



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO
RELATOR DA AÇÃO PENAL Nº 470 NO
E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
(Min. JOAQUIM BARBOSA)

Arnaldo Malheiros Filho
Flávia Rahal Bresser Pereira
Daniella Meggiolaro

Arthur Sodré Prado
Conrado G. de Almeida Prado
Thiago Diniz Barbosa Nicolai
Gustavo Alves Parente Barbosa

DELÚBIO SOARES DE CASTRO, por seus advogados, nos autos do procedimento em referência, vem à presença de V. Exa., com fundamento no art. 619 do CPP, no art. 19 do CPC c/c art. 3º do CPP e no art. 337, §1º, do RISTF, tempestivamente opor *embargos de declaração* para sanar ambigüidades, omissões, contradições e obscuridades do v. acórdão de fls. 51.616/60.020, conforme a seguir se expõe.

1. Um protesto necessário

Summum jus, summa injuria!

Ao apegar-se à literalidade da Lei e desprezar as peculiaridades de um caso absolutamente singular na história da Corte, o Tribunal impôs grave cerceamento de defesa, pois, como se disse em petição anterior, é humanamente impossível cumprir o dever de defender os direitos do constituinte em sua plenitude em prazo tão exíguo.



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

Por isso, em tempo insuficiente¹, o embargante se debruçou sobre as mais de oito mil e quatrocentas páginas do aresto e notou que, além de haver sensíveis diferenças entre os debates transmitidos por ocasião do julgamento e o acórdão juntado aos autos (mostrando a pouca valia das gravações), há contradições e omissões na decisão embargada.

Por tal motivo o embargante consigna que é possível a existência de mais pontos obscuros ou contraditórios, que o parco tempo concedido não permitiu argüir.

2. Um acórdão ininteligível

O tratamento diferenciado dispensado por essa Colenda Corte ao presente caso é notório: sob a alegação de que o julgamento do “maior escândalo da história política do Brasil” haveria de ser o mais célere possível, direitos e garantias individuais dos acusados, infelizmente, acabaram por ser desrespeitados.

Movida por uma pressa que nunca se justificou, mas que, a essa altura, é ainda mais infundada, essa Colenda Corte publicou de forma atabalhoada o acórdão, o que não incluiu nenhuma preocupação em torná-lo inteligível à Defesa e apto à apresentação de recursos tão importantes quanto os embargos de declaração e infringentes.

O documento – composto de impressionantes 8.405 páginas – mais parece uma colcha de retalhos e, em diversos momentos, soa desconexo. Diversos dos

¹. Para ler o inteiro teor do acórdão, o locutor de jôquei mencionado no voto do eminente Min. CEZAR PELUZO (fls. 51.739) demoraria aproximadamente 58 dias.



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

aportes apresentados por dois dos Ministros mais atuantes no julgamento foram simplesmente suprimidos do texto, tornando os debates travados durante as sessões incompreensíveis.

Com efeito, foram cancelados ao todo 1.336 trechos do acórdão! Praticamente *nenhuma* das diversas manifestações do Ministro LUIZ FUX – reconhecidamente um dos mais rigorosos julgadores neste feito, cuja contundência não se pode negar ter influenciado os votos dos demais – foi mantida na decisão ora embargada. O mesmo ocorre com as interferências do decano dessa Suprema Corte, o Ministro CELSO DE MELLO, que eliminou de seu voto a maior parte de suas considerações, sempre tão respeitadas por seus pares.

Há situações, com a devida vênia, que beiram o ridículo, na medida em que importantes discussões são travadas ao longo das sessões – muitas delas iniciadas pelo próprio Ministro LUIZ FUX – sem que se possa entender seu conteúdo, justamente porque as intervenções foram canceladas do acórdão!

Muito embora no decorrer de toda a decisão haja momentos assim, o embargante trará à tona apenas alguns exemplos, que ilustram perfeitamente a dificuldade de compreensão dos votos relacionados aos crimes a ele atribuídos:

- **Exemplo nº 1, fls. 55.536/5537** – Durante voto do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI sobre o item VI da denúncia, o Ministro LUIZ FUX pede a palavra e, a partir daí, inicia-se uma longa discussão sobre a ocorrência ou não de “financiamento de campanhas” e “caixa dois”. Ocorre que, sem a identificação do que foi dito pelo segundo, fica totalmente inviável absorver a conclusão a que chegaram os eminentes julgadores:

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

“O Senhor Ministro Luiz Fux: CANCELADO

“O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Revisor): -
Pois não.

“O Senhor Ministro Luiz Fux: CANCELADO

“O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Revisor): -
Mesmo que, perdão?

“O Senhor Ministro Luiz Fux: CANCELADO

“O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Revisor): -
Sim, porque na maior parte...

“O Senhor Ministro Luiz Fux: CANCELADO

“O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Revisor):

“Isso porque na maior parte dos casos, o que ocorreu?
Houve um acordo entre partidos pra financiamento de
campanhas; os representantes dos diversos partidos
telefonavam para o partido que financiava essas
campanhas, e diziam: olha, vai e recebe dinheiro no banco
tal; e essa pessoa, a princípio, não sabe se esse dinheiro
vinha da SMP&B, do próprio banco ou de uma empresa
qualquer, como é comum, inclusive, quando se trata de
‘caixa dois’

“O Senhor Ministro Luiz Fux: CANCELADO

“O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Revisor): -
Perdão?

“O Senhor Ministro Luiz Fux: CANCELADO

“O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Revisor): -
Incide na corrupção

“O Senhor Ministro Luiz Fux: CANCELADO

“O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Revisor): -
Não. A corrupção...

“O Senhor Ministro Luiz Fux: CANCELADO

“O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Revisor): -
Corrupção passiva, exatamente.

“O Senhor Ministro Luiz Fux: CANCELADO

“O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Revisor): -
Pelo simples fato de ter recebido dinheiro. Está certo? Na
qualidade de parlamentar.

“O Senhor Ministro Luiz Fux: CANCELADO”.

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

- **Exemplo nº 2, fls. 55.751** – Durante a votação do item VI da denúncia, surge mais um debate iniciado pelo Ministro LUIZ FUX e do qual participaram vários Ministros. Como se vê, graças ao cancelamento das falas do primeiro, não se consegue entender do que se trata a decisão, especialmente as quais “três réus” ela se refere:

“O Senhor Ministro Luiz Fux: CANCELADO

“O Senhor Ministro Ayres Britto (Presidente): - Fora de época.

“O Senhor Ministro Luiz Fux: CANCELADO

“O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Revisor):

- Eu o condenei.

“O Senhor Ministro Luiz Fux: CANCELADO

“A senhora Ministra Cármen Lúcia – Na corrupção?

“O Senhor Ministro Luiz Fux: CANCELADO

“O Senhor Ministro Ayres Britto (Presidente): - Julga procedente a ação quanto a esses três réus?

“O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: CANCELADO.

- **Exemplo nº 3, fls. 55.754** – Na sequência do momento acima retratado, um pouco mais adiante, enquanto ainda se tratava da ocorrência do crime de corrupção passiva, surge talvez a mais esdrúxula das situações. Com todo respeito, E. Tribunal, como se verá abaixo, o que há, literalmente, é uma “conversa de surdos”, já que foram suprimidos todos os apartes tanto do Ministro LUIZ FUX quanto do Ministro CELSO DE MELLO:

“O Senhor Ministro Luiz Fux: CANCELADO

“O Senhor Ministro Ayres Britto (Presidente): - Procedente a ação, portanto, quanto a essa nova imputação.

“O Senhor Ministro Luiz Fux: CANCELADO

“O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Revisor): - Sim.

“O Senhor Ministro Luiz Fux: CANCELADO



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

“O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Revisor): Não, não acolhi.

“O Senhor Ministro Luiz Fux: CANCELADO

“O Senhor Ministro Celso de Mello: CANCELADO

“O Senhor Ministro Luiz Fux: CANCELADO

“O Senhor Ministro Celso de Mello: CANCELADO

“O Senhor Ministro Luiz Fux: CANCELADO

“O Senhor Ministro Celso de Mello: CANCELADO

“O Senhor Ministro Ayres Britto (Presidente): É compatível.

Os trechos acima citados demonstram a dificuldade que o acusado enfrenta na compreensão dos embates selados durante o julgamento e, por consequência, do teor do v. acórdão que o condenou e que se tornou, repita-se, ininteligível.

Essa constatação não é exclusiva da Defesa – a quem se pode atribuir supostos interesses “protelatórios” – mas dos mais diversos meios de comunicação – e, mais grave! – de um dos Ministros dessa própria Corte. É o que apontou matéria recentemente publicada no *site* do CORREIO BRAZILIENSE:

“A aguardada divulgação dos votos dos ministros da Corte manteve a série de polêmicas que envolveu o caso: alguns magistrados suprimiram trechos dos debates travados em plenário durante o julgamento, o que gerou críticas de réus e até de magistrados do próprio STF. O Ministro Luiz Fux retirou do acórdão todos os 520 comentários e colocações feitos ao longo dos quase cinco meses do processo. Com isso, o acórdão traz trechos sem sentido, em que ministros respondem questionamentos feitos por Fux, por exemplo, sem que a fala dele com a pergunta apareça no documento. O Ministro Celso de Mello excluiu boa parte de suas participações em debates.

“(…)

“O regimento interno do STF determina que as notas taquigráficas ou transcrições de áudio do julgamento



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

devem fazer parte do acórdão. Por isso, para o Ministro Marco Aurélio Mello, a supressão dos trechos de discussões e votos do acórdão contraria a legislação. ‘Se um ministro não quer que um determinado comentário não entre no acórdão, então ele que se policie para não falar’, critica Marco Aurélio” – grifos e destaques nossos².

O Jornal VALOR ECONÔMICO também enfatizou a dificuldade de compreensão do acórdão em razão da supressão de tantos trechos:

“As 8.405 páginas do acórdão do mensalão publicado ontem no ‘Diário da Justiça’ eletrônico suprimiram 1.336 manifestações dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) feitas durante as 53 sessões de julgamento da Ação Penal nº 470, que durou de 2 de agosto a 17 de dezembro do ano passado. Ao longo do texto que contém a decisão da Corte pela condenação de 25 dos 39 réus no processo, a palavra ‘cancelado’ é recorrente, indicando que, a pedido dos próprios ministros, algumas de suas falas foram excluídas.

“O ministro que mais suprimiu falas do texto do acórdão foi o decano do Supremo, Celso de Mello. No caso dele, foram 805 manifestações feitas durante as sessões de julgamento do mensalão que foram suprimidas do acórdão. Em seguida vem o ministro Luiz Fux, que retirou do texto final 519 de suas manifestações durante o julgamento – praticamente todas que ele fez ao longo do julgamento”³.

Segundo esse periódico, o Ministro CELSO DE MELLO, por meio da assessoria de imprensa dessa Corte, teria dito que os cancelamentos dos trechos se deram “por uma razão prática: o prazo previsto no regimento interno do STF para

². Matéria publicada em 23.4.2013 – www.correiobraziliense.com.br/.../ministros-excluem-parte-dos-votos-no-acordao-advogados-vaio-recorrer.shtml.

³. Matéria publicada em 23.4.2013 – <https://conteudoclipingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2013/4/23/acordao-do-mensalao-tem-1-336-supressoes>.

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

publicação do acórdão já havia sido ultrapassado em quatro dias, de modo que ele optou por liberar o voto, retirando as intervenções feitas ao longo dos vários debates”⁴.

É lamentável, mas uma vez mais em nome da celeridade que sempre pautou o andamento do presente feito, garantias dos acusados foram suprimidas sem nenhuma cautela. A declaração do Ministro CELSO DE MELLO apenas comprova que a publicação do v. acórdão embargado foi feita de forma extremamente afobada e desproporcional ao cuidado que a complexidade do caso exige.

Apenas para lembrar, o embargante foi condenado às altíssimas penas de 8 anos e 11 meses de reclusão e tem todo direito de conhecer os motivos – *documentados por escrito* – que levaram os membros da mais Alta Corte do País a assim decidir.

Por isso é que o Regimento Interno estabelece que “as conclusões do Plenário e das Turmas, em suas decisões, constarão de acórdão, do qual fará parte a transcrição do áudio do julgamento” (art. 93) e que “em cada julgamento a transcrição do áudio registrará o relatório, a discussão, os votos fundamentados, bem como as perguntas feitas aos advogados e suas respostas, e será juntada aos autos com o acórdão, depois de revista e rubricada” (art. 96).

Ainda que essa Colenda Corte permita o cancelamento de determinados trechos de suas decisões – prática não muito usual, mas por vezes utilizada em situações em que há discussões acaloradas durante os julgamentos – não se pode

⁴. Idem.

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

tolerar que sejam excluídas “praticamente todas” as manifestações dos MINISTROS CELSO DE MELLO e LUIZ FUX do v. acórdão.

Além da supressão dos trechos acima mencionada, o acórdão embargado peca por extrema desorganização e falta de coerência estrutural, o que também o torna incompreensível. Por exemplo, a maioria das diversas discussões ocorridas nas sessões de julgamento está transcrita somente depois dos votos de cada um dos Ministros, o que dificulta o entendimento do exato momento em que os apartes foram feitos e quais as conclusões a que os Ministros chegaram.

Além disso, alguns votos não estão transcritos na ordem e na forma em que ocorreram. Por exemplo, o voto da Ministra ROSA WEBER, ao invés de ser consolidado “em fatias”, de acordo com cada item da denúncia e como efetivamente se deu durante o julgamento, foi integralmente inserido no corpo do acórdão, em momento aleatoriamente escolhido para tanto⁵. Enquanto o voto do Ministro JOAQUIM BARBOSA, quanto ao crime de corrupção ativa, se encontra a fls. 56.226/56.348, o trecho do voto da Ministra sobre este tema está acostado bem antes, a fls. 52.982/53.020, o que contraria, inclusive, a ordem regimental estabelecida por esse Supremo Tribunal Federal⁶, não fazendo nenhum sentido que ele venha antes do voto do Ministro Relator, condutor da decisão, e do Ministro Revisor.

Ter conhecimento do inteiro teor da decisão condenatória e da maneira como ela exatamente se deu é crucial à defesa do embargante, razão pela qual a omissão das intervenções dos julgadores, especialmente dos Ministros LUIZ FUX e CELSO DE MELLO, e a desordem com que os votos foram consolidados

⁵. Fls. 52.676/53.093.

