequeno balanço da situação de Marcos Valério*” não constou a referência à condenação por corrupção ativa (compra de apoio de parlamentares – ITEM VI.1 a VI.4 da denúncia), que no dispositivo do acórdão embargado é de 7 anos e 11 meses (+ 225 dias-multa a 10 S.M.) [fls. 51.640].

6.6 – Registre-se que nesta Ação Penal nº 470 o Supremo Tribunal Federal homologou acordo de delação premiada feita com os acusados LÚCIO

BOLONHA FUNARO e JOSÉ CARLOS BATISTA (“laranja” do primeiro), responsáveis pela empresa GUARANHUNS, que o acusado MARCOS VALÉRIO apontou como encarregada de repasse de recursos ao acusado VALDEMAR COSTA NETO do Partido Liberal (PL). Lúcio Bolonha Funaro e José Carlos Batista deixaram de ser denunciados perante o STF, foram ouvidos como testemunhas nestes autos, sendo processados perante a 2ª Vara Federal de São Paulo, onde, acolhendo-se pedido do MPF, o Juiz Federal Márcio Catapani concedeu-lhes o **perdão judicial** ao fundamento de houve *colaboração*, nos termos da Lei 9.807/99.⁵

O acusado Marcos Valério Fernandes de Souza foi quem apontou, na **LISTA** que apresentou, a empresa GUARANHUNS como repassadora dos recursos para o acusado Valdemar Costa Neto e quem, em depoimento, apontou Lúcio Bolonha Funaro e José Carlos Batista como responsáveis por esta empresa. Além disso, o acusado Marcos Valério Fernandes de Souza entregou todos os comprovantes dos depósitos bancários feitos para a Guaranhuns e respectivos cheques nominais a esta empresa (fls. 126/177 - Apenso 045).

Tudo isso revela, além da OMISSÃO do acórdão – pois o Plenário do STF não decidiu sobre o pedido de reconhecimento da causa especial de diminuição da pena (réu colaborador) – a manifesta CONTRADIÇÃO no tratamento dos diferentes acusados.

O mesmo se diga quanto ao reconhecimento, sem pedido expresso, da causa especial de redução da pena pela *colaboração*, aplicada pelo acórdão embargado em favor do acusado ROBERTO JEFFERSON. Consta do julgado o seguinte trecho que revela CONTRADIÇÃO diante da não aplicação do mesmo benefício ao acusado MARCOS VALÉRIO:

“Diversas leis, no Brasil, contemplam o instituto da delação premiada, com variados requisitos e conseqüências jurídicas. Importa, aqui, a análise da Lei nº 9.807/99, conhecida como “Lei de Proteção a Testemunhas”, que trata da matéria em dois artigos distintos, cujo teor passo a transcrever:

⁵ Folha de São Paulo, Caderno A, Poder, pág. 8, edição de 08/04/2013 e pág. 6, edição de 11/04/2013.

Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;

II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

“Já tive a oportunidade de reconhecer a incidência da delação premiada prevista no art. 14 da Lei nº 9.807/99 no bojo do julgamento do AI nº 820.480-AgR (Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 03/04/2012) e entendo que o caso ora apreciado reúne todos os pressupostos necessários para a concessão do referido benefício legal.

“O réu Roberto Jefferson, desde a divulgação do chamado “escândalo dos Correios” na imprensa, sempre demonstrou inabalável disposição de relatar todos os delitos subjacentes ao pagamento de propina feito a funcionário da EBCT, conforme flagrado em gravação de vídeo. Não fosse a indispensável colaboração do denunciado Roberto Jefferson para a persecução penal, de forma absolutamente voluntária, os demais crimes e seus coautores jamais seriam descobertos pelas autoridades de controle.

As informações declinadas pelo aludido acusado foram essenciais para a própria existência do presente julgamento, e, por isso, é de rigor agraciá-lo com o benefício legal da redução de pena, conforme disposto no art. 14 da Lei nº 9.807/99.

Entendo que não há embaraços, na hipótese sub judice, ao reconhecimento da delação premiada, nem mesmo a gravidade dos delitos cometidos”.⁶

Integra o acórdão embargado a seguinte passagem do voto do Ministro LUIZ FUX que também revela a OMISSÃO e a CONTRADIÇÃO apontadas nestes (6ºs) Sextos Embargos Declaratórios:

2.11.2. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que: “*A partir do momento em que o Direito admite a figura da delação premiada (art. 14 da Lei 9.807/99) como causa de diminuição de pena e como forma de buscar a eficácia do processo criminal, reconhece que o delator assume uma postura sobremodo incomum: afastar-se do próprio instinto de conservação ou autoacobertamento, tanto individual quanto familiar, sujeito que fica a retaliações de toda ordem. Daí porque, ao negar ao delator o exame do grau da relevância de sua colaboração ou mesmo criar outros injustificados embaraços para lhe sonegar a*

⁶ Acórdão Embargado, fls. 55.729/55.730.

sanção premial da causa de diminuição da pena, o Estado-juiz assume perante ele conduta desleal” (HC nº 99.736, Rel. Min. Ayres Britto, Primeira Turma, julgado em 27/04/2010).⁷

O Ministro Relator, em seu voto para reconhecer a causa especial de diminuição de pena para Roberto Jefferson disse que ele havia apontado apenas a pessoa de Marcos Valério (fls. 58.151/3). Este fundamento aparece, também, no voto da Ministra Cármen Lúcia, que afirmou que Roberto Jefferson teria direito a redução do artigo 14 da Lei nº 9.807, porque “*teria identificado outros coautores*” (fls. 59.356).

Ora a CONTRADIÇÃO é manifesta, pois enquanto Roberto Jefferson se limitou, na entrevista a Folha de São Paulo, a indicar o nome de Marcos Valério, o ora Embargante entregou ao Ministério Público e à Polícia Federal uma lista com os nomes de TODOS os beneficiários de repasses e os respectivos valores. Os nomes que o Embargante indicou são os mesmos nomes que integraram a denúncia do Procurador Geral. **Basta reler a lista e comparar com a denúncia:** via entregue ao PGR, em 02/08/2005, fls. 22/25 do Apenso 45; via entregue à Polícia Federal, fls. 605/608, vol. 3.

6.7 – Isto posto, o 5º denunciado MARCOS VALÉRIO pede e espera sejam conhecidos e acolhidos os presentes **(6ºs) Sextos Embargos Declaratórios**, para afastar a OMISSÃO e CONTRADIÇÃO apontadas, **atribuindo-lhes efeitos infringentes ou modificativos**, para que o pedido de reconhecimento da causa especial de diminuição de pena seja apreciado pelo Pleno do STF e acolhido, ainda que contra o voto do Senhor Ministro Relator (que, como dito, foi incorporado ao acórdão, sem que tenha sido, neste ponto, submetido ao colegiado), procedendo-se à REDUÇÃO DA PENA EM DOIS TERÇOS (artigo 14 da Lei 9807/99).

(7ºs) SÉTIMOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS: CONTRADIÇÃO entre a fundamentação do voto condenatório condutor e a aplicação da agravante do artigo 62, inciso I, do CP.

⁷ Acórdão Embargado, fls. 57.542/57.543.

CONTRADIÇÃO entre a condenação por quadrilha com a agravante do artigo 62, I, do CP e a aplicação, em todas as demais condenações, da mesma agravante, o que importou num *bis in idem* com (oito) aumentos da pena pela mesma circunstância, cuja soma atingiu quatro anos e seis meses. **OMISSÃO** quanto ao julgamento do pedido da defesa formulado em questão de ordem.

7.1. – Durante o curso do julgamento, na sessão de 24.10.2012, o defensor infra-assinado do 5º denunciado MARCOS VALÉRIO ocupou a Tribuna e *“requereu que a agravante do art. 62, inciso I, do Código Penal, fosse considerada apenas à luz do tipo do art. 288 do Código Penal”* (ata final do julgamento, fls. 60.001):

“O SENHOR MARCELO LEONARDO (ADVOGADO) – Senhor Presidente, com o compromisso, deste advogado, da brevidade, da objetividade, da intervenção puramente técnica, eu peço a Vossa Excelência a palavra para três requerimentos em questão de ordem, objetivamente.

Primeiro, quanto à agravante do artigo 62, inciso I, do Código Penal - quem promove ou organiza o crime ou dirige a atividade dos demais denunciados -, esta agravante somente pode ter incidência uma única vez, quanto ao tipo da formação de bando ou quadrilha. Não tem sentido a mesma agravante ser aplicada em relação aos outros quatro tipos penais, objeto da condenação, pois o Tribunal entendeu que houve crime do artigo 288 e não concurso de agentes do artigo 29. A proposta de se elevar em um sexto, de forma linear e em cascata, para todas as infrações, pode elevar a pena por uma mera agravante genérica em mais de sete anos. Isso é mais do que um **bis in idem**; pode ser uma multiplicação por quatro ou por sete. Daí porque se requer seja a agravante considerada à luz apenas do tipo do artigo 288”. (acórdão embargado, fls. 58.352)

Em razão deste requerimento, durante o julgamento, o Senhor Ministro Marco Aurélio, assim se pronunciou:

“Vou refletir, Presidente, sobre o que suscitado da tribuna pelo proficiente advogado Marcelo Leonardo, a respeito de possível sobreposição, em termos de agravante – inciso I do artigo 62 do Código Penal –, no que essa mesma agravante já teria sido considerada no crime que desaguou nas demais práticas”. (fls.58.380).