⁶. Cf. art. 135 do Regimento Interno: “Concluído o debate oral, o Presidente tomará os votos do Relator, do Revisor, se houver, e dos outros Ministros, na ordem inversa da antiguidade”.



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

configuram gravíssimo cerceamento, devendo ser sanadas por essa Colenda Corte sob pena de nulidade da decisão embargada.

3. O escopo do presente recurso

O interesse do peticionário, ressalte-se, não se limita a buscar possíveis efeitos infringentes destes embargos. Dirige-se principalmente ao esclarecimento dos votos que acarretaram a sua condenação pois, como ressalta BARBOSA MOREIRA, “é inconcebível que fiquem sem remédio a obscuridade, a contradição ou a omissão existente no pronunciamento, não raro a comprometer até a possibilidade prática de cumpri-lo”⁷.

É também da melhor doutrina a lição de que o gravame objeto dos embargos “é inerente ao fato de se ter uma manifestação jurisdicional ambígua, obscura, contraditória ou omissa. Não há prejuízo mais evidente do que estar submetido a uma decisão incompreensível ou incompleta. O interesse recursal está vinculado à (in)eficácia da garantia da motivação das decisões judiciais”⁸.

Como efeito, é por meio da motivação das decisões judiciais que se garante ao acusado o direito de entender claramente como se deu a análise da prova e os motivos pelos quais foi decretada a sua condenação⁹. No entanto, a questão não se

⁷. Como ressalta JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, – *Comentários ao Código de Processo Civil*, 13ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2006, p. 554.

⁸. AURY LOPES JÚNIOR, *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, 7ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001, v. II, p. 560.

⁹. Em monografia sobre o tema, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO aponta que não seria razoável admitir pudesse o juiz proferir decisões que constituam produto de simples vontade pessoal. “É com tal sentido que se revela aquele que Ferrajoli denomina o *valor fundamental* do princípio da motivação: o de garantia da natureza cognitiva e não *potestativa* do julgamento penal, vinculando-o, quanto ao direito, à estrita legalidade, e quanto aos fatos, à *prova* da hipótese acusatória” – A motivação das decisões penais, RT, São Paulo, 2001, p. 97, destaques do original.

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

esgota no interesse das partes, pois o dever de motivação também tem função política, legitimadora do exercício jurisdicional¹⁰:

“Evoluiu a forma de se analisar a garantia da motivação das decisões. Antes entendia-se que se tratava de garantia técnica do processo, com objetivos endoprocessuais (...) Agora, fala-se em garantia de ordem política, em garantia da própria jurisdição. Os destinatários da motivação não são mais somente as partes e os juízes de segundo grau, mas também a comunidade que, com a motivação, tem condições de verificar se o juiz, e por conseqüência a própria Justiça, decide com imparcialidade e com conhecimento da causa. É através da motivação que se avalia o exercício da atividade jurisdicional. Ainda, às partes interessa verificar na motivação se as suas razões foram objeto de exame pelo juiz. A este também importa a motivação, pois, através dela, evidencia a sua atuação imparcial e justa”¹¹.

No caso em tela, dada a enorme exposição midiática do processo, esse aspecto está ainda mais presente, a evidenciar a pertinência do exame não só do voto condutor nestes embargos de declaração, como também dos pronunciamentos dos demais integrantes deste Tribunal.

Não se diga que a razão de ser dos embargos declaratórios é o pré-questionamento, motivo pelo qual eles não caberiam contra decisão do Supremo Tribunal Federal. Em primeiro lugar, a jurisprudência da Casa é maciçamente em

¹⁰. Tal garantia, segundo o magistério dessa Suprema Corte, “*constitui pressuposto de legitimidade das decisões judiciais. A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário. A inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica da decisão e gera, de maneira irremissível, a conseqüente nulidade do pronunciamento judicial*” – HC 80.892/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 23.11.2007, p. 115, destacamos.

¹¹. ANTONIO SCARANCE FERNANDES, *Processo penal constitucional*, 3ª ed., RT, São Paulo, 2002, p. 119.



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

sentido contrário, tanto que embargos declaratórios são amiúde julgados. Em segundo lugar, porque a exigência de embargos declaratórios para garantir o pré-questionamento (hoje sob discussão) surgiu com a edição do verbete 356 da Súmula, em dezembro de 1963, enquanto o recurso está previsto no Código do Processo Penal de 1941, quando ainda não se falava nesse requisito do recurso extraordinário.

Já as Ordenações Filipinas tratavam do assunto, como revela PEREIRA E SOUSA, em meados do Século XIX¹². Depois de dizer que “a sentença deve ser: I – clara”, cita em rodapé: “depois da publicação da sentença só pode ela ser declarada por meio de embargos – Ord. L. 3, tit. 66, § 6”¹³. No capítulo sobre os recursos consigna o clássico autor: “Não são admissíveis segundos embargos à mesma sentença; excepto: (...) os de declaração”¹⁴.

Diante desse panorama, e com as considerações seguintes, o peticionário espera, ao final do julgamento dos presentes embargos, ter condições de i) compreender a fundamentação da decisão que o condenou, *sem direito a apelação*, à gravíssima pena de oito anos e onze meses de reclusão; ii) possibilitar melhor qualidade para o debate em embargos infringentes; e iii) requerer ao E. Tribunal, por meio da correção de contradição e omissões, a necessária modificação do julgado.

¹² . JOAQUIM JOSÉ CAETANO PEREIRA E SOUSA, *Primeiras linhas sobre o processo civil*, Typographia Rollandiana, Lisboa, 1858.

¹³ . Tomo I, § CCLXXX, p. 264.

¹⁴ . Tomo II, § CCXCV, p. 8.

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

4. Contradição sobre a jurisdição

O v. acórdão embargado, com a devida vênia, é contraditório no que diz respeito aos critérios pelos quais foi fixada a competência para julgar réus que, como o acusado, não detém prerrogativa de foro nessa Alta Corte.

Em questão de ordem, foi argüida a necessidade de análise da questão sob enfoque constitucional, já que o dilema havia sido resolvido apenas sob a égide das normas de conexão e continência. Por maioria, vencidos os Ministros RICARDO LEWANDOWSKI e MARCO AURÉLIO, a preliminar foi indeferida.

Segundo o voto condutor, teria ocorrido a preclusão da matéria, eis que pedido de desmembramento do feito já havia sido indeferido em outras ocasiões por essa Colenda Corte. Ademais, salientou o eminente Relator que a atração da competência, *ex vi* do enunciado nº 704 da Súmula dessa Casa, não violaria as garantias do juiz natural, do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição (fls. 51.667/8).

O Ministro CARLOS BRITTO acrescentou, ainda, que no caso dos autos, “a prorrogação da competência originária do Supremo Tribunal Federal se deu por *necessidade da investigação e da instrução processual, tamanho o imbricamento dos fatos e das condutas dos réus*” (fls. 51.778, destacamos).

Ocorre que, ao julgar preliminares suscitadas pela defesa de CARLOS ALBERTO QUAGLIA, foi acolhida a tese de *error in procedendo* durante a ação penal, “com a proclamação da nulidade do processo desde a defesa prévia, e baixa dos autos ao juiz de Primeiro Grau” (fls. 52.225).

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

No entanto, nenhuma linha do acórdão se destina a explicar a “*baixa dos autos ao juiz de Primeiro Grau*”. Se já houve preclusão no sentido de fixar a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar a ação penal nº 470, porque somente o acusado QUAGLIA será julgado pelo Juízo de primeiro grau, com acesso ao duplo grau de jurisdição?

Nem mesmo a necessidade de cisão justifica os critérios contraditórios, pois cinde-se o processo, mas não a jurisdição. Em outras palavras, se a jurisdição é do Supremo Tribunal Federal, aí deveria tramitar o feito cindido. Ou enviar à primeira instância todos os réus que não são detentores de foro por prerrogativa de função.

Em meio à discussão dessa preliminar de nulidade, o Ministro CELSO DE MELLO apontou “que se impõe, ao Judiciário, o dever de assegurar, ao réu, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante. A essencialidade desse postulado de ordem jurídica reveste-se de tamanho significado e importância no plano das atividades de persecução penal que ele se qualifica como requisito legitimador da própria ‘persecutio criminis’” (fls. 52.209/10, grifamos).

Por outro lado, LÚCIO DE BOLONHA FUNARO e JOSÉ CARLOS BATISTA também foram processados em primeiro grau. Conforme ressaltou o Min. JOAQUIM BARBOSA, “não há como refutar o fato de que eles são co-réus”, mas “causaria prejuízo extremo ao bom andamento do feito” o aditamento da inicial, “tendo em vista os interesses públicos indisponíveis em jogo no processo penal” (p. 111 do respectivo acórdão).

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

O direito à isonomia, tão caro à Constituição a ponto de ter sido consagrado no Preâmbulo e na cabeça do art. 5º¹⁵, foi afirmado no v. acórdão como corolário do devido processo legal mas, inexplicavelmente, deixou de ser aplicado no que toca à necessidade de desmembramento. A única consideração feita sobre isso foi no diálogo havido entre os Ministros MARCO AURÉLIO e JOAQUIM BARBOSA, no sentido de que:

“O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ao menos esse acusado vai ter observado o princípio do juiz natural!

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) – Eu não tenho poderes para revogar dispositivos da Constituição” (fls. 52.219).

Como bem ressaltou o Ministro JOAQUIM BARBOSA, o Tribunal não pode se sobrepôr à Lei Maior. No entanto, ante a contradição do v. acórdão embargado, impossível compreender se é a Constituição quem define as normas de competência por prerrogativa de função ou se cabe ao julgador interpretar os mandamentos constitucionais em maior amplitude, em claro juízo de conveniência¹⁶.

Em corajoso e brilhante diagnóstico da situação, o Min. MARCO AURÉLIO ressaltou a incapacidade de *“imaginar que a mais alta Corte do País possa*

¹⁵. Como observa ROGÉRIO LAURIA TUCCI, “o regramento da igualdade de todos perante a lei, ou da isonomia, tem como destinatários todos os poderes do Estado: cogente para o ‘próprio legislador, a fortiori obriga o Judiciário e a Administração na aplicação que dão à lei. Da consagração constitucional da isonomia resulta a regra hermenêutica de que sempre se deverá preferir a interpretação que iguale, não a que discrimine’” - *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, 2ª ed., RT, São Paulo, 2004, p. 142.

¹⁶. Nesse sentido, o voto do Min. RICARDO LEWANDOWSKI é preciso ao apontar que “as raras decisões [desse E. Tribunal] no sentido do não desmembramento dos feitos são, em geral, de natureza casuística, repousando, quase sempre, em argumentos de ordem pragmática, quando não baseados em uma ótica eminentemente subjetiva. Tal constatação impede que se delimite conceitualmente os casos em que o desmembramento deve ou não ocorrer, levando a um indesejável casuísmo ou reprovável voluntarismo decisório” (fls. 51.688).

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

assentar a respectiva incompetência absoluta, e mesmo assim, para não dar a mão à palmatória, julgar a ação” (fls. 51.747). E prossegue:

“Estamos diante de incompetência absoluta, como é a em razão da matéria. Estamos diante de um princípio que encerra garantia fundamental: o de o cidadão saber quem será o Estado-acusador e o Estado-julgador.

“Estamos diante de algo que apontaria como a medula do devido processo legal, pelo menos em uma República, em um Estado que se diga de Direito e Democrático.

“Não há a preclusão da matéria, sob pena de os colegas me condenarem a voltar aos bancos da minha querida Nacional de Direito e fazer novamente o curso de bacharelado em Direito.

“(…).

“Há mais, Presidente. Não cabe variar, adotando como que o vazo popular de: ‘dar uma no cravo e outra na ferradura’. No tocante ao denominado ‘mensalinho’ – e, por sinal, há até coincidência, envolve um dos réus desta ação com a qual estamos a nos defrontar – este Tribunal implementou o desmembramento. Talvez pelo aumentativo, talvez pelo vocábulo, talvez pelo vernáculo, não implementará o desmembramento quanto ao ‘mensalão’?

“O processo, para mim, não tem capa. O Supremo tem um compromisso maior – e aqui estou praticamente usando o microfone, parafraseando o ministro Néri da Silveira – com princípios. Não lhe cabe – por não haver um órgão acima para corrigir as respectivas decisões – estabelecer, conforme este ou aquele caso, o critério de plantão. Quanto mais escassa a possibilidade de revisão da decisão, maior deve ser o apego ao Direito posto, ao Direito subordinante” (fls. 51.747/9).

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

Ora, os arts. 79 e 80 do CPP não conferem ao julgador a atribuição de definir a competência do Tribunal¹⁷, matéria que é pressuposto processual¹⁸ e, por isso, não preclui, podendo, inclusive, ser rediscutida nos presentes embargos.

Aliás, a demanda por um novo debate da matéria não é apenas do embargante. O eminente Ministro CELSO DE MELLO, inobstante tenha afastado a questão de ordem, reconhece que “a prerrogativa de foro merece nova discussão”,

“(…) até mesmo, uma abordagem mais restritiva pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em ordem a somente reconhecer a prerrogativa de foro em relação aos delitos praticados ‘in officio’ ou ‘propter officium’, e que guardem íntima conexão com o desempenho da atividade funcional, para que nós não estejamos a julgar membros do Congresso Nacional por supostas práticas delituosas por eles alegadamente cometidas quando prefeitos municipais, vereadores ou deputados estaduais” (fls. 51.761).

Por tal motivo, é essencial que essa C. Corte afaste a contradição do v. acórdão e, atenta ao princípio da isonomia, pronuncie-se sobre qual é extensão da competência por prerrogativa de função, especialmente sobre a possibilidade de o Juiz escolher, em um critério de conveniência, quais acusados devem ser julgados no Supremo Tribunal Federal e quais devem ser processados em primeiro grau.

¹⁷. Segundo JOSÉ FREDERICO MARQUES, “apenas se considerará juiz natural ou autoridade competente o órgão judiciário cujo poder de julgar derive de fontes constitucionais. A lei ordinária, por si só, não legitima a jurisdição conferida a juízes e tribunais. Autoridade judiciária competente é aquela cujo poder de julgar a Constituição prevê e cujas atribuições jurisdicionais ela própria traçou” – *Da competência em matéria penal*, Saraiva, São Paulo, 1953, p. 58/59, grifamos.

¹⁸. Em comentário sobre o processo penal alemão, CLAUS ROXIN define “presupuestos procesales, em sentido amplo” como “las circunstancias de las que depende la admisibilidad de todo el procedimiento o una parte considerable de él (p. ej. *competencia del tribunal*, existência de uma instancia de persecución penal, sometimiento del inculcado a la jurisdicción respectiva etcétera) (...) En principio, *el tribunal tiene que verificar de oficio su competencia material* en cada estadio del procedimiento (§ 6)” – *Derecho Procesal Penal*, 25ª ed. traduzida por Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 165/167, destacamos.



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

5. A ambigüidade sobre o ato de ofício

Entre os diversos pontos abordados no acórdão embargado, sem dúvida, um dos mais relevantes foi a análise dos requisitos para caracterização dos crimes de corrupção passiva e ativa.

Esperava-se que fosse mantida a baliza fixada no julgamento do emblemático “Caso Collor” de que “a consumação do delito de corrupção passiva, se, de uma parte, prescinde da *efetiva realização do ato funcional correspondente*, de outra, exige que a prática ou omissão deste tenha sido a causa da solicitação, do recebimento ou da aceitação da vantagem ou da promessa de vantagem indevida”¹⁹.

Todavia, o que se viu foi o extremo oposto disso. Muito embora tenha havido um grande debate entre os julgadores, sem que tenham eles chegado a um consenso sobre o tema, a condenação do embargante foi proclamada.

Parte dos Ministros adotou a novel teoria de que a ocorrência dos crimes de corrupção ativa ou passiva *independe* da prática de ato de ofício, em razão de os acusados terem sido denunciados nas formas simples dos referidos delitos. É o que se vê dos seguintes trechos:

“Não tem relevo, para os específicos fins deste item da acusação, obter-se a prova plena da efetiva prática do ato de ofício pelos parlamentares acusados, por terem eles sido denunciados pela forma simples de corrupção passiva (art. 317, caput, do Código de Processo Penal).

¹⁹. STF, AP 307/DF, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJU 13.10.1995, p. 2.194, grifamos.

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

“A prática do ato é imprescindível somente na forma qualificada deste crime (art. 317, §1º, do Código de Processo Penal” (fls. 53.567 – Ministra CÁRMEN LÚCIA).

“O fato relevante é que o acordo político para sustentação do Governo Federal envolveu, segundo o conjunto probatório, o repasse do dinheiro a parlamentares, de forma sub-reptícia, pelas empresas de Marcos Valério. Sendo ele, o repasse, um dos elementos que levaram os acusados parlamentares federais a prestar apoio político, votando no Congresso a favor do Governo Federal, já é suficiente para caracterizar o crime de corrupção passiva. Não exige a lei que a solicitação da vantagem indevida, ou seu recebimento, seja o único elemento determinante da realização do ato de ofício.

“O precedente desta Suprema Corte consubstanciado no julgamento da Ação Penal 307 (Plenário, Rel. Ilmar Galvão, por maioria, j. 13.12.1994, DJ 13.10.1995) não é aplicável ao presente caso.

“(…)

“Por outro lado, a efetiva prática, omissão ou retardamento da prática do ato de ofício é apenas causa de aumento da pena, conforme art. 317, §1º, e art. 333, parágrafo único, do Código Penal, não sendo exigidos para a caracterização ou consumação dos crimes na modalidade do *caput* respectivo” (fls. 52.904/52.905 – Ministra ROSA WEBER).

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

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

ofício. Esta prática configura causa de aumento de pena”
(fls. 55.290 – Ministro JOAQUIM BARBOSA)²⁰.

Ocorre, no entanto, que no momento em que o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI utilizava essa mesma premissa para condenar o embargante, foi interrompido pelo Ministro GILMAR MENDES que afirmou que a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ação penal nº 307/DF não foi modificada e que é sim necessária a indicação do ato de ofício para caracterização dos crimes de corrupção ativa e passiva:

“Ministro Gilmar Mendes – Ministro Lewandowski, Vossa Excelência me permite uma brevíssima consideração?

“Vossa Excelência, no seu voto – tenho aqui até a tabela – condena alguns deputados por corrupção passiva, entendendo que houve repasse de recursos para a prática de algum ato, aparentemente o ato de apoio ou de participação.

“Também Vossa Excelência, no seu voto, condena Delúbio Soares como corruptor ativo. Não parece que está havendo uma contradição nessa manifestação de Vossa Excelência?

“Ministro Ricardo Lewandowski (Revisor) – Eu tenho impressão que Vossa Excelência não ouviu, então, claramente o que eu disse nas minhas manifestações anteriores. Eu disse que estava seguindo orientação deste egrégio Plenário no sentido de dizer que basta a oferta ou a recepção da vantagem indevida por alguém que ocupe um cargo público para que fique configurado o crime de corrupção passiva.

“Não é necessário identificar o ato de ofício.

“Ministro Gilmar Mendes - Ainda não se pronunciou sobre isso.

“Ministro Ricardo Lewandowski (Revisor) - Então, eu interpretei assim. Como é que o Plenário se pronunciou,

²⁰. Nesta esteira também os Ministros DIAS TOFFOLI (fls. 55.840, 55.900, 55.965 e 56.636) e AYRES BRITTO (fls. 56.131).

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

então, Ministro Gilmar Mendes? Diga-me, por favor? Eu quero ficar esclarecido.

“Ministro Gilmar Mendes - Nós dissemos que havia ato de ofício, e isso, por maioria” (fls. 56.578/56.579).

Essa posição foi reiterada pelo Ministro CELSO DE MELLO:

“Vale reafirmar, uma vez mais, Senhor Presidente, que esta Suprema Corte em momento algum ‘flexibilizou’, muito menos desrespeitou, direitos e garantias fundamentais dos réus. Quanto à jurisprudência em torno do ‘ato de ofício’, é importante acentuar que o eminente Relator reafirmou os fundamentos que orientaram a decisão desta Corte no julgamento da Ação Penal 307/DF, o que significa – tal como assinalei em intervenção que fiz na sessão plenária de 6/9/2012 – que o Supremo Tribunal Federal não se distanciou da interpretação dada ao art. 317, ‘caput’, do CP” (fls. 55.623).

Com isso, qual foi a posição final adotada pela Suprema Corte? Se nem o Ministro LEWANDOWSKI entendeu, menos ainda o ora embargante.

Ora, se o Pretório Excelso realmente mudou sua concepção sobre a necessidade de comprovação do ato de ofício, com a devida vênia, os Ministros GILMAR MENDES e CELSO DE MELLO devem esclarecer seus votos em razão das evidentes contradições existentes.

Caso contrário, devem os demais julgadores sanar as omissões e ambigüidades constantes de seus votos em virtude da falta de fundamentação em relação ao “liame entre o ato de ofício e o comércio da função pública” (fls. 56.096).



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

Ademais, cabe salientar que aqui não se questiona a descrição dada pela d. Procuradoria-Geral da República aos atos de ofício imputados ao embargante, mas sim a necessidade da certeza, com base nas provas judiciais, de que tais fatos efetivamente ocorreram.

Se ficar reconhecida a necessidade da comprovação do ato de ofício, o próprio Ministro Revisor, por exemplo, não terá outra opção a não ser absolver o embargante tendo em vista que argumentou em seu voto não estar “**evidenciado mediante farta prova testemunhal e mesmo documental**, ao contrário do alegado pela acusação, **que não havia qualquer relação entre os saques e as votações**” (fls. 56.547 – negritos no original) – afirmando, portanto, que não houve compra de votos.

Não é demais lembrar que o raciocínio dedutivo utilizado pelo eminente Ministro Revisor para concluir pela inexistência do *mensalão* partiu dos mesmos argumentos apresentados nas alegações finais do embargante, nas quais se demonstrou, por gráficos e dados estatísticos, não haver qualquer relação entre os repasses de dinheiro e as votações dos projetos de lei pelos parlamentares.

Se mesmo com a necessidade de comprovação do ato de ofício, alguns Ministros ainda entenderem que “houve, ***sem dúvida***, um conluio para compra de votos de deputados federais para votações a favor do governo no Congresso Nacional” (fls. 52.987), tal assertiva deve ser cabalmente comprovada e não simplesmente amparada na mera indicação de “fortes indícios” (fls. 55.670).

Afinal, desde 2005 vem se falando em *mensalão*, como referência ao pagamento mensal como contrapartida de apoio parlamentar nas votações do Governo Lula. É essa a base de toda a Acusação e, portanto, não pode ser



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

simplesmente largada e substituída à undécima hora por outra justificativa, pelo fato de não existirem provas capazes de sustentar tal tese.

Sendo assim, o embargante aguarda a manifestação do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação ou não das bases teóricas fixadas na ação penal 307/DF e o saneamento das contradições e omissões verificadas.

6. Omissões e contradições sobre a valoração da palavra de testemunhas que exercem cargos parlamentares

Como se sabe, muitos dos denunciados nesse processo são pessoas públicas, que exercem ou já exerceram altos cargos políticos ou em instituições financeiras de grande porte, ou ainda que militaram – como no caso do embargante – durante uma vida inteira na política partidária e sindical.

Nesse contexto, era esperado que boa parte das testemunhas arroladas pelas defesas fossem também dessa categoria, a maioria no exercício de mandatos eletivos. Ora, se a acusação era justamente sobre circunstâncias inerentes à atividade parlamentar, nada mais óbvio que arrolar deputados e senadores como testemunhas.

Para o embargante, assim, a demonstração de que não houve a famigerada compra de votos no Congresso dependia da oitiva de pessoas que freqüentavam, à época, aquele ambiente.

A propósito, do total de depoimentos prestados sob o crivo do contraditório, restou demonstrada a inocência de DELÚBIO SOARES quanto aos

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

fatos imputados²¹. No entanto, ao apreciar essa prova, o insigne Ministro Relator afirmou que:

“(…) quanto às pessoas arroladas como testemunhas, cabe destacar que, por expressa disposição constitucional, os Deputados Federais não são obrigados a testemunhar sobre fatos de que tiveram conhecimento no exercício da função: ‘Art. 53. § 6º Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações’.

“Por tudo isso, creio ser dispensável me aprofundar para demonstrar que raramente contribuem para a elucidação dos fatos afirmações feitas por pessoas que não são testemunhas dos fatos, mas simplesmente amigas íntimas dos réus, pessoas que não têm obrigação de depor ou que não prestam compromisso de dizer a verdade.

“(…)”.

“O que considero é que, em muitos casos, trata-se de pessoas que não se enquadram no conceito legal de testemunhas dos fatos. De toda forma, é claro que algumas informações podem ser úteis à formação do convencimento judicial, desde que estejam em harmonia com outras provas constantes dos autos.

“Por outro lado, há farta demonstração documental e testemunhal acerca dos pagamentos realizados, dos parlamentares beneficiários, das origens dos recursos, não havendo qualquer dúvida quanto à existência do esquema de compra de votos” (fls. 55.106).

²¹ . Como demonstrado em suas alegações finais, do universo de 394 testemunhas ouvidas nos autos, apenas 39 mencionam que conhecem Delúbio da vida profissional ou partidária, 14 mencionaram conhecer de vista ou de notícias da mídia e *nenhuma* afirmou ter conversado com DELÚBIO sobre compra de votos ou ouviram falar sobre possível compra de votos (fls. 48.888).

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

Inicialmente, é preciso destacar o equívoco do eminente Relator ao afirmar que as pessoas arroladas “não são testemunhas dos fatos”. Ora, muitas delas são parlamentares e, por isso, freqüentavam o Congresso Nacional naquela época. Assim, certamente estavam habilitadas a testemunhar sobre o que ouviram ou vivenciaram nos corredores das respectivas casas legislativas.

A propósito, como demonstrou o embargante em suas alegações finais, de um total de 79 depoimentos judiciais de deputados federais ou senadores, *nenhum* menciona ter ouvido falar sobre compra de votos.

Não cabe alegar que são “simplesmente amigas íntimas dos réus”, até porque, muitas dessas testemunhas sequer foram arroladas por Delúbio Soares e nem sequer o conheciam. Presumir assim, tão simplesmente, uma relação para desqualificar os depoimentos é extremamente injusto.

Mas o essencial nesse tema é a grave omissão do douto Ministro Relator ao desconsiderar a análise dessa fundamental prova de defesa, somente porque supôs que as testemunhas mentiriam. Para tanto, invocou, de forma completamente equivocada, o art. 53, § 6º²², da Constituição Federal.

Ora, é evidente que a Carta Magna buscou proteger o mandato político, criando a limitação do dever de testemunhar quando chegar ao conhecimento do fato em razão do exercício do cargo. Trata-se de garantir o livre exercício da função, criando-se um direito subjetivo, que pode ser exercido ou não: O deputado não é obrigado a depor, mas compareceu e depôs. No entanto, não é crível presumir que fatos criminosos – como os imputados – são vinculados à

²². Art. 53, § 6º, CF: “Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações”.

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

atividade parlamentar sem permitir, por outro lado, que se faça a prova contrária à presunção.

Além disso, como bem esclarece a doutrina, “trata-se de *escolha discricionária* do parlamentar e não abrange o dever de testemunhar quando convocado na qualidade de cidadão comum, sobre fatos não abrangidos pela norma constitucional e necessários à instrução penal ou civil”²³ (grifamos).

Como se vê, depor ou não é decisão do próprio parlamentar, a quem cabe, evidentemente, arguir sua impossibilidade de falar sobre fatos quando entender que é o caso.

Mas não é só essa omissão do v. acórdão que o prejudica.

Mais inadmissível, ainda, é constatar que o Eminentíssimo Relator, enquanto desqualifica a prestabilidade das oitivas de parlamentares arrolados como testemunhas de defesa, cita – na mesma folha 55.106 dos autos – trecho de declaração prestada por um Deputado Federal ARLINDO CHINAGLIA, usando-o, evidentemente, como prova para a condenação:

“Cito, por exemplo, o Sr. Arlindo Chinaglia, então líder do Governo na Câmara, que afirmou, em resposta a ofício do Procurador-Geral da República, que tanto ele quanto o Sr. Aldo Rebelo já tinham ouvido falar sobre esses pagamentos a parlamentares na Câmara dos Deputados: ‘Já tínhamos ouvido falar desse pagamento. O comentário era sorrateiro’ [4] (fls. 112, Apenso 39)” (fls. 55.106/55.107).