“Por isso, Presidente, de início, quanto à pena-base e à agravante, sobre o que continuarei a refletir, e já estou fazendo pesquisa a respeito, ante as palavras do doutor Marcelo Leonardo, da tribuna – o que bem revela a importância da defesa

técnica dos profissionais da advocacia, para ter-se o implemento da almejada Justiça...” (fls. 58.405).

“Presidente, creio que devemos começar na nova fatia, com o voto do relator e do revisor, mesmo porque tenho refletido muito quanto ao que veiculado da tribuna pelo Advogado de Marcos Valério, Doutor Marcelo Leonardo. Ou seja, uma vez observada a agravante do artigo 62, inciso I, do Código Penal, a liderança do grupo, no tocante à quadrilha, a impossibilidade – sob pena de caminhar-se para o *bis in idem*, a duplicidade – de considerá-la quanto aos crimes que teriam sido praticados a partir da organização desse grupo”. (fls. 58.473/4).

7.2. – A seu turno, o Ministro Ricardo Lewandowski (Revisor) justificou a aplicação da agravante do artigo 62, inciso I, do CP, na fixação da pena em relação a condenações por outros crimes, porque ele havia votado pela absolvição em relação à quadrilha, tendo admitido, expressamente, a reapreciação da questão em sede de embargos declaratórios:

“O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Senhor Presidente, eu também peço a palavra para tornar explícito aos meus eminentes Pares que eu apliquei a majorante do artigo 62, I, porque eu não considerei existente a quadrilha. Se, ao final, a quadrilha prevalecer, eventualmente eu posso rever esse meu posicionamento, até em sede de embargos declaratórios, se for o caso” (fls. 58.356).

Ainda sobre o tema da aplicação do agravante, tanto na condenação pelo crime de quadrilha, quanto nas demais condenações, o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, após acusar o recebimento de memorial da defesa do denunciado Marcos Valério, afirmou o seguinte:

“Há também aquela outra questão importante, que diz respeito à agravante do artigo 62, I. Segundo alguns, há jurisprudência no sentido de que ela só é aplicável no concurso eventual de agentes e não no concurso necessário, característico dos crimes de quadrilha ou bando”. (fls. 58.616)

7.3 – No memorial referido pelo Ministro Revisor, a defesa do Embargante Marcos Valério sustentou haver CONTRADIÇÃO entre a fundamentação do voto condenatório condutor e a aplicação da agravante do artigo 62, inciso I, do CP.

Os votos proferidos nas diferentes “fatias” do julgamento pelo Ministro Relator evidenciam que os três sócios e diretores da SMP&B Comunicação Ltda. (Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach) agiam na empresa em conjunto e com a mesma responsabilidade penal, como disse **repetidas vezes** o Ministro Relator, eles administravam a empresa “**a três mãos**” (**acórdão embargado**: fls. 52.545; fls. 52.556; fls. 52.745; fls. 53.172; fls. 53.177; fls. 53.199; fls. 53.218; fls. 53.538; fls. 53.669; fls. 53.934; fls. 54.587; fls. 54.589; fls. 54.709; fls. 54.712; fls. 54.766; fls. 54.822; fls. 55.060; fls. 56.202; fls. 56.366; fls. 56.654; fls. 56.769; fls. 57.106; fls. 57.687 e fls. 57.693), sendo absolutamente CONTRADITÓRIA a afirmação de que MARCOS VALÉRIO exercia função de liderança no núcleo publicitário.

A **circunstância agravante** (art. 62, I, CP: *promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes*) **não foi descrita na denúncia e nem pedida pelo MPF nas alegações finais**, pois o Procurador Geral da República limitou-se a apontar o acusado JOSÉ DIRCEU como chefe da quadrilha ou organização criminosa.

Quanto ao núcleo publicitário, os três diretores da SMP&B sempre foram tratados no mesmo nível hierárquico pelo voto condenatório condutor do acórdão embargado, sendo CONTRADITÓRIO afirmar que Marcos Valério dirigia a atividade dos demais sócios.

Aliás, MARCOS VALÉRIO jamais dirigiu a atividade de CRISTIANO PAZ, que era fundador da SMP&B e seu “*Presidente*”, bem como jamais dirigiu a atividade de RAMON HOLLERBACH, que era sócio da empresa desde 1986 e seu diretor de operações. Duas pessoas que, por sua história na empresa e personalidades fortes, jamais seriam lideradas pelo outro sócio e diretor, o acusado Marcos Valério.

No caso relativo à acusação de corrupção ativa envolvendo Henrique Pizzolato, diretor do Banco do Brasil, segundo afirmou o voto condenatório condutor, quem assinou o cheque relativo ao repasse de cerca de trezentos mil reais ao mesmo foi CRISTIANO PAZ (acórdão embargado, fls. 52.346).

Quanto à acusação de evasão de divisas, o acórdão embargado absolveu CRISTIANO PAZ, reconhecendo a ausência de sua participação. No entanto, CONTRADITÓRIAMENTE, na fixação da pena pela evasão de divisas o acórdão aplicou a citada agravante da *“liderança do grupo”*, mesmo faltando o suposto *“liderado”*.

E, no caso do contrato de publicidade com a Câmara, na execução do contrato, segundo afirmou o voto condenatório condutor, foi RAMON HOLLERBACH quem teve contatos com o Presidente da Câmara e com o diretor da SECOM da Câmara (acórdão embargado, fls. 53.920, fls. 52.269).

Assim, está em CONTRADIÇÃO com a narrativa dos fatos, contida no voto condenatório proferido pelo Ministro Relator e condutor do acórdão embargado, a afirmação de que o acusado MARCOS VALÉRIO agiu como quem dirigia a atividade dos demais sócios da SMP&B.

7.4 – De qualquer sorte, ainda que se admita, contraditoriamente, estar presente a circunstância agravante referida (art. 62, I, CP), a mesma somente poderia ter incidência uma única vez, quanto ao tipo da formação de bando ou quadrilha.

É manifestamente CONTRADITÓRIO que a mesma agravante, que elevou a pena relativa ao crime de quadrilha, seja também aplicada em relação aos outros sete crimes atribuídos à mesma quadrilha, até para evitar um intolerável **bis in idem**, conforme a observação do Ministro Marco Aurélio.

A liderança do grupo, se existente, foi apenas na quadrilha!

Estranhamente, após a questão de ordem feita pelo defensor infra-assinado, o Senhor Ministro Relator Joaquim Barbosa fez uma manifestação, em evidente CONTRADIÇÃO com seu voto, pretendo fazer crer ao plenário que não havia proposto a incidência da agravante:

“O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - (RELATOR) - Senhor Presidente, com relação ao que o ilustre advogado disse da tribuna, eu gostaria de dizer poucas palavras. Em primeiro lugar, não proferi sequer a terça parte do meu voto com relação a este réu Marcos Valério. **E, nessa parte em que já me pronunciei, não externei opinião quanto à aplicação de qualquer daquelas agravantes mencionadas pelo ilustre advogado. Pelo contrário, foi no sentido da não aplicação**” (negritos e grifos nossos – fls. 58.362)

Ao contrário desta informação dada pelo Relator ao Pleno do STF, o fato é que o reflexo na pena total imposta a MARCOS VALÉRIO pela incidência OITO VEZES da mesma agravante, com os OITO AUMENTOS DE UM SEXTO em cada uma das oito penas-base fixadas, foi muito expressivo, evidenciando o *bis in idem*:

1	Item II	Quadrilha art. 288 CP	Aumento de 5 meses
2	Item III.1	Corrupção ativa art. 333 CP	Aumento de 7 meses
3	Item III.1	Peculato art. 312 CP	Aumento de 8 meses
4	Item III.3	Corrupção ativa art. 333 CP	Aumento de 4 meses
5	Item III.2 e III.3	Peculato art. 312 CP	Aumento de 8 meses
6	Item IV	Lavagem de dinheiro Art. 1º L 9613/98	Aumento de 8 meses
7	Item VI.1 a VI.4	Corrupção ativa art. 333 CP	Aumento de 8 meses
8	Item VIII	Evasão de Divisas art. 22, §único, L 7492	Aumento de 6 meses

TOTAL DE AUMENTO PELA MESMA AGRAVANTE OITO VEZES: 54 MESES = 4 ANOS E 6 MESES!

O Tribunal, no entanto, não apreciou o pedido da defesa, feito da tribuna, registrado no acórdão e mencionado pelos Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, restando OMISSO o acórdão no exame da questão, já que o Ministro Presidente e Relator, também, não submeteu ao Pleno do STF aquele pedido.

7.5 – Isto posto, o 5º denunciado MARCOS VALÉRIO pede e espera sejam conhecidos e acolhidos os presentes **(7ºs) Sétimos Embargos Declaratórios**, para afastar as CONTRADIÇÕES e a OMISSÃO apontadas, **atribuindo-lhes efeitos infringentes ou modificativos**, para fazer incidir a agravante do artigo 62, inciso I, do CP, exclusivamente em relação ao crime do art. 288 do CP, com REDUÇÃO DAS PENAS IMPOSTAS pela exclusão da mesma majorante na dosimetria das outras sete condenações.

(8ºs) OITAVOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS: CONTRADIÇÃO entre a aceitação da continuidade delitiva em relação aos peculatos (ITEM III.2 e III.3 – B. Brasil), em relação às corrupções ativas (ITEM VI.1 a VI.4 – parlamentares), em relação às operações de lavagem de dinheiro (ITEM IV) e em relação à evasão de divisas (ITEM VIII) e sua recusa em relação ao conjunto dos crimes de mesma espécie (cinco crimes contra a administração pública: dois peculatos e três corrupções ativas).

8.1 – Nas alegações finais, no item 46 (fls. 47.109) a defesa de MARCOS VALÉRIO requereu a aplicação da regra do **artigo 71** do Código Penal, que dispõe sobre **crime continuado**, nos seguintes termos:

“46 – A derradeiro, a defesa do 5º denunciado, MARCOS VALÉRIO, pede que este Augusto Tribunal corrija o evidente **excesso da capitulação** da peça inicial, que, em todas as imputações, pede a aplicação da regra do **concurso material** (art. 69, CP) para soma de penas, quando, caso tivesse havido várias ações criminosas em reiteração, por terem sido praticadas nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, caracterizada estaria a **continuidade delitiva**, sendo caso,

então, de aplicação da regra do **art. 71** do Código Penal em relação a cada uma das supostas infrações penais imputadas.

A própria narrativa da denúncia, que mais de uma vez descreve um mesmo **modus operandi** justifica o reconhecimento do excesso de capitulação, a derradeiro, pleiteado nestas alegações finais, na absurda hipótese de condenação, o que só se admite para argumentar”.

8.2 – Na sessão de 24.10.2012, o defensor infra-assinado do Embargante MARCOS VALÉRIO ocupou a Tribuna e requereu “*que as reiteraões de infrações sejam consideradas como objeto da série de continuidade delitiva*” (ata final do julgamento, de 17.12.2012, fls. 60.001), *in verbis*:

“Segunda questão de ordem: o eminente Ministro Marco Aurélio, na sessão de ontem, se reservou para apreciar a questão da continuidade delitiva oportunamente. Ocorre que o acusado, defendido pelo advogado que ocupa esta tribuna, está condenado por cinco tipos penais diferentes. Entende a defesa que não tem sentido haver imposição, mais de uma vez, pelo mesmo tipo de aplicação de pena. Deve haver uma aplicação de pena para formação de quadrilha, uma para corrupção ativa, uma para lavagem de dinheiro, uma para evasão de divisa, de modo que as reiteraões sejam consideradas como objeto da série da continuidade delitiva. E não é isso que me parece que esteja a ocorrer, daí porque se espera que a questão da continuidade seja objeto da decisão”.(acórdão embargado, fls. 58.352/3).

Na sessão de 07.11.2012, durante o julgamento, sobre o requerimento para o reconhecimento da continuidade delitiva em relação aos **crimes da mesma espécie** (crimes contra a administração pública – três corrupções ativas e dois peculatos) o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski registrou o seguinte:

“O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Senhor Presidente, na mesma linha do que foi veiculado pelo eminente Ministro Marco Aurélio, e sem, evidentemente, querer interromper os trabalhos, pois não é esse o meu papel e nem o papel de qualquer dos integrantes desta colenda Corte, certamente, tal como eu, todos recebemos um memorial do eminente Professor de Direito Penal e advogado criminalista, Marcelo Leonardo, em nome de Valério Fernandes de Souza, em que Sua Excelência, o advogado, pleiteia a possibilidade de reconhecimento de crime continuado em relação a cinco condenações por crimes contra a Administração Pública - três corrupções ativas e dois peculatos - por serem, segundo entende o nobre advogado, crimes da mesma espécie, que ofendem o mesmo bem jurídico, e estão previstos no mesmo título da Parte Especial do Código Penal.

Sua Excelência colaciona a jurisprudência, a doutrina, e, ao final, pleiteia que se aplique, com relação a esses crimes, a regra do artigo 71 do CP, ou seja, os cinco

crimes praticados contra a Administração Pública - três corrupções ativas e dois peculatos -, aplicando-se a pena mais grave com o aumento de dois terços”. (acórdão embargado – fls. 58.616).

8.3 – O Augusto Supremo Tribunal afirmou a unidade de processo e julgamento, indeferindo o desmembramento, fundado nas regras de conexão e continência, admitindo, expressamente, que todas as infrações ocorreram num mesmo contexto histórico e fático e, por isso, eram objeto de uma só ação penal.

O voto condutor do Ministro Relator, expressamente, admitiu que havia continuidade delitiva em relação às séries de fatos caracterizadores de quatro infrações penais distintas (peculato, corrupção ativa, lavagem de dinheiro e evasão de divisas) – **no que foi acompanhado pela unanimidade do Tribunal** – como se pode ver nas transcrições abaixo:

CONTINUIDADE DELITIVA EM RELAÇÃO AO PECULATO:

“Os crimes de peculato pelos quais o réu MARCOS VALÉRIO foi condenado (itens III.2 e III.3) foram praticados nas mesmas circunstâncias, o que atrai a incidência do art. 71 do Código Penal:

Art. 71 - Quando o agente, mediante **mais de uma ação ou omissão**, pratica **dois ou mais crimes** da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, **devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro**, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, **aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços**.

Tendo em vista este preceito, deixo de acolher o pedido do Procurador-Geral da República, que formulou pleito no sentido do reconhecimento da existência concurso material de delitos. Entendo que, no caso, ocorreu a continuidade delitiva, pois **os fatos envolveram crimes da mesma espécie** e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução, devem os subsequentes ser considerados como continuação dos primeiros.

Os crimes de peculato foram praticados ao longo dos anos de 2003, 2004 e 2005, no curso da execução do contrato da DNA Propaganda com o Banco do Brasil. (negritos nossos, do voto do Relator, fls. 57.938/9)

CONTINUIDADE DELITIVA EM RELAÇÃO À LAVAGEM DE DINHEIRO:

“O simples fato de haver **diferentes beneficiários** nas operações de lavagem de dinheiro, por si só, não impõe o reconhecimento do concurso material entre elas (CP, art. 69), como quer o Ministério Público Federal. Como tais operações foram **praticadas nas mesmas circunstâncias**, deve incidir a regra do crime continuado (CP, art. 71). Sendo assim, elevo a pena em dois terços, resultando em onze anos e oito meses de reclusão, mais

duzentos e noventa e um dias-multa, uma vez que foram cometidas quarenta e seis operações de lavagem de dinheiro em continuidade delitiva (**CP, art. 71**)” (negritos nossos, do voto do Relator, fls. 57.943).

CONTINUIDADE DELITIVA EM RELAÇÃO À CORRUPÇÃO ATIVA:

“Incide a causa de aumento da continuidade delitiva (**art. 71 do Código Penal**), que varia de um sexto a dois terços. Por terem sido efetuados **pagamentos a vários parlamentares corrompidos, ao longo de dois anos**, aumento a pena de dois terços, atingindo 7 anos e 11 meses de reclusão, com mais 225 dias-multa, cada um no valor de 10 salários mínimos, no montante vigente à época do fato...” (negritos nossos, do voto do Relator, fls. 57.949).

CONTINUIDADE DELITIVA EM RELAÇÃO À EVASÃO DE DIVISAS:

“Elevo a pena em dois terços, resultando em cinco anos e dez meses de reclusão, mais cento e sessenta e oito dias-multa, uma vez que foram cometidas cinquenta e três operações de **evasão de divisas em continuidade delitiva** (CP, art. 71)”. (negritos nossos, do voto do Relator, fls. 57.951)

8.4 – Como se vê, neste voto condutor, o Senhor Ministro Relator não viu nenhuma dificuldade, no que foi acompanhado pelo plenário à unanimidade, em reconhecer a continuidade delitiva, embora os parlamentares corrompidos fossem de diferentes partidos, embora as operações de lavagem tivessem diferentes beneficiários e os fatos tivessem ocorrido ao longo de dois ou três anos.

Entretanto, em relação ao pedido da defesa no sentido de se reconhecer a continuidade delitiva em relação a todos os cinco crimes contra a administração pública – *crimes da mesma espécie* – ocorridos no mesmo período e dentro do mesmo contexto fático, razão da admitida conexão entre as infrações, o Ministro Relator negou o pedido e, expressamente, reconheceu o caráter CONTRADITÓRIO de sua decisão, quando afirmou o seguinte, para justificar a negativa:

“Aliás, se fôssemos levar à risca a jurisprudência deste Tribunal, muitos dos crimes que consideramos em continuidade delitiva teriam de ser considerados em concurso material, tal como pleiteou o Ministério Público Federal tanto na denúncia como nas alegações finais. É que as duas Turmas têm assentado entendimento de que o intervalo de mais de 30 dias entre as práticas delitivas interrompe o nexo de continuidade, independentemente de estarem presentes os elementos do art. 71 do Código Penal. Assim, por exemplo, o réu VALDEMAR COSTA NETO recebeu recursos a

partir de fevereiro de 2003, enquanto o réu BISPO RODRIGUES recebeu somente em dezembro de 2003”. (do voto do Relator, fls. 57.956).

Aliás, o Senhor Ministro Relator, em certa altura do julgamento, que se deu em “capítulos”, esclareceu que isto não significava que os fatos não eram todos integrantes de “um **continuum**”, *in verbis*:

“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.