²³ . ALEXANDRE DE MORAES, *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, 9ª edição, Atlas, São Paulo, 2013, p. 1.047/1.048.



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

A propósito, a citação acima é apenas um exemplo da gritante ambigüidade com que o tema da oitiva de parlamentares foi tratada no voto, já que, em diversas passagens ele considera válidos testemunhos de parlamentares, desde que fundamentem, segundo sua ótica, a tese acusatória!

Da leitura do voto condutor, apenas no que toca ao item VI da denúncia é possível verificar que foram citados, a fim de sustentar a procedência da acusação, pelo menos *seis* depoimentos prestados por parlamentares. Por outro lado, os mais de dez mencionados nas alegações finais do embargante foram desconsiderados – isso sem dizer sobre outras testemunhas, arroladas por co-réus, que corroboraram a inexistência de compra de votos.

Ora, *dois pesos e duas medidas* são intoleráveis sob à luz de nossa Constituição. Assim, ou os depoimentos de parlamentares são prova aptas – e é evidente que no caso presente o são – ou não, e portanto devem ser desconsiderados.

Diante do exposto, o embargante aguarda o saneamento da ambigüidade apontada, bem como da omissão decorrente da falta de apreciação e valoração dos depoimentos prestados por testemunhas de defesa, que conduzem à improcedência da acusação.

7. As contradições na apreciação da prova

Como se disse acima, a prova amealhada em favor do embargante – indicativa da improcedência da acusação que lhe recai – foi desconsiderada pelo eminente Relator sob argumentos não muito democráticos.



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

Em contrapartida, boa parte dos elementos de convicção que formaram o juízo de culpa do voto condutor são decorrentes de uma análise descontextualizada da prova dos autos, o que macula o feito por conduzir a equivocadas e injustas conclusões.

Com efeito, não são raras as passagens do voto condutor nas quais depoimentos de testemunhas são reproduzidos em trechos que, à primeira leitura, apontam para a veracidade da acusação ministerial. No entanto, uma análise do depoimento prestado, especialmente quando os trechos pinçados são contextualizados, mostra que certamente a conclusão seria outra.

É a situação, por exemplo, da já mencionada declaração prestada pelo Deputado ARLINDO CHINAGLIA que, segundo o voto condutor, “*já tínhamos ouvido falar desse pagamento (fls. 112, Apenso 39)*” (fls. 55.107). Ocorre, no entanto, que parte extremamente significativa e esclarecedora do mesmo documento foi omitida:

“Já tínhamos ouvido falar desse pagamento. O comentário era sorrateiro, mas acabou aparecendo no Jornal do Brasil, atribuído ao Deputado Miro Teixeira.

“O Presidente da Câmara dos Deputados, à época o deputado João Paulo Cunha, remeteu o caso a Corregedoria e, posteriormente, à Procuradoria da Casa. “Nenhum Deputado, nem da Situação nem da Oposição, nenhum Líder, nem da Maioria nem da Minoria, apresentou-se para prestar depoimento nesse inquérito e confirmar que tinha conhecimento do tal “mensalão”. Por quê? Afinal, era uma oportunidade.

“Houve desmentido do Deputado Miro Teixeira. Foi até movida uma ação no Ministério Público para que alguns jornalistas ou o órgão de imprensa não me lembro bem se retratassem. O processo está em curso. Tenho comigo toda a sua tramitação. Aqui estão os documentos, todos.

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

“Eu e o Ministro Aldo Rebelo fomos falar com o Presidente da República. Dissemos a ele que o comentário havia surgido em tal época, de tal e tal maneira, que havia sido divulgado e desmentido e que a Câmara dos Deputados arquivara o processo” (fls. 112/113, Apenso 39 – grifamos).

Como se vê, diante dos boatos se que “haveria pagamentos”, foi instaurado um processo para a sua apuração pela Câmara dos Deputados, sendo que, exatamente porque nada de ilegal foi constatado, o procedimento foi arquivado.

Essa interpretação e reprodução equivocada da prova não foi, infelizmente, um fato isolado. O mesmo ocorreu na citação do que teria dito o acusado Bispo Rodrigues em seu interrogatório judicial. Segundo o que descreveu o voto: “um dos principais expoentes do Partido Liberal, o acusado Bispo Rodrigues não apoiou a chapa composta por seu partido à Presidência da República. Portanto, se nem mesmo esse apoio era garantido, ainda menor era a certeza do apoio de dezenas de parlamentares na Câmara dos Deputados, ao longo dos anos seguintes, em matérias do interesse do Governo” (fls. 3.571).

O ilustre Relator omitiu referência ao fato de que, em seu interrogatório judicial, o Bispo Rodrigues afirmou que, muito embora não tenha apoiado a coligação PT/PL no primeiro turno das eleições presidenciais de 2002, aderiu à campanha no segundo turno. Além disso, confirmou que houve ajuda financeira do PT para pagamento de dívidas de campanha:

“Apoiei o Garotinho no primeiro turno aqui do Rio de Janeiro, e no segundo turno eu fui chamado a São Paulo. Assim que acabou a eleição, fui chamado na Executiva Nacional do PT. Aliás, no Comitê Eleitoral de Campanha do Presidente Lula, do PT. Eu não me recordo bem o lugar – um prédio. Lá estavam o Presidente do meu partido e

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

vários líderes do PT, que me questionaram por que da minha infidelidade. Se o meu partido, que indicou o Vice-Presidente da República, não podia ter o meu apoio aqui no Rio de Janeiro. Eu disse que sim, que agora tinha acabado a eleição, meu candidato ao Senado teve três milhões e duzentos mil votos.”

“(…).

“E eu vim para o Rio de Janeiro fazer a campanha do segundo turno do Presidente Lula. Ficou uma dívida. Quando acabou a campanha, eu procurei o Presidente Nacional do meu partido, o Tesoureiro, procurei as pessoas do PT e disse: “Olha, agora eu tenho uma dívida lá. Como é que eu faço?” E eles foram... “Vamos mandar o dinheiro, vamos mandar” (fls. 15.935/15.936).

Outro exemplo claro das omissões de trechos relevantes da prova pode ser constatado do depoimento prestado pela Exma. Sra. Presidente da República, DILMA ROUSSEFF. De acordo com o voto condutor, na qualidade de testemunha, ela teria afirmado “ter ficado surpresa com a rapidez com que foi aprovado, na Câmara dos Deputados, o marco regulatório do setor energético, naquele período (fls. 3.684). Vejamos, no entanto, o que mais disse S. Exa., em seu depoimento:

“(…) que se surpreende, ‘vendo com os olhos de hoje’ com a rapidez da aprovação do projeto, tendo em vista que havia mais de 1.000 emendas, em razão da complexidade, e tendo em vista que se tratava de alteração de marco regulatório do setor elétrico inclusive tendo ocorrido logo após o ‘apagão’; que mencionou ainda que houve um processo de discussão intenso; que não houve pedido de vantagem financeira nem de qualquer outro tipo por parte do Deputado José Janene, nem de qualquer outra pessoa para votação e aprovação da reforma do setor elétrico; que ao referir-se a inexistência impossibilidade de solicitação de vantagem para votação e aprovação de reformas referiu-se tanto as reformas previdenciária e tributária como à reforma do setor elétrico; que ao mencionar a

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

impossibilidade cogitada explicou: que no caso do setor elétrico havia questão técnica e existia a necessidade de regulamentação do setor tendo em vista equivocada concepção do funcionamento do setor até então prevalecente que ocasionaria uma ‘explosão’ tarifária e insegurança no fornecimento de energia, assim ou se reformava ou o setor ‘quebrava’ e quando se está em situações limites como esta as coisas ficam muito urgentes e claras e o setor inteiro participou obviamente com interesses diferentes a cadeia econômica do setor é uma cadeia complexa, vários olhos olhavam para uma mesma coisa simultaneamente, a transparência fazia com que todos tivessem o controle dos acontecimentos até porque havia conflitos de interesses sendo que tais situações ‘vários olhos enxergam simultaneamente’, é um tipo de ‘pesos e contrapesos’” (fls. 36.436/36.337 – grifamos).

Ao contrário do que sustentou o voto condutor, insinuando que DILMA ROUSSEFF, à época na chefia do Ministério de Minas e Energia, teria suspeitado de irregularidades nas votações, o que se extrai do depoimento é uma conclusão diametralmente oposta, no sentido de que não houve ilegalidade alguma e que o assunto, discutido pós-apagão, era inegavelmente urgente!

Além de, data vênia, omitir trechos importantes das provas dos autos, criando contradições parciais o r. voto condutor chegou a inserir o nome do embargante em depoimento que, no trecho indicado no voto condutor, *não o menciona!* É o que se verifica na seguinte passagem do voto condutor:

“a Sra. Fernanda Karina Somaggio disse, em depoimento seguinte, que o interesse do Banco Rural era interferir na CPI do Banestado e que, para tratar disso, o réu DELÚBIO SOARES estava sempre com o Sr. José Augusto Dumont, então Vice-Presidente da instituição financeira, e com o Relator da CPI, Sr. José Mentor (fls. 11/15)” (fls. 52.262).

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

Eis o trecho do depoimento citado pelo eminente Ministro Relator (fls. 11/15):

conforme noticiado pela imprensa; **QUE** de fato, o senhor MARCOS VALÉRIO, por diversas vezes telefonava para o Deputado JOSE MENTOR, relator da CPI do BANESTADO e, sempre que isto acontecia, logo em seguida, MARCOS VALÉRIO ligava para o senhor JOSE AUGUSTO DUMMONT, então, Presidente do BANCO RURAL, acreditando com isto que MARCOS VALÉRIO possa ter intercedido para que aquele BANCO, não fosse incluído, nas apurações do denominado caso BANESTADO; **QUE** por várias vezes o senhor JOSE AUGUSTO DUMMONT compareceu a empresa SMPB COMUNICAÇÃO LTDA para se encontrar com MARCOS VALÉRIO, como também o BANCO RURAL foi também sede de várias reuniões entre MARCOS VALÉRIO com o Presidente do BANCO RURAL, com Dr. ROGÉRIO TOLENTINO, este advogado da empresa SMPB COMUNICAÇÃO LTDA; **QUE** MARCOS VALÉRIO tinha relações com:

Ora, trata-se, no mínimo, de grave erro material.

Assim, pede o embargante a correção as contradições, omissões e erros materiais na análise da prova.

8. A omissão quanto ao não reconhecimento da atenuante obrigatória da confissão.

O v. acórdão, data vênica, silenciou quanto à necessidade da aplicação da atenuante prevista na alínea *d* do inciso III do art. 65 do Código Penal em relação ao embargante. Por isso é fundamental que essa Colenda Corte se pronuncie sobre mais essa questão.

Os fatos que hoje são conhecidos como “mensalão” começaram a ganhar novos contornos quando DELÚBIO SOARES compareceu espontaneamente à

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

Procuradoria-Geral da República para sobre eles falar, como constou de seu depoimento de fls. 440/443 do apenso 40:



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL



PA/MPF/PGR n.º 1.00.000.006045/2005-55

TERMO DE DECLARAÇÕES

Aos 15 de julho de 2005 compareceu espontaneamente nesta Procuradoria-Geral da República o Senhor **DELÚBIO SOARES DE CASTRO**, brasileiro, solteiro, portador da CI n.º 421646//SSP/GO, com

Depois disso, os fatos foram sendo investigados, e ao longo de todo o procedimento criminal – seja nas investigações preliminares, seja na fase processual – o embargante confessou que foram entregues valores a membros de partidos da base aliada que compunham o Governo.

É verdade que, cinco dias antes de apresentar-se espontaneamente ao Procurador-Geral da República, o embargante comparecera à Polícia Federal, logo ao início das investigações, *não sendo indagado sobre se entregara dinheiro a parlamentares*, mas negou que o tivesse pedido a Marcos Valério. Equivocou-se a eminente Ministra ROSA WEBER ao afirmar que só “depois da colheita de provas que o desmentiam, alterou a versão dos fatos” para confessar (fls. 52.896). A verdade é que, nesses exíguos cinco dias, não houve novidade alguma no quadro probatório, daí a omissão em dizer que “provas” foram essas.

MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

Seja como for, o que a Lei exige é que a confissão seja *espontânea*, não que seja feita no primeiro depoimento ou por motivo nobre. Veja-se o esclarecimento dos DELMANTO:

“A lei *apenas* quer que a confissão seja *espontânea* (...) Assim não importa o motivo que levou o agente a confessar a autoria (arrependimento, propósito de se beneficiar em futura condenação etc.). Pode ocorrer tanto na fase policial como em Juízo”²⁴.

Assim ocorreu em seus depoimentos perante a Comissão Parlamentar de Inquérito em 20 de julho de 2005, em seu interrogatório judicial (fls. 16.591/16.633), em seu memorial final (fls. 48.836/48.970) e, finalmente, reiterado por seu advogado na defesa oral realizada no Plenário dessa Corte, no último dia 6 de agosto.

Independentemente da capitulação legal que se queira atribuir aos atos, é inegável que eles foram assumidos por DELÚBIO SOARES. A própria mídia divulgou esse fato:

FOLHA DE S.PAULO

poder

AA Maior | Menor | Enviar por e-mail | Comunicar erros | Link: <http://www1.folha.uol.cc> |

16/07/2005 - 21h21

Delúbio confirma caixa dois do PT e assume empréstimos com Valério

da Folha Online

O tesoureiro afastado do PT, Delúbio Soares, veio a público hoje para admitir que campanhas eleitorais do partido foram financiadas com recursos de caixa dois, conforme adiantou a colunista **Mônica Bergamo** na edição de hoje da **Folha**. Em entrevista ao "Jornal Nacional", da TV Globo, Delúbio disse que o PT fez campanha com "dinheiro não-contabilizado" --ou seja, por recursos que não foram informados para a Justiça Eleitoral. Disse ainda que todos os partidos políticos fazem isso.

"Estou revelando que as campanhas eleitorais têm dinheiro não contabilizando. Estou aqui assumindo", disse ele.

²⁴

. CELSO DELMANTO *et alii*, *Código Penal Comentado*, 8ª. ed., Saraiva, São Paulo, 2010, p. 303 – itálicos do original e sublinhado da transcrição.