Esses parlamentares efetivamente receberam a vantagem solicitada, pessoalmente ou com auxílio de seus intermediários diretos, pessoas de sua mais íntima confiança, valendo-se, principalmente, da estrutura empresarial vinculada ao acusado MARCOS VALÉRIO (incrementada, em dois casos, pela utilização de outras empresas) e operacionalizada diretamente por DELÚBIO SOARES”. (acórdão embargado, do voto do Relator, fls. 55.288)

8.5 – O pedido da defesa, formulado da tribuna, está fundado nas seguintes razões expostas em memorial encaminhado aos Senhores Ministros:

***“Possibilidade de reconhecimento de crime continuado em relação às cinco condenações por crimes contra a administração pública (três corrupções ativas e dois peculatos). Crimes da mesma espécie que ofendem ao mesmo bem jurídico e previstos no mesmo título da Parte Especial do Código Penal.*”**

Os Eminentíssimos Senhores Ministros do STF, em julgamentos recentes, tem dado sua contribuição para a jurisprudência quanto ao conceito de **crime continuado**, como se pode extrair dos seguintes precedentes:

RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. A configuração da continuidade delitiva exige a prática de um ou mais crimes da mesma espécie em condições de tempo, lugar e modo de execução do delito indicativas de serem, as condutas subseqüentes, continuação da primeira. (HC 106173 / PR – PARANÁ, DJe-150 PUBLIC 01-08-2012, Relatora Min. ROSA WEBER, Julgamento: 19/06/2012 Órgão Julgador: Primeira Turma, STF)

O art. 71 do Código Penal arrola os requisitos necessários à caracterização do crime continuado, a saber: (i) mais de uma ação ou omissão; (ii) prática de dois ou mais crimes da

*mesma espécie; (iii) condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes; e (iv) os crimes subseqüentes devem ser havidos como continuação do primeiro. (HC 107636 / RS - RIO GRANDE DO SUL, Publicação, DJe-058 PUBLIC 21-03-2012, Relator Min. **LUIZ FUX**, Julgamento: 06/03/2012 Órgão Julgador: Primeira Turma, STF)*

*Entendimento firmado pelas duas Turmas desta Suprema Corte, no sentido de que “não basta que haja similitude entre as condições objetivas (tempo, lugar, modo de execução e outras similares). É necessário que entre essas condições haja uma ligação, um liame, de tal modo a evidenciar-se, de plano, terem sido os crimes subseqüentes continuação do primeiro” (HC 109971 / RS - RIO GRANDE DO SUL, Relator: Min. **RICARDO LEWANDOWSKI**, Julgamento: 18/10/2011, Órgão Julgador: Segunda Turma, STF, Publicação: DJe-025 PUBLIC 06-02-2012)*

*Para configurar o crime continuado, na linha adotada pelo direito penal brasileiro, é imperioso que o agente: a) pratique mais de uma ação ou omissão; b) que as referidas ações ou omissões sejam previstas como crime; c) que os crimes sejam da mesma espécie; d) que as condições do crime (tempo, lugar, modo de execução e outras similares) indiquem que as ações ou omissões subseqüentes efetivamente constituem o prosseguimento da primeira. 2. É assente na doutrina e na jurisprudência que não basta que haja similitude entre as condições objetivas (tempo, lugar, modo de execução e outras similares). É necessário que entre essas condições haja uma ligação, um liame, de tal modo a evidenciar, de plano, terem sido os crimes subseqüentes continuação do primeiro. (HC 107276 / RS - RIO GRANDE DO SUL, Relator: Min. **DIAS TOFFOLI**, Julgamento: 13/09/2011, Órgão Julgador: Primeira Turma, STF, Publicação: DJe-193, PUBLIC 07-10-2011)*

*A continuidade delitiva é, na sistemática penal brasileira, uma criação puramente jurídica. Espécie de presunção, a implicar verdadeiro benefício àqueles que, nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar de execução, praticam crimes da mesma espécie. Isso porque, nada obstante a quantidade de condutas cometidas pelo agente, a lei presume a existência de um crime único. (HC 98647 / RS - RIO GRANDE DO SUL, Relator: Min. **CARLOS BRITTO**, Julgamento: 13/10/2009, Órgão Julgador: Primeira Turma, STF, Publicação: De-218, PUBLIC 20-11-2009)*

*O Direito Penal brasileiro encampou a teoria da ficção jurídica para justificar a natureza do crime continuado (art. 71, do Código Penal). Por força de uma ficção criada por lei, justificada em virtude de razões de política criminal, a norma legal permite a atenuação da pena criminal, ao considerar que as várias ações praticadas pelo sujeito ativo são reunidas e consideradas fictamente como delito único. (HC 91370 / SP - SÃO PAULO, Relatora: Min. **ELLEN GRACIE**, Julgamento: 20/05/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma, STF, Publicação: DJe-112 PUBLIC 20-06-2008)*

Para configurar o crime continuado, na linha adotada pelo Direito Penal brasileiro, é imperioso que o agente: a) pratique mais de uma ação ou omissão; b) que as referidas ações ou omissões sejam previstas como crime; c) que os crimes sejam da mesma espécie; d) que as condições do crime (tempo, lugar, modo de execução e outras similares) indiquem que as ações ou omissões subseqüentes efetivamente constituem o prosseguimento da primeira. 2. É assente na doutrina e na jurisprudência que não basta que haja similitude entre as condições objetivas (tempo, lugar, modo de execução e outras similares). É necessário que entre essas condições haja uma ligação, um liame, de tal modo a evidenciar-se, de plano, terem sido os crimes subseqüentes continuação do primeiro. (RHC 93144 / SP - SÃO PAULO, Relator: Min.

MENEZES DIREITO, Julgamento: 18/03/2008 Órgão Julgador: Primeira Turma, STF, Publicação: DJe-083 PUBLIC 09-05-2008).

*Para reconhecimento da continuidade delitiva, é necessário que o agente cometa dois ou mais crimes da mesma espécie. Sendo o caso, a desclassificação de concurso material para crime continuado não caracteriza constrangimento ilegal. Trata-se de situação mais favorável, pois a pena aplicada é a de um só dos crimes, exasperada de um sexto a dois terços. No concurso material as penas são aplicadas cumulativamente. (HC 77264 / SP - SÃO PAULO, Relator: Min. **NELSON JOBIM**, Julgamento: 29/09/1998 Órgão Julgador: Segunda Turma, STF, Publicação: DJ 04-08-2000 PP-00004).*

No caso da AP 470, o **STF reconheceu a existência de liame entre os vários crimes da mesma espécie**, praticados nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e maneira de execução, afirmando que as condutas caracterizadoras de corrupção ativa e peculato foram praticadas **para** desviar recursos públicos e privados **para** a compra de apoio parlamentar no Congresso Nacional, na formação da base aliada do Governo Federal, sendo estas condutas praticadas por uma quadrilha de que fazia parte o denunciado Marcos Valério entre 2003 e 2004. Assim, ao invés de manterem-se, na dosimetria das penas, as condenações distintas por **cinco crimes da mesma espécie** (três corrupções ativas e dois peculatos), impõe-se a adoção da pena mais grave fixada para um deles, com o acréscimo máximo (dois terços) pela continuidade delitiva.

A doutrina nacional, na interpretação do artigo 71 do CP, é forte no sentido de admitir que constituem “*crimes da mesma espécie*” os crimes que “*ofendem o mesmo bem jurídico*” e estão tratados, por isso, no “*mesmo título da Parte Especial do CP*”, como são os crimes contra a administração pública, de que são exemplos a corrupção ativa (art. 333) e o peculato (art.312):

“O Código não diz o que são “crimes da mesma espécie”, mas é fora de dúvida que o legislador não quis referir-se a crimes idênticos, porque, como tais, a nosso ver, só podem ser entendidos os que têm a mesma descrição legal, para o que teriam que ser objeto do mesmo tipo. Assim, só haveria continuidade delitiva entre homicídio e homicídio, furto e furto, etc.” (...) “O conceito de “crimes da mesma espécie” é bastante controvertido, quer na doutrina, quer na jurisprudência. Há os que sustentam a posição acima exposta, segundo a qual crimes da mesma espécie seriam os previstos no mesmo tipo penal. Trata-se, como acima dito, de um conceito mais restritivo. Outros argumentam que o próprio texto, ao admitir crimes a que são cominadas “penas diversas”, não estaria cingindo-se a crimes previstos no mesmo tipo penal, pois, aos previstos no mesmo tipo, as penas cominadas seriam as mesmas”. (...) “Podem ocorrer de crimes não previstos no mesmo tipo legal, mas praticados contra o mesmo bem jurídico, pela mesma pessoa, e que se assemelham pelas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e maneira de execução, os quais deveriam ser havidos como da mesma espécie, para aplicação da regra do crime continuado”. (...) “**NELSON HUNGRIA**, na introdução de seus Comentários da Parte Especial, alude à classificação dos crimes em espécie, ao referir-se a critérios de distribuição da matéria. De fato, segundo a sistemática adotada, os crimes estão dispostos por onze Títulos, cada qual contendo descrições de condutas que lesam ou expõem a perigo o bem jurídico que, naquele Título, é objeto de proteção. Seriam, então, da mesma espécie todos os crimes contra a pessoa previstos no

*Título I; todos os crimes contra o Patrimônio previstos no Título II e assim, sucessivamente, sendo que, enfim, **da mesma espécie seriam todos os crimes definidos dentro do mesmo Título, praticados contra o mesmo bem jurídico** e nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes”. (JAIR LEONARDO LOPES, Professor de Direito Penal da UFMG, co-autor da Reforma Penal de 1984, in “Curso de Direito Penal”, Editora RT, São Paulo, 4ª edição, 2005, pág. 223/225). (grifos nossos)*

*“Consideram-se da mesma espécie não somente aqueles ilícitos previstos na mesma norma incriminadora, mas, também, **os que ofendem o mesmo bem jurídico** e apresentam, pelos fatos que os constituem e pelos motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns (Cf. HELENO FRAGOSO, Lições, § 359)” (...) “Segundo precedentes adequados a um conceito ampliado, crimes da mesma espécie “não são os descritos na mesma disposição de lei, mas o que têm unidade preceptiva, isto é, **os que atacam ou expõem a perigo de dano o mesmo bem jurídico, ou a bens diversos de um mesmo sujeito passivo**” (RENÉ ARIEL DOTTI, Professor de Direito Penal da UFPR, co-autor da Reforma Penal de 1984, in “Curso de Direito Penal”, Editora RT, São Paulo, 4ª edição, 2012, pág. 645) (grifos nossos)*

*“Crimes da mesma espécie – Deverão ser entendidos não só aqueles previstos no mesmo dispositivo, como o conjunto de preceitos concernentes à lesão do mesmo bem jurídico (...) **Crimes da mesma espécie não são os descritos na mesma disposição de lei**, mas os que têm unidade de regra preceptiva, isto é, **os que atacam ou expõem a perigo de dano o mesmo interesse jurídico** (RT, 494/393)” (PAULO JOSÉ DA COSTA Jr., Professor de Direito Penal da USP, in “Curso de Direito Penal”, Editora Saraiva, São Paulo, 9ª edição, 2008, pág. 219/220).*

*GUILHERME DE SOUZA NUCCI observa que sobre o conceito de “crimes da mesma espécie” para caracterização de crime continuado há duas correntes doutrinárias, sendo que a segunda afirma que “**são crimes da mesma espécie os que protegem o mesmo bem jurídico, embora previstos em tipos diferentes**. É a lição de Basileu, Fragoso, Delmanto e Paulo José da Costa Jr.” (in “Código Penal Comentado”, Editora RT, São Paulo, 6ª edição, 2006, pág. 401) (grifos nossos).*

*LUIZ REGIS PRADO observa que “O Código Penal brasileiro adota a teoria da ficção jurídica para efeitos de aplicação da pena. Por medida de política criminal, é aceita essa teoria – embora haja pluralidade de crimes, a lei presume a existência de crime único. Essa presunção, entretanto, só tem relevância na aplicação da pena” (...) “Crimes da mesma espécie: **por crimes da mesma espécie entendem-se aqueles que, embora não necessariamente descritos pelo mesmo tipo legal, ofendem o mesmo bem jurídico**” (in “Comentários ao Código Penal”, Editora RT, São Paulo, 2ª edição, 2003, pág. 354/355) (grifos nossos).*

*No mesmo sentido a lição de CÉZAR ROBERTO BITENCOURT para quem “**são da mesma espécie os crimes que lesam o mesmo bem jurídico, embora tipificados em dispositivos diferentes**” (in “Código Penal Comentado”, Editora Saraiva, São Paulo, 2002, pág. 248).*

Isto posto, a defesa de MARCOS VALÉRIO pede e espera seja reconhecida a **continuidade delitiva**, para aplicação da regra do artigo 71 do CP, em relação às condenações pelos **cinco crimes contra administração pública**, a saber, três corrupções ativas e dois peculatos, substituindo-se a fixação de penas para cinco tipos penais da mesma espécie, por uma única fixação de pena mais grave com o aumento máximo de dois terços” (do Memorial apresentado em 05.12.2012).

8.6 – Preocupado em evitar a CONTRADIÇÃO e coerente com as quatro decisões anteriores, nas quais o Pleno do STF já havia afirmado a continuidade delitiva, mesmo envolvendo período de cerca de três anos e participação de diferentes pessoas, como beneficiários e/ou corrompidos, em relação aos crimes de peculato, corrupção ativa, lavagem de dinheiro e evasão de divisas, na sessão de 05.12.2012, o senhor Ministro MARCO AURÉLIO proferiu voto (sendo acompanhado pelo Ministro Revisor) propondo a REDUÇÃO DAS PENAS, pela aplicação do instituto do crime continuado:

“Vê-se que a continuidade delitiva pode ser observada ate nos crimes dolosos cometidos com violência ou grave ameaça a pessoa, o que não ocorreu no caso. Então, a regência faz-se considerada a cabeça do artigo. Com a reforma da parte geral do Código, presente a Lei no 7.209/84, afastou-se, por completo, possível dúvida quanto à adequação, se houver vitimas diversas.

O crime continuado consiste numa cláusula de abertura do sistema jurídico, a permitir que o magistrado, dentro de certas balizas, de proporcionalidade a pena abstratamente cominada na legislação penal. Consta nos manuais que o instituto foi pensado, sob o angulo histórico, para amenizar a situação do praticante do crime de furto, que, na terceira reincidência, na modalidade simples ou tentada, desaguaria na aplicação da pena de morte (Ney Fayet Junior, *Do crime continuado*, 2012, pp. 36-37). Mostra-se inequívoca a vocação do instituto para a redução do rigor da sanção criminal. Em tal sentido, transcrevo a seguinte manifestação de Manoel Pedro Pimentel:

[...]

Esta observação reforça o entendimento de que o crime continuado e uma ficção jurídica criada para mitigar os efeitos exagerados da aplicação das penas previstas para os crimes concorrentes, quando não há limitação da acumulação material. (*Do crime continuado*, 1969, p. 21)

O conceito de crime continuado necessita ser observado no contexto maior da metodologia jurídica. Sob tal óptica, volta-se a mitigação dos efeitos do cumulo material, critério empregado durante longo período com o propósito de retirar poderes ao Juízo, que veio a resultar em injustiça. Essa fixidez punitiva, conforme pontua a doutrina, conduziu a consequências socialmente indesejáveis, consoante esclarecem Eugenio Raul Zaffaroni e Jose Henrique Pierangeli:

[...]

Historicamente, desde a Idade Media, se apresenta uma tendência em considerar a possibilidade de utilização do concurso de crimes como meio de evitar o rigor exagerado do sistema da cumulação aritmética das penas. Desta tendência advém, como solução, a utilização do conceito de crime continuado, como uma ficção para os efeitos da atenuação das penas no concurso material, e, portanto, considerar o crime continuado como ficção. (*Manual de direito penal brasileiro*, v. 1, 2009, p. 614)

[...]

A possibilidade de mitigação da pena ante a natureza dos crimes é ínsita ao mandamento de que haja proporcionalidade entre ela e a culpa, extraída da cláusula constitucional do devido processo legal substantivo, consoante o artigo 5º, inciso LIV, da Carta Federal. A previsão do artigo 71 do Código Penal revela-se importante elemento de concretização da Justiça constitucional no âmbito do Direito Penal. Por isso, Manoel Pedro Pimentel afirma: “Nenhum critério rígido presidirá o reconhecimento da continuação. Não serão as regras preestabelecidas por critérios subjetivos ou objetivos, ou por ambos, que nortearão o julgador, mas sim os critérios de necessidade, de oportunidade e de utilidade de tal reconhecimento” (*Do crime continuado*, 1969, p. 119)

No âmbito teórico, diverge-se sobre a natureza jurídica do crime continuado. Alguns autores entendem ser uma unidade real – Basileu Garcia e Roberto Lyra –, outros consideram-na mera ficção jurídica, já que, no plano dos fatos, foram praticados diversos crimes autônomos, unificados por motivos de conveniência jurídica e política criminal. Essa visão foi sufragada, no Brasil, por Magalhães Noronha, Jose Frederico Marques e Manoel Pimentel. A teoria mista aponta a continuidade delitiva como uma figura com identidade própria e peculiar, em que se faz presente o crime de concurso unificado pela unidade do aspecto subjetivo (cf. Luiz Regis Prado, *Curso de direito penal brasileiro*, 2007, pp. 507-508). No Código Penal brasileiro, conforme a corrente majoritária e a própria literalidade da cabeça do artigo 71, optou-se pela segunda óptica: a da ficção jurídica.

Essa breve explicação conduz à conclusão de que a continuidade delitiva é uma ficção jurídica, verdadeira opção de política criminal, voltada à amenização das penas corporais que restariam excessivamente descompassadas com o grau de agressão causado ao único bem jurídico.

Menciono, ainda, ante a clareza com que expostos os argumentos, síntese do que decidido no *Habeas Corpus* no 68.661, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence:

[...]

- Crime continuado: conceito puramente objetivo da lei brasileira: relevância de dados subjetivos restrita à fixação da pena unificada. 1. O direito brasileiro, no art. 71 da nova Parte Geral, de 1984, do C. Pen., persistiu na concepção puramente objetiva do crime continuado: a alusão, na definição legal do instituto, a “outras circunstâncias semelhantes” aquelas que enumerou - “de tempo, lugar e modo de execução” – só compreende as que, como as últimas, sejam de caráter objetivo, não abrangendo dados subjetivos dos fatos. 2. Viola o art. 71 C. Pen. O acórdão que, embora reconhecendo a concorrência dos elementos da caracterização objetiva do crime continuado, que nele se adotou, nega, porém, a unificação das penas, a base de circunstâncias subjetivas, quais os antecedentes do acusado ou a ausência da unidade de desígnio. 3. A algumas circunstâncias subjetivas fez concessão o parágrafo único do art. 71 C. Pen., não para a identificação do crime continuado, mas apenas para o tratamento penal mais rigoroso, nas hipóteses ali previstas. 4. HC parcialmente deferido para reconhecer a continuação dos crimes, mas remeter ao juízo da execução a correspondente fixação da pena unificada. (*Habeas Corpus* no 68.661, relator ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 27 de agosto de 1991)

[...]