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO
ADVOGADOS

FOLHA DE S.PAULO

poder

Maiores | Menores | Enviar por e-mail | Comunicar erros | Link: <http://www1.folha.uol.com.br>

15/07/2005 - 19h54

Delúbio presta depoimento na Procuradoria-Geral

da Folha Online

O tesoureiro afastado do PT Delúbio Soares, prestou depoimento nesta sexta-feira ao procurador-geral da República, Antonio Fernando de Souza.

Segundo a assessoria de imprensa, da Procuradoria-Geral, Delúbio, que se encontrou espontaneamente com Souza, falou sobre seu envolvimento nas denúncias envolvendo o publicitário Marcos Valério de Souza, apontado pelo deputado Roberto Jefferson (PTB-RJ) como operador do "mensalão".

E, tanto isso é verdade, que essas declarações embasaram a condenação do embargante, tendo sido sua confissão citada em diversas oportunidades ao longo do *decisum*, como se mostra, apenas a título de exemplo, com a tabela a seguir, com passagens de *sete* Ministros:

Ministro JOAQUIM BARBOSA	<p>“O pagamento de dinheiro aos parlamentares foi admitido por Marcos Valério, Delúbio Soares e pelos próprios Deputados Federais acusados” (fls. 55.098).</p> <p>“Segundo confessou Delúbio Soares em seu interrogatório, o Partido dos Trabalhadores repassou ‘uns 8 milhões de reais’ para o Partido Progressista (...)” (fls. 55.098).</p> <p>“Como já mencionei, o réu Delúbio Soares confessou que na lista fornecida por Marcos Valério corresponde à verdade, reconhecendo a soma total distribuída durante quase dois anos aos parlamentares acusados (...)” (fls. 55.110).</p> <p>“Nesse sentido, cito, por exemplo, depoimento do</p>
--------------------------------	--

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

	<p>acusado Delúbio Soares, que confessou, em seu interrogatório judicial, ter determinado a Marcos Valério o repasse de ‘uns R\$ 8 milhões de reais’ para o Partido Progressista (fls. 16.614, vol. 77); (...); e, por fim, ‘o PL, entre 10 a 12 milhões de reais.’ (fls. 56.231)</p>
<p>Ministro LUIZ FUX</p>	<p>“Ademais, o 3º denunciado (Delúbio Soares) confessou, em seu interrogatório judicial, de fls. 16.614, vol. 77, que o Partido dos Trabalhadores repassou cerca de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) ao PMDB. (fls. 55.733).</p> <p>“O 3º denunciado (Delúbio Soares) ratificou, também, os nomes constantes da lista apresentada pelo 5º denunciado (Marcos Valério), a fls. 3.636, vol. 16, em que constava o nome do 32º denunciado (José Borba), fls. 607, vol. 3”. (fls. 55.733).</p> <p>O 3º denunciado (Delúbio Soares), no seu interrogatório de fls. 16.609, afirmou que o 5º denunciado (Marcos Valério), através de suas empresas, repassou R\$ 55.000.000,00 (cinquenta e cinco milhões) para o PT e outros partidos da base aliada. (fls. 57.681)</p>
<p>Ministro CARLOS AYRES BRITTO</p>	<p>“Nas renovações, o mesmo fenômeno aconteceu. Marcos Valério saiu, e os outros dois ficaram, e José Genoíno passou a figurar em duas situações: uma, como presidente do Partido; e outra, como avalista do empréstimo. Ou seja, quando eu leio os interrogatórios de Delúbio Soares, praticamente assumindo tudo (...) Então, eu não preciso sequer da Teoria do Domínio do Fato, em rigor.” (fls. 56.844).</p>

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

<p>Ministra CÁRMEN LÚCIA</p>	<p>“alguém afirmar que houve ilícito com a tranqüilidade com que se fez aqui é realmente algo inusitado e inédito na minha vida profissional, (...). Porque fica parecendo que ilícito no Brasil pode ser praticado, confessado e tudo bem.” (fls. 56.716).</p>
<p>Ministro DIAS TOFFOLI</p>	<p>“(…) os então Deputados Federais José Janene, Pedro Henry e Pedro Corrêa, vide as declarações do próprio acusado, que admitiu o repasse desses valores, bem como as dos co-réus Delúbio Soares, que admitiu haver ordenado os repasses.” (fls. 56.642)</p> <p>“(…) os então Deputados Federais Valdemar Costa Neto e Bispo Rodrigues, vide, igualmente, as declarações do próprio acusado, que admitiu o repasse desses valores, bem como as dos co-réus Delúbio Soares, que admitiu haver ordenado os repasses (...)” (fls. 56.646)</p> <p>“ (...) o então Deputado Federal José Borba, vide as declarações do próprio acusado, que admitiu o repasse desses valores, bem como as dos co-réus Delúbio Soares, que admitiu haver ordenado o repasse (...) (fls. 56.651)</p> <p>“A materialidade da infração está embasada nas declarações dos próprios acusados e dos co-réus Marcos Valério, Delúbio Soares e José Janene, que carregam em si elementos que já fazem parte do próprio exaurimento do delito”. (fls. 55.840)</p>

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

Ministro GILMAR MENDES	<p>“Nesse mesmo sentido o interrogatório de Delúbio Soares: “nós tínhamos compromisso com o PL de campanha eleitoral de 10 milhões de reais. Ou seja, 25%” (Vol. 77, fl. 16.612)” (fls. 56.016)</p> <p>“No mesmo sentido, colho, ainda, trecho do depoimento de Delúbio Soares, no qual atesta a higidez da lista apresentada por Marcos Valério: ‘que a relação elaborada por Marcos Valério e apresentada à Polícia Federal aparentemente corresponde à realidade; que, entretanto, esta relação pode apresentar algumas discrepâncias pontuais’” (Vol. 16, fl. 3.636).” (fls. 56.050)</p>
Ministro RICARDO LEWANDOWSKI	<p>“Pois bem. Não obstante negue constantemente as acusações que lhe foram irrogadas, o réu Delúbio Soares confirma sua participação nos atos ilícitos cometidos por Marcos Valério, sem esconder que deles tinha completa ciência”. (fls. 56.459)</p>

O Ministro CARLOS AYRES BRITTO foi ainda mais enfático quanto a essa confissão. Em seu voto fica claro que em relação ao embargante todos os fatos foram confessados:

“Nas renovações, o mesmo fenômeno aconteceu. Marcos Valério saiu, e os outros dois ficaram, e José Genoíno passou a figurar em duas situações: uma, como presidente do Partido; e outra, como avalista do empréstimo.

“Ou seja, quando eu leio os interrogatórios de **Delúbio Soares, praticamente assumindo tudo (...)**

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

“Então, eu não preciso sequer da Teoria do Domínio do Fato, em rigor.” (fls. 56.844 – destacamos).

Muitos Ministros deixaram de descrever, em detalhes, a conduta de DELÚBIO SOARES exatamente por entenderem que suas reiteradas confissões do fato, tornavam despidendo esse detalhamento.

E, se para o v. acórdão embargado prevaleceu o entendimento de que o delito previsto no art. 333 do Código Penal brasileiro configura-se com a simples promessa ou oferta de vantagem indevida, sendo dispensável a comprovação de qualquer contraprestação ou promessa dela em ato de ofício, por parte daquele que ocupa cargo público, fica claro que o embargante confessou a conduta que essa Suprema Corte entendeu configurar o crime de corrupção ativa: a entrega do numerário.

Aliás, embora tenha, com a devida vênia, causado espanto ao embargante a atitude da Ministra CARMEN LÚCIA ao tratar a confissão como se abominável fosse²⁵, a própria Ministra reconhece que:

“(…) o fato é que está sendo julgado para saber se há subsunção a uma determinada norma; segundo, alguém afirmar que houve ilícito com a tranquilidade com que se fez aqui é realmente algo inusitado e inédito na minha vida profissional” (fls. 56.716).

²⁵ . Vale lembrar que é direito do embargante confessar os fatos que bem entender. Aliás, como leciona BASILEU GARCIA, o agente que confessa um crime possui:“(…) sentimentos morais que o distinguem da massa comum dos criminosos. Ou quer evitar que um inocente seja imerecidamente castigado, ou se arrependeu sinceramente, ou, mesmo não arrependido, reconhece a soberania da ação da justiça – à qual se sujeita, colaborando com ela” (BASILEU GARCIA, *Intuições de Direito Penal*, Saraiva, São Paulo, 2008, 7ª ed., Vol. 1, Tomo II, p.123).

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

Ora, ainda que acredite ter praticado delito com capitulação diversa daquela na qual foi condenado, isso é irrelevante. Ao confessar a prática delitiva, o que o réu admite são os fatos, cabendo ao magistrado saber se há subsunção a uma determinada norma.

“Luiz Carlos Betanho sustenta que ‘confessar a autoria não é o mesmo que confessar o crime; para a atenuante basta a confissão de autoria’ (...) Acreditamos que assiste razão a esse autor.”²⁶

Em virtude disso, foi reduzida a pena do co-réu PEDRO HENRY pelo Ministro MARCO AURÉLIO:

“Presidente, a cada passo, fico mais convencido de que precisamos distinguir a autoincriminação, presente um tipo, da confissão contemplada, como atenuante, no art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal, que diz respeito, a meu ver, como ressaltado no memorial distribuído, à autoria do fato.

“Se formos aos depoimentos, e também à alusão implementada por Vossa Excelência, vamos ver que se chegou à minúcia quanto ao local de entrega dos valores, na sede do partido. O acusado admitiu, portanto, o fato que o Ministério Público entendeu configurar o tipo penal.

“Ora, diante desse contexto, inclusive com menção às práticas dos demais acusados, não há como fugir à incidência do disposto no preceito a que me referi. Por isso, considero a atenuante e reduzo a pena fixada quanto à quadrilha – tem-se balizamento de um a três anos – a dois anos de reclusão.” (fls. 59.296).

²⁶ . DELMANTO, cit., *ibidem*.

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

A jurisprudência desse E. Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de repudiar embaraços que soneguem do acusado a aplicação da atenuante obrigatória, relativa à confissão, especialmente nos casos em que as declarações do acusado serviram como apoio para assentar sua responsabilidade criminal:

“A criação de injustificados embaraços para sonegar do acusado a sanção premial da atenuante é, de certa forma, assumir perante ele reação de deslealdade (esse vívido conteúdo do princípio que, na cabeça do art. 37 da Constituição, toma o explícito nome de moralidade). Isso, é claro, naquelas situações em que as declarações prestadas perante a autoridade policial ou perante o magistrado de primeiro grau embasam a condenação (em conjunto com as provas produzidas sob o contraditório). No caso, tanto a sentença quanto o acórdão confirmatório da condenação se apoiaram nas declarações do paciente para assentar a sua responsabilidade criminal. Sem que se promovesse a devida redução da pena pela atenuante da confissão. Ordem concedida”²⁷.

Como se vê, muito embora as declarações do embargante tenham sido utilizadas para reforçar o juízo condenatório, o v. acórdão deixou de se manifestar quanto à necessidade da aplicação da atenuante obrigatória, omitindo-se quanto a essa circunstância.

Por essa razão, é fundamental que esse Egrégio Tribunal se pronuncie ainda sobre essa questão relevantíssima para a liberdade do acusado.

²⁷. STF, HC 109928/BA, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe 14.6.2012.

9. Omissões e contradições do acórdão quanto à dosimetria da pena

Além do que já foi exposto, a definição da pena imposta ao embargante, também traz omissões e contradições que, de pronto, devem ser solucionadas, conforme se passará a demonstrar.

a) Omissões nos cálculos da pena-base

Como ressaltado durante o julgamento, a dosimetria da pena deve ser cuidada com atenção, posto que se consubstancia em uma das mais importantes e essenciais funções do processo penal que resultou em condenação. É, afinal, o momento no qual a liberdade do cidadão é de fato retirada.

É inquestionável a necessidade de fundamentar, de forma *exaustiva*, a sanção a ser imposta ao réu, especialmente quando esta fica além do mínimo legal e se aproxima, perigosamente e de forma rara (qual fora o réu um multireincidente), do máximo previsto em lei.

Quiçá pelo tamanho do julgamento, quiçá pela quantidade de réus, quiçá ainda pelo natural cansaço que já assomava a Corte, essa exigência legal – de fundamentação exaustiva – não está presente na fixação das penas impostas ao embargante, o que caracteriza a omissão ora apontada.

Ao caminhar pela primeira fase da dosimetria da pena e analisar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o eminente Relator, a quem coube a confecção do voto condutor, apontou, em referência ao crime de formação de quadrilha, que:



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

“ITEM II – QUADRILHA (art. 288 do Código Penal)

“Pena: reclusão, de um a três anos

(...).

“A culpabilidade, entendida como o grau de reprovabilidade da conduta, é elevada, uma vez que DELÚBIO SOARES atuou intensamente, por exemplo, como o principal elo entre o chamado ‘núcleo político’ e o denominado ‘núcleo publicitário’, normalmente representado por MARCOS VALÉRIO. Conforme detalhado no item II do voto, DELÚBIO funcionava como o principal braço operacional do ‘núcleo político’.

“Embora a simples existência de inquéritos policiais e o registro de uma ou outra ação penal contra o acusado, por si só, não devam ser utilizados como maus antecedentes, não se pode ignorar situações excepcionais em que se verificam não uma, mas inúmeras ações penais contra o réu, algumas [quais?] até com sentença condenatória. Daí por que a análise sobre a presença ou não de maus antecedentes deve ser realizada caso a caso. Não obstante essa minha conhecida posição, tal matéria ainda se encontra pendente de apreciação pelo Plenário desta Corte (HC 94.680 e RE 591.054), razão pela qual, neste caso, considero que DELÚBIO SOARES não ostenta maus antecedentes.

“Não há dados concretos acerca da conduta social e da personalidade do condenado.

“O motivo do crime, em última análise, foi o objetivo de viabilizar o esquema criminoso de desvio de recursos públicos, bem como de compra de apoio político, pagamento de dívidas eleitorais passadas e financiamento de futuras campanhas daqueles que integravam o esquema.

“As circunstâncias do crime também são desfavoráveis ao réu. Com efeito, DELÚBIO SOARES utilizou-se da influência do Partido dos Trabalhadores no Poder Executivo para, junto aos demais réus integrantes do denominado “núcleo político”, distribuir recursos milionários, em espécie, a parlamentares federais. Também

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

relevante é o fato de a quadrilha ter permanecido ativa por mais de dois anos.

“As consequências do delito mostram-se igualmente desfavoráveis, uma vez que – como a quadrilha alcançou um dos seus objetivos, que era a compra de apoio político de parlamentares federais – DELÚBIO SOARES ajudou a pôr em risco o próprio regime democrático, a independência dos Poderes e o sistema republicano, em flagrante contrariedade à Constituição Federal.

“Dada a natureza do crime, não há que se falar em comportamento da vítima.

“Assim, atento ao disposto nos arts. 59, 68 e 288 do Código Penal, fixo a pena-base de DELÚBIO SOARES em dois anos e três meses de reclusão.

“À falta de outras circunstâncias (atenuantes ou agravantes), bem como de causas de diminuição ou aumento (CP, art. 68), torno definitiva a pena de dois anos e três meses de reclusão para DELÚBIO SOARES” (fls. 57.919/57.920 – destaques do original).

Como se vê, segundo o raciocínio adotado, a presença de algumas circunstâncias negativas é suficiente para aproximar a pena do máximo e a descrição delas, de forma conjunta, é o que basta para que o aumento seja efetivado.

Contudo, as contas que levam da premissa (as circunstâncias negativas) para a conclusão (a pena de 2 anos e 3 meses) não estão presentes. Não se sabe, portanto, o que significou cada uma das circunstâncias consideradas, pelo Ministro Relator, como desfavoráveis.

E construção idêntica foi utilizada quando da análise sobre as circunstâncias judiciais para chegar-se à sanção para o crime de corrupção ativa:

“CORRUPÇÃO ATIVA: Item VI da denúncia



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

“Pena – reclusão, de 2 a 12 anos, e multa.

(...).

“A culpabilidade, entendida como o grau de **reprovabilidade** da conduta, é bastante elevada, uma vez que DELÚBIO SOARES ocupou-se diretamente da negociação de valores com todos os parlamentares corrompidos e da definição das datas e locais dos pagamentos, como demonstrado ao longo do voto e nos depoimentos dos próprios parlamentares beneficiados. Não se tratou de um crime de corrupção ativa comum, mas voltado à conspurcação do sistema representativo e tendente a ampliar, criminosamente, o poder do partido à época presidido pelo réu JOSÉ GENOÍNO, do qual DELÚBIO SOARES era o Tesoureiro.

“O réu DELÚBIO SOARES participou de várias reuniões na Casa Civil, com o réu JOSÉ DIRCEU, que planejou e organizou a prática criminosa, e manteve intensa atuação durante todo o curso do plano criminoso, ao lado do corréu MARCOS VALÉRIO.

“Vale salientar que, por atuação de DELÚBIO SOARES, os milionários empréstimos fraudulentos obtidos em nome de empresas vinculadas aos réus do chamado “núcleo publicitário” puderam ser distribuídos aos Deputados Federais escolhidos por JOSÉ DIRCEU como alvo da prática criminosa.

“Assim, sua conduta foi altamente reprovável e, portanto, a pena deve ser exacerbada tendo em vista a culpabilidade.

“Apesar de o acusado ter sido condenado recentemente, pela prática do crime de falsidade ideológica, considero que a existência de apenas uma condenação, sem trânsito em julgado, não é suficiente para consubstanciar a existência de maus antecedentes.

“Já tive oportunidade de apresentar, nesta Corte, meu entendimento sobre a questão dos maus antecedentes criminais. A meu sentir, a existência de condenação a pena de prisão e de várias anotações criminais pode, conforme o caso concreto, ser suficiente para caracterizar comportamento de desprezo aos bens jurídicos mais

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

relevantes para a sociedade e, assim, a caracterização de maus antecedentes, ainda que ausente o trânsito em julgado de sentenças condenatórias. Isso porque, consideradas as peculiaridades do sistema jurídico-processual brasileiro, sabemos bem que o trânsito em julgado de uma condenação criminal pode ser postergado pelas defesas por meio da interposição de recursos meramente protelatórios, a impedir, por tempo indeterminado, a eficácia das leis penais.

“Porém, não é o caso do réu agora em julgamento. Ademais, em respeito ao fato de encontrar-se pendente a análise desta Corte sobre a matéria, deixo de considerar, no caso agora em julgamento, a existência de condenações não transitadas em julgado como caracterizadoras de maus antecedentes.

“A conduta social e a personalidade do réu DELÚBIO SOARES não permitem um juízo negativo que conduza à elevação da pena-base.

“Os motivos dos crimes de corrupção ativa são extremamente graves. Os fatos e provas revelam que o crime foi praticado porque o Governo controlado pelo partido do réu DELÚBIO SOARES não tinha maioria na Câmara dos Deputados e, diante disso, o réu aderiu à empreitada criminosa comandada pelo acusado JOSÉ DIRCEU para dominar o poder político, comprando o apoio de outras legendas na Câmara dos Deputados que, assim, foram ‘alugadas’ pelo Partido dos Trabalhadores para os propósitos reprováveis constatados ao longo desta ação penal. São motivos que violam abertamente os mais caros e importantes princípios sobre os quais se apóia o edifício republicano nacional; que minam as próprias bases da sociedade livre, plúrima e democrática, que todos nós, brasileiros, desejamos construir.

“As circunstâncias do crime também são negativas.

“No caso, o acusado DELÚBIO SOARES utilizou-se da estrutura partidária e do poder de seu partido então no comando do Poder Executivo para, juntamente com os demais corréus, principalmente JOSÉ DIRCEU e JOSÉ

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

GENOÍNO, e em colaboração direta e intensa com o acusado MARCOS VALÉRIO, distribuir recursos milionários, em espécie, a parlamentares, levando a cabo a tarefa de subjugação do Poder Legislativo, almejada pelo grupo criminoso.

“DELÚBIO SOARES era a pessoa incumbida de indicar a MARCOS VALÉRIO a QUEM, QUANDO e QUANTO deveria ser pago, a título de propina, para efeito de corrupção do Legislativo. Era estreitamente ligado a José Dirceu, o comandante. Agiu intensamente no cumprimento da sua missão criminosa específica.

“Cuida-se, portanto, de circunstâncias graves, que também conduzem à elevação da pena-base a patamar superior ao mínimo legal.

“As consequências dos crimes igualmente se mostram extremamente desfavoráveis, uma vez que o pagamento e promessa de pagamento de milhões de reais tendo por fim o ‘aluguel’ de um partido político, seu apoio permanente aos projetos do interesse dos organizadores do delito, não configura simplesmente um crime de corrupção ativa comum ou de consequências mínimas, mas sim um delito de consequências muito mais gravosas do que as naturais do tipo penal, pois dele decorrem lesões que atingem bens jurídicos outros que não apenas a administração pública, mas igualmente o regime democrático, o pluripartidarismo, a separação e independência entre os poderes, todos inseridos na esfera de previsibilidade do acusado.

“Assim, as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal são bastante desfavoráveis ao acusado DELÚBIO SOARES.

(...)

“Por tudo que foi dito, atento ao disposto nos artigos 59, 68 e no artigo 333 (corrupção ativa) do Código Penal, fixo a pena-base em 4 anos de reclusão, com mais 150 dias-multa.” (fls. 57.921/57.923 – destaques do original).

MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

Mais uma vez é impossível saber o que significou cada uma das circunstâncias judiciais consideradas na decisão no aumento efetuado na pena-base.

É indiscutível que a partir da existência de algumas circunstâncias valoradas negativamente chegou-se, sem qualquer cálculo, sem qualquer demonstração, ao elevado aumento da sanção.

Eis onde reside a primeira omissão desse capítulo.

Afinal, qual o valor da culpabilidade “elevada” na pena-base indicada? E das circunstâncias e conseqüências sopesadas como “desfavoráveis”? E, no caso exclusivo da corrupção ativa, dos motivos valorados como “extremamente graves”? Tiveram todos o mesmo peso? Ou cada uma foi valorada de forma separada e independente e, assim, influenciou de maneira única a pena-base alcançada?

São perguntas essenciais para que o embargante, condenado à pena elevadíssima em ambos os crimes em que foi condenado, possa entender exatamente o que alimenta a decisão. As omissões na valoração exata de cada uma das circunstâncias consideradas, aliás, atinge inclusive a fundamentação da decisão, uma vez que a necessidade de se conhecer os fundamentos do aumento da pena decorre da Constituição da República.

Foi exatamente o que apontou, durante os debates em torno da dosimetria da pena, o decano dessa Corte Suprema, Ministro CELSO DE MELLO, quando se votava o cálculo da sanção a ser imposta ao co-réu RAMON HOLLERBACH.

MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

Naquela oportunidade, citando as advertências de SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA e ALCEU CORRÊA JÚNIOR, as lições de GILBERTO FERREIRA, além de outros tantos precedentes desse E. Supremo Tribunal, o decano rememora que, “se é certo, de um lado, que nenhum condenado tem direito público subjetivo à estipulação da pena-base em seu grau mínimo, não é menos exato, de outro, que não se mostra lícito, ao magistrado sentenciante, proceder a uma especial exacerbação da pena-base, exceto se o fizer em ato decisório adequadamente motivado, que satisfaça, de modo pleno, a exigência de fundamentação substancial evidenciadora da necessária relação de proporcionalidade e de equilíbrio entre a pretensão estatal de máxima punição e o interesse individual de mínima expiação, tudo em ordem a inibir soluções arbitrárias ditadas pela só e exclusiva vontade do juiz” (fls. 58.661/58.662 – grifamos).

Diz o Ministro, em seu voto, que pode ser aplicado em sua inteireza aqui:

“Daí a advertência de Sérgio Salomão Shecaira e de Alceu Corrêa Júnior (‘Pena e Constituição’, p. 184, 1995, RT):

“‘É de mister que o julgador deixe dito como e porquê chegou à fixação ou dosagem das penas que impôs na sentença; como e porquê reduziu certa quantidade de pena e não outra; como e porquê segue este caminho ou outro distinto. A sentença não é um ato de fé, mas um documento de convicção racionada e as fases do cálculo de pena devem ser muito claras para que defesa e Ministério Público tenham ciência do julgado e possam dele recorrer. O Réu, especialmente ele, não tem apenas o direito de saber por que é punido, mas, também, o direito de saber porque lhe foi imposta esta ou aquela pena.’

“Esse mesmo entendimento é também perfilhado por Gilberto Ferreira (‘Aplicação da Pena’, p. 66, 1995, Forense), para quem se mostra imprescindível que o magistrado sentenciante deixe muito claro, na

MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

concretização da pena imposta, qual o método, quais os critérios e quais as circunstâncias de que se valeu para a determinação final da pena a ser aplicada ao réu condenado: ‘Não se pode perder de vista, todavia, que o juiz, ao estabelecer a pena-base, deverá esclarecer a quantidade de pena que utilizou em relação a esta ou àquela circunstância. Não basta dizer, genericamente, que, levando em consideração tais e tais circunstâncias, fixou a pena-base em tanto (...)’” (fls. 58.663 – grifos nossos).

Contudo, quando da fixação da pena do embargante essas lições, com o devido acatamento, não foram aplicadas, porque, para usar os termos do professor SHECAIRA, aqui há apenas o “porquê” (as circunstâncias valoradas de forma negativa), mas não o “como”. Vale dizer, o modo pelo qual se partiu de uma pena mínima de 1 ano e, mais do que a dobrando, chegou-se a uma pena-base de 2 anos e 3 meses, perto do máximo no caso da quadrilha; o método utilizado para, de uma pena mínima abstrata de 2 anos, alcançar seu dobro, no caso da corrupção.

Esse caminho, subtraído do voto condutor, é o que fundamentaria o valor alcançado e, assim, demonstraria sua proporcionalidade. Aliás, é exatamente esta a lição do eminente Ministro CELSO DE MELLO, nesse mesmo v. acórdão:

“Nesse contexto, assume indiscutível relevo a exigência de motivação do ato sentencial, em ordem a impor ao magistrado que o profere o dever jurídico de justificar a operação que materializa o processo de dosimetria penal.

“Cabe insistir, neste ponto, consideradas as razões precedentemente expostas, que a aplicação da pena, em face do sistema normativo brasileiro, não pode converter-se em instrumento de opressão judicial nem traduzir exercício arbitrário de poder, eis que o magistrado sentenciante, em seu processo decisório, está necessariamente vinculado aos fatores e aos critérios que,

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

em matéria de dosimetria penal, limitam-lhe a prerrogativa de definir a pena aplicável ao condenado” (fls. 58.666).

Ora, não basta, a título de fundamentação adequada, apenas apresentar as circunstâncias judiciais do art. 59 que serão consideradas, mesmo que acompanhadas de sua base empírica. Além disso, para o completo entendimento da decisão, é necessário que a relação entre essas circunstâncias e o *quantum* da exasperação esteja exposta. Sem isso não é possível aferir a pertinência da decisão.

Por isso, influenciado pelas lições do decano, o então presidente da Corte, Ministro AYRES BRITTO lembra que “é penosa a trajetória do juiz na observância, embora necessária, desse chamado sistema trifásico. Notadamente porque os oito vetores do artigo 59 do Código Penal, que servem de pontes para se sair da pena mínima e se chegar à pena-base, nenhum deles é quantificado, nenhum deles é fixado numericamente pelo Código Penal, o que deixa ao julgador uma certa margem de subjetividade, embora atenuada, mitigada pela obrigatoriedade da fundamentação racional” (fls. 58.669).

Exatamente a mitigação que aqui faltou, pela ausência de uma fundamentação completa, que abarcasse todas as fases pelas quais passou o voto condutor para alcançar as altas penas atribuídas.

Releva notar que na estipulação da pena para o crime de quadrilha, apenas três das oito circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal foram sopesadas em desfavor do embargante. E, no caso, a sanção imposta não só é mais do que o dobro da pena mínima, como também se aproxima da pena máxima, de três anos. Pena que, lembrou o Ministro MARCO AURÉLIO, quando discutia a punição para o réu CRISTIANO PAZ, aproximando-se muito mais do teto, “geralmente, reservamos

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

esse aproximação àqueles casos em que há número maior de circunstâncias judiciais que se apresentem negativas” (fls. 58.778).