Então, cumpre perquirir se há, no caso apreciado, crimes da mesma espécie, não exigindo o preceito que sejam idênticos.

[...]

As condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes também estão atendidas. Essa unidade encontra-se estampada na própria peca inicial acusatória, na qual consigna o Procurador-Geral da Republica:

[...]

O conjunto probatório produzido no âmbito do presente inquérito demonstra a existência de uma sofisticada organização criminosa, dividida em setores de atuação, que se estruturou profissionalmente para a pratica de crimes como peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa, gestão fraudulenta, além das mais diversas formas de fraude. A organização criminosa ora denunciada era estruturada em núcleos específicos, **cada um colaborando com o todo criminoso em busca de uma forma individualizada da contraprestação.** [...]

Esses elementos, descritos na denúncia admitida pelo Supremo e comprovados, posteriormente, na análise do mérito, revelam a organicidade existente entre os membros da quadrilha e a comunhão de finalidades, consistente na pratica de crimes contra a Administração Publica. Embora, como afirmado, cada um dos integrantes estivesse buscando vantagens individuais de cunho particular – ou seja, proveito pessoal –, e inegável a busca coletiva por benefícios ilícitos, em desfavor da Administração. Além disso, foram praticadas fraudes aos mecanismos de controle da própria Administração para acobertar esses ilícitos, demonstrado modo uniforme de operação. Observem que, de um lado, os membros do denominado núcleo político buscavam recursos para perpetuar o projeto político e, de outro, os dos núcleos operacional e financeiro alavancavam os patrimônios pessoais. A coincidência de propósitos e explicitada na seguinte passagem das alegações finais formalizadas pelo Ministério Público Federal:

[...]

O interesse do grupo de Marcos Valério, de viabilizar, no recém empossado governo do PT, o esquema ilícito de desvio de recursos públicos que já protagonizavam no governo de Minas Gerais, coincidiu com os propósitos de Jose Dirceu e o seu grupo – Delúbio Soares, Silvio Pereira e Jose Genoino – de angariar recursos para consolidar o projeto de poder recém vitorioso do Partido dos Trabalhadores, mediante a compra de suporte político de outros Partidos Políticos e do financiamento futuro e pretérito (pagamento de dívidas) das suas próprias campanhas eleitorais.

[...]

Os crimes foram praticados de forma seqüencial no período de 2003 a 2005, consoante narrado na peca inicial, mostrando-se a maneira de execução a mesma, considerada a corrupção, o peculato, a gestão fraudulenta, a evasão de divisas e a lavagem de dinheiro.

[...]

No curso do julgamento, o Supremo veio a reconhecer o fato. O relator, no voto proferido, assentou, com precisão, o mecanismo utilizado pelos condenados: (i) desvio de dinheiro da Câmara dos Deputados e do Banco do Brasil, mediante contratos de publicidade firmados com as agencias de Marcos Valério e respectivos sócios; (ii) ocultação e dissimulação da origem criminosa por intermédio de empréstimos bancários fraudulentos, realizados sem a observância de regras do Sistema Financeiro Nacional; (iii) saques, em dinheiro, a partir de cheques assinados pelos componentes do núcleo publicitário, nominais as próprias agencias de publicidade, mas distribuídos a parlamentares indicados por réus ligados ao Partido dos Trabalhadores.

Outra forte indicação de que os réus formavam um bloco criminoso destinado a pratica de crimes contra a Administração Publica esta estampada na condenação por

formação de quadrilha”. (acórdão embargado, do voto do Ministro MARCO AURÉLIO, fls. 59.525/59.537)

8.7 – Como o voto do Ministro MARCO AURÉLIO propôs a redução das penas, pela aplicação do instituto do crime continuado, **em maior extensão** do que havia sido requerido pela defesa do Embargante Marcos Valério, envolvendo em sua proposta, também, os crimes de gestão fraudulenta de instituição financeira, lavagem de dinheiro e evasão de divisas, o Pleno do STF limitou-se a votar contra ou a favor daquela proposta e o acórdão, então, ficou **OMISSO** quanto à apreciação do pedido específico formulado pela defesa de Marcos Valério que se limitava a requerer o reconhecimento do crime continuado em relação aos “*crimes da mesma espécie*” que identificou como sendo os “*crimes contra a administração pública*”, que protegem o mesmo bem jurídico e estão no mesmo Capítulo da Parte Especial do Código Penal: art. 312, peculato e art. 333, corrupção ativa.

A **proposta votada**, contida no voto do Ministro MARCO AURÉLIO, reduzia a pena de Marcos Valério de 40 anos, 4 meses e 6 dias para 10 anos e 10 meses de reclusão, minorando-se a totalidade das condenações de oito para duas (acórdão embargado, fls. 59.518 e fls.59.539).

A **proposta não votada**, contida no pedido expresso da defesa do Embargante Marcos Valério, reduziria a pena do mesmo acusado de 40 anos, 4 meses e 6 dias para 22 anos, 10 meses e 20 dias (condenações por quadrilha + lavagem de dinheiro + evasão de divisas e + uma pena pelos dois peculatos e três corrupções ativas, em crime continuado), minorando-se a totalidade das condenações de oito para quatro.

Afinal, rejeitada pela maioria a **proposta maior** contida no voto do Ministro Marco Aurélio, deveria o Senhor Ministro Presidente e Relator submeter ao plenário a **proposta menor** contida no pedido da defesa, não o fazendo, o acórdão embargado ficou também OMISSO em mais este ponto.

8.8 – Isto posto, o 5º denunciado MARCOS VALÉRIO pede e espera sejam conhecidos e acolhidos os presentes **(8ºs) Oitavos Embargos Declaratórios**, para afastar a CONTRADIÇÃO e a OMISSÃO apontadas, **atribuindo-lhes efeitos infringentes ou modificativos**, para que o Pleno do Tribunal possa apreciar o requerimento da defesa e fazer incidir a regra da continuidade delitiva, do artigo 71 do CP, em relação aos crimes de mesma espécie (crimes contra a administração pública = dois peculatos e três corrupções ativas), com a conseqüente REDUÇÃO DAS PENAS impostas no acórdão embargado.

(9ºs) NONOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS: OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO e AMBIGUIDADE no acórdão embargado quanto à pena de multa aplicada nos votos vencedores do Ministro Revisor, quanto às condenações sobre corrupção ativa (ITEM III.3) e lavagem de dinheiro (ITEM IV), bem como quanto ao valor do dia-multa.

9.1 – No que toca à dosimetria das penas de multa, fixadas nos votos vencedores do Ministro Revisor (RICARDO LEWANDOWSKI), em relação às condenações sobre corrupção ativa (ITEM III.3) e lavagem de dinheiro (ITEM IV), há uma OBSCURIDADE, em virtude da divergência entre o que constou dos votos e o dispositivo do acórdão embargado, bem como uma CONTRADIÇÃO com o reajustamento de voto do mesmo Ministro Revisor, quanto ao valor do dia-multa.

No dispositivo do acórdão embargado, consta, quanto à condenação por **corrupção ativa (ITEM III.3 – B. Brasil)**, que a pena corporal foi de “3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias” e que a **pena de multa** foi de “**93 (noventa e três) dias-multa no valor de 15 (quinze) salários mínimos cada**” (acórdão embargado, fls. 51.639).

Entretanto, quando da prolação de seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski, ao fixar a pena de multa, nesta condenação, havia estabelecido que ela era de **“30 (trinta) dias-multa”** (acórdão embargado, fls. 58.182).

Tanto isto é verdade que, quando o Ministro Marco Aurélio elaborou seu voto sobre crime continuado, S. Exa. fez um balanço de todas as penas aplicadas, na sessão de 05.12.2012, e consignou em seu voto, quanto à condenação de Marcos Valério, pelo crime de corrupção ativa (ITEM III.3 – B. Brasil) que a pena aplicada era: **“corrupção ativa concernente a Pizzolato – 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão e 30 dias-multa”** (acórdão embargado, fls. 59.517).

A ata final do julgamento (17.12.2012), que integra o acórdão embargado igualmente registra, quanto à votação do dia 24.10.2012, para este ponto da condenação, o seguinte:

“Na seqüência, pelo 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 em 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, no valor de 15 (quinze) salários mínimos cada, nos termos do voto do Ministro Ricardo Lewandowski (Revisor), vencidos em parte os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa (Relator), Luiz Fux, Marco Aurélio e Presidente (grifos nossos, acórdão embargado, fls. 60.002)

9.2 – Em síntese, o Embargante Marcos Valério não conseguiu identificar, diante da OBSCURIDADE do julgado, de onde o Senhor Ministro Relator tirou a informação de que a pena de multa fixada no voto vencedor, quanto a condenação por corrupção ativa (ITEM III.3), seria de **“93 (noventa e três)”** dias-multa e não **30** (trinta) dias-multa.