No caso do crime de corrupção ativa, que tem um interregno muito maior entre os valores abstratos, foram quatro as circunstâncias judiciais sopesadas negativamente. Todavia, a pena mínima para o crime foi elevada ao dobro.

A diferença entre as contas (que não constam do v. acórdão) realizadas para os dois delitos aumenta ainda mais a confusão do leitor, que é incapaz de visualizar a proporcionalidade desses aumentos.

Todavia, também o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI frisou, durante os debates, que “há um aspecto também, Ministro CELSO DE MELLO, que me parece extremamente importante. É que o réu tem direito de saber os detalhes da dosimetria, de onde é que o juiz partiu. Nós não estamos mais nos tempos do absolutismo em que se dizia *le roi le veut* ou, agora, *le juge le veut*, e aplicamos uma pena razoável, segundo nosso arbítrio” (fls. 58.367).

Em precedente citado também pelo Ministro CELSO DE MELLO, essa C. Corte decidiu que:

“Individualização da pena: exigência de fundamentação. A exigência de motivação da individualização da pena – hoje, garantia constitucional do condenado (CF, arts. 5, XLVI, e 93, IX) –, não se satisfaz com a existência na sentença de frases ou palavras quaisquer, a pretexto de cumpri-la: a fundamentação há de explicitar a sua base empírica e essa, de sua vez, há de guardar relação de pertinência, legalmente adequada, com a exasperação da sanção penal, que visou justificar”²⁸.

²⁸. STF, HC nº 75.258/SP, Rel. Min. SEPULVEDA PERTENCE, j. em 14.10.1997.

MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

Falta, aqui, a mencionada “relação de pertinência” e, sem ela, corre-se o risco de cair nos enganos também alertados pelo Ministro DIAS TOFFOLI. Quando de outras apenações o Ministro externou preocupação exatamente quanto aos cálculos (não expostos no voto) e, durante discussão com o Ministro Relator, que não mudou o resultado apesar de mudar o ponto de partida (a pena mínima cominada ao crime de corrupção), assentou:

“O Senhor Ministro DIAS TOFFOLI: Eu penso que mais grave é ofender a individualização da pena, achar que aquela pena é **prêt-à-porter**, seja a pena mínima *x*, seja a pena mínima *y*, pode-se deslocar o voto assim ou assado, *data venia*, eu não...

“O Senhor Ministro JOAQUIM BARBOSA (Relator): Ofender a individualização quando se fica um pouco acima da metade?

“O Senhor Ministro DIAS TOFFOLI: Eu não concordo com essa metodologia, que partiu de uma pena mínima...

“O Senhor Ministro JOAQUIM BARBOSA (Relator): Eu parti; eu mudei o meu voto, Ministro.

“O Senhor Ministro DIAS TOFFOLI: ... de uma pena mínima maior, mudou para uma pena mínima menor e ficou a mesma – e ficou a mesma pena final!

“O Senhor Ministro JOAQUIM BARBOSA (Relator): Porque o crime é grave, a alteração é pequena.

“O Senhor Ministro DIAS TOFFOLI: Qual o critério da individualização da pena, com a devida vênia. Com a devida vênia, eu subscrevo as palavras já ditas pelo eminente Ministro Celso de Mello, embora ainda não tenha votado, no sentido de isto ser um princípio maior – a individualização da pena” (fls. 58.374/58.375).

A discussão se deu quando o Plenário decidiu que, em uma das condenações do co-réu MARCOS VALÉRIO por corrupção ativa, seria aplicada a lei anterior às mudanças do final de 2003, quando a pena para o crime foi

MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

aumentada. O Ministro Relator, apesar de então partir de uma pena-base bem menor (metade da até então utilizada por ele), insistia em chegar a valor idêntico ao final dos cálculos. Ora, isso só é possível se os cálculos foram apenas formais e, por isso mesmo, omissos.

Porém, são as circunstâncias judiciais que devem direcionar o caminho para a pena, sendo impossível que uma pena antes definida guie a dosimetria, pouco importando a direção, a individualização e a fundamentação utilizadas.

Impedida a compreensão da decisão, no que tange à dosimetria da pena, exatamente porque não é possível saber o que significou, na prática, cada uma das circunstâncias valoradas (que podem então significar qualquer coisa), a decisão deve ser declarada omissa, esclarecendo-se esse ponto. Afinal, é no que está oculto no voto condutor que se retirará, se o caso, a falta de proporcionalidade de um aumento de pena que raras vezes se vê no sistema brasileiro (especialmente para o crime de quadrilha), sendo fundamental a declaração dessa Corte a respeito do tema.

b) Omissões quanto à adequação da pena

Vê-se que a dosimetria da pena desenvolvida no voto condutor termina logo após a análise das circunstâncias do art. 59 do Código Penal. Contudo, o próprio texto legal deixa claro que, quando se trata de punir o réu, há bem mais a ser analisado.

Diz referido dispositivo que, analisadas as circunstâncias ali mencionadas, o juiz deve ainda estabelecer a pena “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

Aqui, não obstante o significativo aumento efetivado no voto condutor, que dobrou ou mais do que dobrou a pena mínima, a demonstração da adequação da pena não é abordada. Mais uma vez a omissão é grave, posto que atinge, diretamente, a própria fundamentação da decisão, que então deixa a desejar em termos de entendimento.

Ao lecionar sobre a estipulação da pena-base PAULO JOSÉ DA COSTA JR. alerta que “o art. 59 reconheceu ao juiz larga margem de discricionariedade na aplicação da pena. Para não atentar contra o princípio da legalidade, a discricionariedade não pode ser livre, mas vinculada. Discricionariedade não é arbítrio”²⁹.

Para evitar a arbitrariedade é que o legislador deu ao magistrado não só as circunstâncias a serem consideradas para a concretização da pena, como também sua finalidade, tudo sempre sob o manto constitucional da obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais.

Mais do que isso, a aferição sobre a necessidade e suficiência compõe a própria individualização da pena, conforme explica a doutrina:

“Individualização da pena.

“Noção: Com a rubrica fixação da pena, este art. 59 traça as principais regras que devem nortear o juiz no cumprimento do princípio constitucional da individualização da pena (CR, art. 5º, XLVI). Em obediência a esse princípio maior, a lei penal impõe, neste e noutros artigos, regras precisas que devem ser cuidadosa e fundamentadamente (CR, art. 93, IX) cumpridas. Manda o art. 59 do CP que o juiz estabeleça, conforme seja

²⁹. PAULO JOSÉ DA COSTA JR., *Curso de Direito Penal*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1992, p. 163.

MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

necessário e suficiente para a repressão e prevenção do crime cometido (...).

“Finalidade da pena: Como dispõe este art. 59, a pena deve ser individualizada conforme o necessário e suficiente à reprovação do delito praticado com vistas à prevenção geral (reafirmando valores e desestimulando que outros pratiquem crimes) e à prevenção especial mediante a ressocialização do condenado com vistas à sua reinserção social (LEP, art. 1º).

“Fundamentação: A CR, além do princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI), estabeleceu, em seu art. 93, IX, o dever dos órgãos do Poder Judiciário no sentido de serem ‘fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade’. A fundamentação das decisões judiciais são essenciais como meio de controle (buscando evitar o arbítrio) e, ao mesmo tempo, como meio de legitimação e reafirmação das decisões pelos seus fundamentos, que devem encontrar concretude na prova dos autos e respaldo em nosso ordenamento jurídico. Trata-se de um dos fundamentos mais importantes da atuação estatal em um Estado Democrático de Direito”³⁰.

É de se notar que a finalidade da pena, conforme definida esta no Código Penal, é tida como limite ao poder discricionário do magistrado e, especialmente, forma de evitar arbitrariedades inconciliáveis com o Estado Democrático de Direito.

Na mesma linha ensina ALBERTO SILVA FRANCO, em texto que, apesar de longo, merece transcrição:

“A fixação da pena dentro das balizas estabelecidas pelas margens penais constitui, conforme o art. 59 do Código Penal, uma tarefa que o juiz deve desempenhar de modo

³⁰. CELSO DELMANTO, *Código Penal Comentado*, 7ª. ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2007. p. 185.

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

discrecionário, mas não arbitrário. O juiz possui, no processo individualizador da pena, uma larga margem de discricionariedade, mas não se trata de discricionariedade livre e, sim, como anota JESCHECK (*Tratado de Derecho Penal – Parte General*, trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, v. 2, p. 1.191), de discricionariedade juridicamente vinculada, posto que está preso às finalidades da pena e aos fatores determinantes do quantum punitivo.

“O art. 59 do CP, ao contrário do antigo art. 42 da Parte Geral do Código de 1940, tomou posição a respeito dos fins da pena: ela deve ser necessária e suficiente para a repressão e prevenção do crime, isto é, deve servir, de um lado, à retribuição justa da culpabilidade e, de outro, a um fim de prevenção. No que se refere à repressão do crime, o legislador de 1984 foi muito claro, incluindo a culpabilidade entre os indicadores, que o juiz deve examinar, atribuindo-lhe, assim, não apenas uma função fundamentadora, mas também uma função limitadora da pena. Esta deve, em primeiro lugar, levar em conta a culpabilidade que é também o seu limite máximo e intransponível. Assim, apesar do artigo em estudo estabelecer como elemento norteador da individualização da pena a necessidade de repressão e prevenção do crime, percebe-se que essa regra não tem o condão de fazer com que a pena supere o limite da culpabilidade para servir a fins preventivos. É justamente o contrário: o juízo de necessidade e suficiência de repressão e prevenção, posto na ultima parte do dispositivo, indica que a pena pode ficar aquém daquela que espelharia a análise da culpabilidade quando esse resultado inicial fosse desnecessário, por que mais gravoso, à luz de suas finalidades, ou seja, a pena final poderia ser menor do que aquela apontada pelo grau de repressão da conduta por que um patamar inferior já despontaria como suficiente para prevenção do delito. “Nesse sentido aduz JOSÉ CEREZO MIR (*Curso de Derecho Penal Espanol – Para General*, 5ª. ed., Tecnos, Madri, 1996, p.27), explicitando que ‘se a pena ultrapassa a

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

gravidade do delito em virtude das exigências de prevenção geral, o criminoso é utilizado como meio ou instrumento de manutenção da ordem social. Isso implica no desconhecimento de sua dignidade humana', mas 'a pena pode ser, sem dúvida, inferior à gravidade do delito, se a aplicação da pena justa não é necessária para a manutenção da ordem social'.

"Contudo, no que tange a prevenção, o texto legal não foi tão preciso: a pena deve visar à prevenção geral ou à prevenção especial? O emprego da palavra 'prevenção', desacompanhada de adjetivos, denuncia a ideia de que o legislador atribuiu à pena tanto o fim de prevenção geral (obviamente, num sentido positivo, e não negativo, de intimidação), como o de prevenção especial. Ao aplicar a pena, o juiz deve ter por fim 'neutralizar o efeito do delito como exemplo negativo para a comunidade, contribuindo com isso ao fortalecimento da consciência jurídica da comunidade, à medida que procura satisfazer ao sentimento de justiça do mundo circundante, que está em torno do delinqüente' (JESCHECK, ob. cit. p. 1.195). Mas, ao mesmo tempo, o juiz não deve perder de vista o fim de reinserção social do delinqüente e tão imperiosa é também esta finalidade que, no art. 1º da LEP, ficou consignado que um dos objetivos da execução penal é o de 'proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado'.

(...)

"Resta, ainda, na matéria em exame, salientar, com JESCHECK (ob. cit., p. 1.192), que o ato judicial de fixação da pena contém um 'componente individual', de difícil controle, 'já que se cuida de converter justamente a quantidade de culpabilidade em magnitudes penais, e os princípios que regem a determinação da pena são apenas pautas que não apresentam a mesma concreção dos elementos legais do tipo'. Para minimizar os efeitos desse 'componente individual' é que se torna exigível a motivação da pena. O juiz não poderá furtar-se, no processo de fixação da pena, ao dever de explicar a sua



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

opção por este ou aquele fator determinante e sua valoração, em termos de quantidade de pena, do fator determinante escolhido. Só assim será possível controlar o processo mental do juiz, na atividade concretizadora da pena, para a localização e individualização de eventuais erros”³¹.

As “opções” dessa Suprema Corte, contudo, não estão descritas no voto condutor. Não se sabe quais os motivos que orientaram punição tão severa, desconhecendo-se, ainda, o “componente individual” citado pelo autor.

Vale lembrar o alerta do então presidente, Ministro AYRES BRITTO:

“Antes de tudo, na linha do que já sustentei em outras oportunidades, tenho que a definição da pena adequada ao caso concreto é questão das mais trabalhosas em matéria penal. Se é certo que o legislador, ao estabelecer o sistema trifásico, apontou os caminhos que deve seguir o julgador, não é descabida a afirmação de que esses caminhos são particularmente íngremes. Isso porque a análise das circunstâncias objetivas e subjetivas que envolvem o delito está sempre a demandar do aplicador da reprimenda penal o mais detido exame do contexto dos autos. Mas não é só. A dosimetria do castigo exige do julgador uma cuidadosa ponderação dos efeitos éticos-sociais da sanção penal e das garantias constitucionais, especialmente a garantia da precisa individualização da pena.

“Assim inicialmente postas as coisas, de se ver que a reprimenda não é resultado de meras operações matemáticas. Até porque o processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o

³¹. ALBERTO SILVA FRANCO, *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*, 8ª. ed., RT, São Paulo, 2007, p. 339/ 340.

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal a que ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.

“Com efeito, no momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrante da alternatividade sancionatória. Discricionariedade, lógico, balizada por duas diretivas que extraio diretamente do Texto Constitucional: a) garantia da motivação das decisões judiciais (inciso IX do art. 93 da CF); b) a garantia da individualização da pena (inciso LVI do art. 5º da CF)” (fls. 59.048/59.049 – grifos nossos).

Restou, assim, consignado que a aferição da pena depende da apreciação conjunta das circunstâncias judiciais e pessoais do acusado, como via para a individualização da pena. Esse entendimento não é inédito e antes já fora proclamado por essa Casa, como se vê do voto do Ministro AYRES BRITTO no HC 107.532, relatado pelo Ministro RICARDO LEWANDOWSKI:

“6. Começo pela lembrança de que a dosimetria da reprimenda é tema dos mais trabalhosos em matéria penal, por demandar aturado exame quanto à adequação da pena ao caso concreto. Exame esse que, nesta via de verdadeiro atalho que é o *habeas corpus*, fica circunscrito à

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

‘motivação [formalmente idônea] de mérito e à congruência lógico-jurídica entre os motivos declarados e a conclusão (v.g., HC 69.419, PERTENCE, RTJ 143/600)’.