9.3 – A mesma situação se verifica em relação à condenação por **lavagem de dinheiro (ITEM IV)**, onde também prevaleceu a fixação da pena proposta no voto vencedor do Ministro Ricardo Lewandowski (Revisor): há uma OBSCURIDADE, em virtude da divergência entre o que constou dos votos e o dispositivo do acórdão embargado, bem como uma CONTRADIÇÃO com o reajustamento de voto do mesmo Ministro Revisor, quanto ao valor do dia-multa.

No dispositivo do acórdão embargado, consta, quanto à condenação por **lavagem de dinheiro (ITEM IV)**, que a pena corporal foi de “6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias” e que a **pena de multa** foi de “**93 (noventa e três) dias-multa no valor de 15 (quinze) salários mínimos cada**” (acórdão embargado, fls. 51.639).

Entretanto, quando da prolação de seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski, ao fixar a pena de multa, nesta condenação, havia estabelecido que ela era de “**20 (vinte) dias-multa**” (acórdão embargado, fls. 58.183).

Tanto isto é verdade que, quando o Ministro Marco Aurélio elaborou seu voto sobre crime continuado, S. Exa. fez um balanço de todas as penas aplicadas, na sessão de 05.12.2012, e consignou em seu voto, quanto à condenação de Marcos Valério, pelo crime de lavagem de dinheiro (ITEM IV) que a pena aplicada era: “**lavagem de dinheiro – 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e 20 dias-multa**” (acórdão embargado, fls. 59.518).

A ata final do julgamento (17.12.2012), que integra o acórdão embargado, igualmente registra, quanto à votação do dia 24.10.2012, para este ponto da condenação, o seguinte:

“Pelo cometimento do delito de **lavagem de dinheiro** (art. 1º, incisos V e VI, da Lei 9.613/1998), descrito no **item IV** da denúncia, após o voto do Relator, fixando a pena em 11 (onze) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa, no valor de 10 (dez) salários mínimos cada, no que foi acompanhado pelos Ministros Luiz Fux, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Celso de Mello, e o **voto do Revisor**, que fixava a pena em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, no valor 15 (quinze) salários mínimos cada, no que foi acompanhado pelos Ministros Rosa Weber, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Presidente, o Tribunal, em face do empate verificado na votação da dosimetria da pena, fixou-a nos termos do voto do Revisor” (acórdão embargado, fls. 60.002).

9.4 – Em síntese, o Embargante Marcos Valério não conseguiu identificar, diante da OBSCURIDADE do julgado, de onde o Senhor Ministro Relator tirou a informação de que a pena de multa fixada no voto vencedor, quanto à

condenação por lavagem de dinheiro (ITEM IV), seria de “**93 (noventa e três)**” dias-multa e não **20** (vinte) dias-multa.

9.5 – Fica ainda mais OBSCURO o acórdão, quando se faz a leitura do reajustamento de voto do Ministro Ricardo Lewandowski, quanto à pena pecuniária, contido na sessão de 06.12.2012 (o qual reajustamento não foi submetido à apreciação do colegiado), onde há a seguinte conclusão:

“Na seqüência trago as propostas de reajuste para os réus que condenei no que tange à pena pecuniária, conforme segue:

MARCOS VALÉRIO FERNANDES DE SOUZA

i) Corrupção ativa VISANET – 186 (cento e oitenta e seis) dias-multa

[...]

iii) Lavagem de dinheiro – 310 (trezentos e dez) dias-multa

[...] (acórdão embargado, fls. 59.634)

Registre-se que o voto do Ministro Relator, quanto às penas pecuniárias, nos dois casos em que ficou vencido, igualmente, não tem relação com o dispositivo do acórdão embargado, que trata, igualmente, as duas penas em **93** (noventa e três) dias-multa. Basta conferir, para a corrupção ativa (ITEM III.3) a pena de multa proposta pelo Relator era de “**210 dias-multa**” (fls. 57.937) e para a lavagem de dinheiro (ITEM IV) a pena de multa proposta pelo Relator era de “**291 dias-multa**”, ambas a razão de dez salários mínimos da época dos fatos (fls. 57.944).

9.6 – De outro lado, no curso do julgamento, quanto à fixação do **valor do dia-multa** para as condenações impostas ao Embargante Marcos Valério, identificou-se uma divergência entre os votos do Ministro Relator, que sempre fixava o dia-multa em **10 (dez)** salários mínimos da época do fato, e os votos do Ministro Revisor que sempre o fixava em **15 (quinze)** salários mínimos.

O Ministro Ricardo Lewandowski concluiu seu voto, quanto à dosimetria das penas, em relação ao Embargante Marcos Valério, tratando da fixação do valor do dia-multa, nos seguintes termos:

“Atento às condições econômicas do réu que exsurgem dos autos, e considerando o que dispõe o art. 49, combinado com o art. 60, § 1º, do Código Penal, **fixo o dia-**

multa em 15 (quinze) salários mínimos vigentes à época dos fatos, corrigidos na forma da lei” (acórdão embargado, fls. 58.185)

O então Presidente Ministro AYRES BRITTO percebeu a divergência entre os citados votos do Relator e do Revisor neste ponto relativo à fixação do dia-multa e fez uma proposta para reduzir o valor, por ser solução mais favorável ao réu, ao Ministro Revisor (RICARDO LEWANDOWSKI) que **concordou em reajustar seu voto para fixar o dia-multa em 10 (dez) salários mínimos**, como se pode ler no acórdão embargado:

PROPOSTA
(S/ DOSIMETRIA DA PENA)

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) -

Ministro Ricardo Lewandowski, tenho observado que há uma discrepância que talvez possamos afastar quanto ao parâmetro de fixação do dia-multa. Vossa Excelência tem fixado em quinze salários mínimos, e o Ministro Joaquim Barbosa em dez salários mínimos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Sim.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Como é melhor para o réu, Vossa Excelência não poderia reduzir o valor?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Não me oponho, absolutamente. É que, na dosimetria da pena pecuniária, tenho estado atento às condições econômicas de cada réu.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Perfeito.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Por isso é que eu não quis, de modo uniforme, estabelecer um determinado número de salários mínimos. Tanto é que, ao longo do meu voto, para aqueles réus com menor potencial econômico, fixo inclusive um salário mínimo, ou menos.
(acórdão embargado, fls. 58.475)

RETIFICAÇÃO DE VOTO
(S/ DOSIMETRIA DA PENA)

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Senhor Presidente, não teria nenhuma objeção em, desde logo, diminuir para dez salários mínimos, sem prejuízo de, com relação a alguns réus, colocar-me abaixo ainda deste patamar. Mas, então, **reajusto para ficarmos uniformes no patamar de dez salários mínimos.**

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Por enquanto, Vossa Excelência faz o reajuste. (acórdão embargado, fls. 58.476)

9.7 – Assim, o acórdão embargado, cujo dispositivo afirma que o valor do dia-multa é de **15** (quinze) salários mínimos (fls. 51.639), nos dois casos de condenações em que prevaleceu o voto vencedor do Ministro Ricardo Lewandowski (Revisor) na dosimetria das penas, está em CONTRADIÇÃO com o reajustamento

de voto feito pelo mesmo Ministro Revisor, que concordou em fixar o dia-multa em **10** (dez) salários mínimos.

9.8 – Ademais, caso pudesse prevalecer o acórdão embargado neste ponto, restaria uma situação de AMBIGUIDADE a justificar estes **Nonos Embargos Declaratórios**, pois os fundamentos para a fixação do dia-multa para um acusado condenado, no mesmo julgado, não podem ser diferentes: para um crime 10 (dez) salários mínimos e para outro 15 (quinze) salários mínimos, pois, como explicitado no voto do Ministro Revisor acima transcrito, esta fixação leva em conta as **condições econômicas do réu**, as quais, por óbvio, não são variáveis em função das diferentes acusações.

Aliás, no voto do Ministro Joaquim Barbosa (Relator), no que toca a fixação do dia-multa, de modo uniforme, sempre se registrou o seguinte:

“... 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”**. (acórdão embargado, fls. 57.931 e seguintes, do voto do Ministro Relator – negritos nossos).

9.9 – Isto posto, o 5º denunciado MARCOS VALÉRIO pede e espera sejam conhecidos e acolhidos os presentes **(9ºs) Nonos Embargos Declaratórios**, para afastar as CONTRADIÇÕES, OBSCURIDADES e AMBIGUIDADES apontadas, **atribuindo-lhes efeitos infringentes ou modificativos**, para que as penas de multa fixadas nas condenações por corrupção ativa (ITEM III.3) e lavagem de dinheiro (ITEM IV), constantes do dispositivo do acórdão, sejam retificadas, respectivamente, para 30 (trinta) e 20 (vinte) dias-multa, nos termos dos votos vencedores do Ministro Revisor (que foram submetidos ao colegiado e acompanhados pela maioria), bem como seja fixado, de modo uniforme, o dia-multa em 10 (dez) salários mínimos, com a conseqüente REDUÇÃO DAS PENAS DE MULTA impostas no acórdão embargado.

(10ºs) DÉCIMOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS: CONTRADIÇÃO
do acórdão embargado quanto as fixações de penas-base para as
oito condenações. Aumento desproporcional em relação às
respectivas penas mínimas à consideração das mesmas ou
semelhantes circunstâncias judiciais à luz dos artigos 59 e 67
(circunstâncias preponderantes) do Código Penal.

10.1 – Embora, na análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, para a fixação das penas-base, o Senhor Ministro Relator tenha usando, basicamente, a mesma ou semelhante fundamentação (sobre culpabilidade, conduta social, personalidade, motivo, circunstâncias, conseqüências e comportamento da vítima), como se pode conferir no acórdão embargado de fls.57.927 até fls.57.951 (ainda que não considerados os dois casos em que prevaleceu o voto do Ministro Revisor), houve aumentos em relação a pena mínima cominada em cada uma das condenações em **proporções díspares**, o que evidencia uma CONTRADIÇÃO.

Naturalmente, os aumentos na fixação da pena-base, além do mínimo legal cominado, deveriam guardar **proporcionalidade**, já que as **circunstâncias judiciais** consideradas são as mesmas, particularmente no que se refere às **circunstâncias preponderantes** (artigo 67 do CP: motivos, personalidade e não reincidência).

Do contrário, tem-se a CONTRADIÇÃO fruto da elevação da pena mínima, no momento da fixação da pena-base, em percentuais diferenciados sem qualquer justificativa plausível, considerados os mesmos motivos resultantes da análise uniforme das referidas circunstâncias judiciais. Veja-se o quadro comparativo que, por si só, demonstra a manifesta CONTRADIÇÃO na fixação das penas-base para as oito condenações impostas ao Embargante Marcos Valério pelo acórdão embargado:

Crime	Pena mínima cominada	Pena-base aplicada	Aumento do mínimo
Quadrilha Item II	1 ano	2 anos e 6 meses	Duas vezes e meia
Corrupção ativa Item III.1	1 ano (anterior a 11/2003)	3 anos e 6 meses	Três vezes e meia
Peculato Item III.1	2 anos	4 anos	Duas vezes
Corrupção ativa Item III.3	1 ano	2 anos	Duas vezes
Peculato Item III.2 e III.3	2 anos	4 anos	Duas vezes
Lavagem de dinheiro Item IV	3 anos	4 anos	Um terço
Corrupção ativa Item VI.1 a VI.4	2 anos (posterior a 11/2003)	4 anos e 1 mês	Superior a duas vezes
Evasão de Divisas Item VIII	2 anos	3 anos	Metade

10.2 – Isto posto, o 5º denunciado MARCOS VALÉRIO pede e espera sejam conhecidos e acolhidos os presentes **(10ºs) Décimos Embargos Declaratórios**, para afastar a CONTRADIÇÃO apontada, para que, de modo coerente e uniforme, sejam fixadas as penas-base com a menor elevação do mínimo legal (um terço), como ocorreu em uma das aplicações de pena-base acolhidas pela maioria do Tribunal, pois há absoluta semelhança na consideração das mencionadas circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, em relação às oito condenações, considerado o princípio da proporcionalidade e a prevalência das circunstâncias preponderantes (artigo 67 do CP).

(11ºs) DÉCIMOS PRIMEIROS EMBARGOS DECLARATÓRIOS: OMISSÃO do acórdão embargado pela falta, no seu dispositivo, da totalização da pena definitiva imposta (prisão e multa), em razão do concurso material, indispensável para que a decisão esteja completa e possa ser objeto de execução penal.

11.1. – O acórdão embargado está com o seu **dispositivo incompleto** (fls. 51.638 a 51.640), pois não tem a indispensável totalização da pena definitiva fixada, com o resultado da soma fruto da aplicação da regra do concurso material entre as oito condenações impostas, sendo, por isso, OMISSO em ponto relevante para a execução penal (artigo 387 do CPP).

O Ministro Relator havia preparado seu voto, quanto à “*dosimetria das penas*”, em relação a cada um dos réus, tratando de todos os crimes objeto de condenação pelo Pleno e com suas conclusões, inclusive cálculo da soma final de penas e demais comandos, como por exemplo, regime prisional inicial, como se pode verificar às fls. 57.927 até fls. 57.962.

Entretanto, o Pleno decidiu, a partir da sessão de 23/10/2012, que a votação seria individualizada por réu e em relação a cada um dos crimes objeto de condenação, fazendo-se tantas rodadas de votação de todos os Ministros quantas foram necessárias.

Como o voto do Relator, sobre a dosimetria, não prevaleceu nas oito condenações impostas, era preciso rever a totalização e fazer constar, expressamente, no dispositivo do acórdão a pena definitiva total (de prisão e de multa) e o regime inicial de cumprimento da pena de prisão, de molde a viabilizar a posterior e regular execução penal.

Como já transcrito no item 6.5. supra desta petição, o então Presidente Ministro AYRES BRITTO previu a necessidade de fazer-se esta **totalização**, o que acabou não ocorrendo durante o julgamento, pois a proposta de totalização contida na conclusão provisória do voto do Relator (47 anos, 4 meses e 6 dias de prisão e 1514 dias-multa a razão de 10 salários mínimos vigentes ao tempo dos fatos - fls. 57.959) não foi submetida ao Pleno e nem qualquer outra.

Durante o julgamento, o Ministro Marco Aurélio, para apresentar sua proposta maior sobre crime continuado, fez, a título de análise provisória, um cálculo

da pena total imposta até aquele momento pelo STF, afirmando que até ali o Embargante Marcos Valério estaria condenado a “40 anos, 4 meses e 6 dias e 1.063 dias-multa” (fls. 59.518). Este resultado provisório já era diverso do contida no voto elaborado pelo Ministro Relator.

11.2 – Isto posto, o 5º denunciado MARCOS VALÉRIO pede e espera sejam conhecidos e acolhidos os presentes **(11ºs) Décimos Primeiros Embargos Declaratórios**, para afastar a OMISSÃO apontada, para que seja inserido no dispositivo do acórdão a totalização, quer da pena de prisão, quer da pena de multa (total e valor do dia multa em fração do salário mínimo, isto depois de acolhidos os Nonos Embargos Declaratórios) e regime inicial de cumprimento da reprimenda, sob pena de tornar-se inviabilizada a execução penal.

12 – CONSIDERAÇÕES FINAIS: Possibilidade de efeitos infringentes ou modificativos nos embargos declaratórios. Necessidade de abertura de vista ao Ministério Público. Suspensão do prazo para outro recurso com a interposição de embargos declaratórios.

12.1 – O próprio Procurador Geral da República, em sua petição de fls. 51.335 (vol. 239), no item 28, discorrendo sobre os Embargos Declaratórios, expressamente, admitiu a possibilidade dos mesmos terem **efeitos infringentes ou modificativos**:

“28. Não se nega que, por vezes, a operação de integração tem conseqüências mais incisivas sobre a decisão, decorrendo daí a necessidade de alteração do próprio julgado. Em tais casos é que se verificam os chamados *efeitos infringentes ou modificativos* dos embargos de declaração”.

Nesta Ação Penal 470, na recente decisão de 18/04/2013 (23º e 24º Agravos Regimentais), ao ampliar o prazo para interposição de Embargos Declaratórios para as defesas, expressamente, “o *Tribunal deliberou ainda estender*

ao Ministério Público Federal o prazo de 10 (dez) dias para a impugnação de eventual interposição de **embargos com efeitos modificativos**”.

Por óbvio, o Excelso Pretório admite os “*embargos declaratórios com efeitos modificativos*” de iniciativa do Ministério Público Federal, assim como os embargos declaratórios de iniciativa da defesa dos acusados condenados no acórdão ora embargado com os mesmos efeitos modificativos.

Há vários precedentes do STF, no Pleno e nas Turmas, nos quais se admitem **embargos declaratórios com efeitos modificativos**: EMB. DECL. NO AG. REG. NA RECLAMAÇÃO nº 4824/MS, Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/2013, DJe 06/03/2013; EMB. DECL. NO AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 231.841/PE, Min. AYRES BRITTO, Primeira Turma, julgado 16/08/2011, DJe 19.10.2011; EMB. DECL. NO AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 270.479/RJ, Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado 07/06/2011, DJe 22/06/2011.

12.2 – A interposição de embargos declaratórios com pedido e efeitos modificativos impõe a abertura prévia de vista dos autos ao Senhor Procurador Geral da República para sua manifestação sobre os embargos, em homenagem ao princípio constitucional do contraditório, antes do respectivo julgamento dos mesmos pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal.

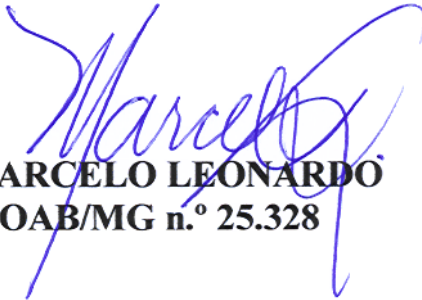
12.3 – A interposição dos presentes Embargos Declaratórios, nos termos do artigo 339 do Regimento Interno do STF suspendem o prazo para interposição de outro recurso, no caso, dos Embargos Infringentes a que se refere o artigo 333, inciso I, parágrafo único, do mesmo RI/STF:

Art. 339. Os embargos declaratórios suspendem o prazo para interposição de outro recurso, salvo na hipótese do § 2º deste artigo.

§ 1º O prazo para a interposição de outro recurso, nos termos deste artigo, é suspenso na data de interposição dos embargos de declaração, e o que lhe sobejar começa a correr do primeiro dia útil seguinte à publicação da decisão proferida nos mesmos embargos.

Nestes termos, juntada esta aos autos, o Embargante pede e espera sejam admitidos, apreciados e acolhidos os 11 (onze) embargos declaratórios interpostos nesta única petição eletrônica.

Brasília, quinta-feira, 02 de maio de 2013.


MARCELO LEONARDO
OAB/MG n.º 25.328