“7. Dito isso, pontuo que a necessidade de fundamentação dos pronunciamentos judiciais (inciso IX do art. 93 da Constituição Federal) tem na fixação da pena um dos seus momentos culminantes. Trata-se de garantia constitucional que submete o magistrado a coordenadas objetivas de imparcialidade e propicia às partes conhecer os motivos que levaram o julgador a decidir neste ou naquele sentido. É que, segundo ressalta Aury Lopes Júnior, ‘[...] o poder judicial somente está legitimado enquanto amparado por argumentos cognoscitivos seguros e válidos (não basta apenas boa argumentação), submetidos ao contraditório e refutáveis. A fundamentação das decisões é instrumento de controle da racionalidade e do sentir do julgador, num assumido anticartesianismo. Mas também serve para controlar o poder, e nisso reside o núcleo da garantia’.

“8. Por isso mesmo é que o dever de motivação no trajeto da dosimetria da pena não passou despercebido à reforma penal de 1984. Tanto que a ele o legislador fez expressa referência na Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, ao cuidar do sistema trifásico de aplicação da pena privativa de liberdade, in verbis: ‘Decorridos quase quarenta anos da entrada em vigor do Código Penal, remanescem as divergências suscitadas sobre as etapas da aplicação da pena. O projeto opta claramente pelo critério das três fases, predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Fixa-se, inicialmente, a pena-base, obedecido o disposto no art. 59; consideram-se, em seguida, as circunstâncias atenuantes e agravantes; incorporam-se ao cálculo, finalmente, as causas de diminuição e aumento. Tal critério permite o completo conhecimento da operação realizada pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria. [...] Alcança-se, pelo critério, a plenitude de garantia constitucional da ampla defesa.’

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

“9. Avanço no raciocínio para acentuar que o Supremo Tribunal Federal circunscreve a legalidade da pena ao motivado exame judicial das circunstâncias do delito. Exame revelador de um exercício racional de fundamentação e ponderação dos efeitos éticos e sociais da sanção, embasado nas peculiaridades do caso concreto e no senso de realidade do órgão sentenciante.

“10. De outro modo não pode ser, devido a que o art. 59 do Código Penal confere ao Juízo sentenciante o poder-dever de estabelecer uma reprimenda apta à prevenção e simultaneamente à reprovação do delito, sempre atento o magistrado à concretude da causa (...)”³².

A falta de qualquer menção à suficiência da pena, que ainda ficou bem acima do mínimo legal, é omissão que precisa ser aqui sanada, máxime quando se observa o alerta do ilustre Revisor, por ocasião da discussão sobre a aplicação do art. 71 do Código Penal, que tem toda a pertinência no presente feito:

“Eu creio, Senhor Presidente, que nós estamos diante de um julgamento inusitado, de um julgamento sem precedentes; de um julgamento complexo, para usar as palavras do eminente Ministro MARCO AURÉLIO. Foram quebrados vários paradigmas, seja no que respeita ao número de réus, à duração do processo, ao procedimento adotado, à caracterização de certos crimes – corrupção ativa e passiva, com relação aos quais se dispensou a indicação precisa do ato de ofício. Inovou-se, também, ao meu ver, *data venia* – como eu enxergo particularmente – na caracterização do crime de lavagem de dinheiro. Porque se dispensou, em certas situações, a ciência – por parte do réu – dos crimes antecedentes; como também se deixou de exigir a reintrodução dos valores tidos como espúrios, ilícitos, no mercado. Inovou-se, também, ao meu ver, com todo o respeito, no que tange ao superdimensionamento de certas penas, para evitar a prescrição, com o objetivo de

³². STF, HC nº 107.532/SC, Rel. para acórdão Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. em 8.5.2012.

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

afastar, ou de ultrapassar, ou de compensar a mora na prestação jurisdicional do Estado. Esse julgamento não tem precedentes, também, considerada a inaudita gravidade das penas corporais e pecuniárias aplicadas aos réus. Estes são alguns fatos distintivos que caracterizam este julgamento, e que – ao meu ver – o apartam de todos os demais já levados a efeito nesta colenda Corte” (fls. 59.548/59.549 – grifamos).

É inegável, posto que se reflete nas notas taquigráficas, a preocupação de que penas mais baixas acarretariam na prescrição da punibilidade de alguns dos crimes – o que chegou a expressamente alterar e “adequar” algumas das sanções. Ficou clara a aplicação, *sine lege*, da chamada “majorante do risco de prescrição”.

E imperioso, pois, que mais essa omissão do acórdão deve ser declarada, adequando-se a sanção imposta à demonstração da suficiência exigida em lei.

c) Omissões quanto às circunstâncias positivas

Há ainda mais uma omissão atingindo o voto condutor na primeira fase de dosimetria da pena, qual seja, no momento da fixação da pena-base, para ambos os delitos.

Conforme já narrado, ao fazer a análise exigida pelo art. 59 do Código Penal o voto condutor perpassa todas as circunstâncias ali referidas, apontando-as quando são negativas ou desfavoráveis ou então simplesmente considerando-as neutras.

As circunstâncias sopesadas como desfavoráveis mereceram grande destaque do relator. Já quando fala da personalidade e da conduta social do

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

embargante, o acórdão aponta, tanto no crime de quadrilha como no de corrupção ativa, apenas que “não há dados concretos” acerca das mesmas.

Porém, tal assertiva não reflete o que há nos autos. De fato, não foram poucas as testemunhas aqui ouvidas (cerca de 600) e nenhuma delas tinha nada de desabonador para dizer sobre o embargante. Muito pelo contrário!

Aliás, a idoneidade de DELÚBIO, bem como o respeito dos que com ele conviveram durante sua vida foram apontados pela Defesa em alegações finais. Naquela oportunidade frisou-se que ele é admirado pelos companheiros de partido em razão de sua ampla dedicação ao PT e da correção de seus atos, bem como pelo reconhecimento que há de sua dedicada militância política e respeitada liderança sindical. Apontou-se ainda que sua probidade na militância do PT é indiscutível e comprovada por diversas testemunhas.

A título de exemplo, o Deputado Federal LUIZ ALBERTO COUTO explicou que DELÚBIO, “como todo aquele que vem da liderança sindical, normalmente tem uma capacidade de articulação, de diálogo, era um homem que era conhecido por todos os filiados e militantes e que havia um respeito muito grande. Era um homem que dialogava sempre, quer dizer, para mim nunca recebi nenhuma informação, durante o tempo, que desabonasse a sua conduta” (fls. 42.571/43.574).

De acordo com o Deputado Federal MAURÍCIO RANDS, o embargante foi o “sindicalista que ajudou a fundar o chamado Novo Sindicalismo, que hoje está na literatura internacional como um grande acontecimento para o Brasil” (fls. 42.596). Disse, ainda, que DELÚBIO “foi um dirigente da CUT muito dedicado e muito respeitado por todos os setores, inclusive por adversários internos nas concorrências e disputas que existiam no movimento sindical” (fls. 42.597).

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

O Deputado Federal CARLOS ABICALIL contou que conheceu DELÚBIO “na formação do sindicato de base de Goiás”, fundado e presidido por este. Também mantiveram contato na Central Única dos Trabalhadores, tendo a testemunha convivido com ele “na condição de militante do movimento sindical antes de exercer mandato político”, inexistindo “nesse ínterim, qualquer tipo de conduta desabonadora de seu comportamento” (fls. 42.580).

A testemunha ÂNGELO VANHONI corroborou a idoneidade de DELÚBIO: “sempre foi um excelente companheiro, militante sindical exemplar, dedicava a sua vida para isso e, na condução da Executiva Nacional do partido” (fls. 42.639).

Até mesmo o atual Ministro da Justiça JOSÉ EDUARDO CARDOZO, que milita em facção partidária antagônica à do embargante, destacou a conhecida idoneidade de DELÚBIO, ao ser indagado se se recordava de algo relacionado à atuação do acusado:

“Lembro-me de ouvir falar da minha militância partidária. Embora o Delúbio tivesse um outro campo, e eu, freqüentemente, tinha disputas ácidas com o Delúbio Soares, por questões políticas, posso dizer a você que ele, na minha percepção, é conhecido como sindicalista combativo e leal às causas que defende, sempre foi conhecido como um grande sindicalista, que foi o que acabou guindando o Delúbio a um posto na direção nacional de relevo no Partido dos Trabalhadores” (fls. 42.737).

A inegável admiração pela lisura política do embargante é fruto de seu comprometimento e da seriedade na condução dos projetos de seus ideais.

MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

Na verdade as circunstâncias positivas devem também influenciar o cálculo da pena para que se alcance uma punição individualizada e justa.

No caso, especialmente a pena do delito de quadrilha aproximou-se inusitadamente do máximo, apesar de apenas três das circunstâncias judiciais (menos da metade dos vetores indicados no texto legal) pesarem contra o embargante. Tal só foi possível ao não se dar o devido valor positivo a algumas das circunstâncias do art. 59 do Código Penal.

Apesar das circunstâncias sopesadas negativamente, há outras que demandam ponderação favorável, o que impede o aumento irrestrito da pena-base. É o caso da personalidade e da conduta social³³.

Para o peticionário, havia nessa área elementos suficientes para aferir tais características. Afinal, as testemunhas ditas “de antecedentes” têm essa exata função: interferir na dosimetria da pena de forma positiva. E, em alguns momentos da discussão realizada por esse E. Supremo Tribunal Federal, elas foram lembradas, como quando o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI traz referências “plenamente abonadoras” feitas a alguns réus e que, bem por isso, influenciaram na pena-base por ele definidas, seja quando conduziu o voto, seja com restou vencido (v., por exemplo, sua explicação a fls. 58.800).

A ausência de elementos que interfiram negativamente na pena-base e, mais ainda, as provas produzidas em sentido contrário, como as referências

³³ . É a lição de MAGALHÃES NORONHA (*Direito Penal*, 28ª ed., Saraiva, São Paulo, 1985, vol. I p. 239/240: “A conduta social, isto é, a sua integração e o relacionamento dentro dos grupos sociais dos quais participa, desde o núcleo familiar até os agrupamentos maiores, deve ser analisada como terceiro fator. A personalidade do criminoso é outro elemento para o qual deve o magistrado volver suas vistas. Com isso, ‘quer-se dizer’, escreve o douto Hungria, ‘antes de tudo caráter, síntese das qualidades morais do indivíduo. É a psique individual, no seu modo de ser permanente. O juiz deve ter em atenção a boa ou má índole do delinquente, seu modo ordinário de sentir, de agir ou reagir, a sua maior ou menor irritabilidade, o seu maior ou menor grau de entendimento e senso moral. Deve retrair-lhe o perfil psíquico”.

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

abonadoras – que sobejam quando as testemunhas mencionam o embargante – devem ser consideradas em conjunto com as negativas e, de maneira idêntica, influir na sanção, sob pena de omissão da decisão.

Vale lembrar que as circunstâncias do art. 59 não estão ali apenas para serem analisadas por um olhar negativo, prejudicial ao réu, como se dessem o caminho para encontrar os defeitos de quem está sendo apenado. São, na verdade, as balizas para aferir sua personalidade, seu comportamento e, assim, individualizar a punição e chegar a uma pena adequada, conforme dito acima.

Não é possível, porque não é justo nem lícito, escolher a dedo as circunstâncias a valorar, deixando de lado aquelas que têm o condão de beneficiar o réu, taxando-as de neutras e dando-as por inúteis. Consideradas, devem equilibrar a punição a cada caso, diminuindo a pena imposta. Ou seja, não se pode omitir da decisão circunstâncias positivas, devendo, por isso mesmo, serem tais omissões sanadas.

d) Contradição na dosimetria da quadrilha (*bis in idem*)

Sanadas as omissões acima apontadas, que impedem a adequada compreensão sobre as exasperadas sanções aplicadas, há ainda contradições no capítulo do voto condutor dedicado à dosimetria da pena para o crime de quadrilha.

O voto condutor faz colocações sobre cada uma das circunstâncias do art. 59, apontando as que considera negativas e dispensando, como neutras, as que seriam favoráveis, como já dito. Dentre as primeiras estão as “circunstâncias” e as

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

“consequências” do crime, consideradas desfavoráveis pelo voto condutor (fls. 57.920).

Ocorre que tanto a estabilidade da união entre os membros do bando como o cometimento de crimes são elementos do tipo ali punido. Nesse sentido é toda a doutrina, na qual a durabilidade da associação é sempre apontada como diferença entre o crime de formação de quadrilha, bando e a mera co-autoria³⁴.

Aliás, nas palavras de FRAGOSO, “associação é o acordo de vontades, de modo permanente, para consecução de fim comum. Como bem diz MAGGIORE, (...) ‘no fato associativo há algo mais do que acordo’. O simples ‘acordo’ para cometer um crime, não é punível. O que transforma o acordo em associação, e o torna punível pelo crime em exame, é a organização com caráter de estabilidade. É assim, uma certa permanência ou estabilidade o que distingue o crime em exame da simples participação criminosa (*societas sceleris* ou *societas in crimine*)”³⁵.

Ou seja, o prolongamento da união no tempo é o que caracteriza o próprio crime, não havendo que se punir com mais rigor aquela que durou dois anos. Afinal, não houvesse essa permanência e não se estaria a falar de crime de quadrilha! Em suma, é a contradição de usar uma circunstância elementar do delito para agravar a pena.

Cometer crimes ao longo do tempo é exatamente o que caracteriza o tipo penal³⁶.

³⁴ . Cf. MAGALHÃES NORONHA. *Direito Penal*, 24ª ed., Saraiva, São Paulo, 2003, vol. 4 p. 92/93

³⁵ . HELENO CLÁUDIO FRAGOSO. *Lições de Direito Penal – Parte Especial*, 5ª ed. rev. e atual. por FERNANDO FRAGOSO, Forense, Rio de Janeiro, 1986, vol. II p. 282 - destaques nossos.

³⁶ . Cf. CEZAR ROBERTO BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal, Parte Especial*, 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 2008, vol. 4 p. 247/248.

MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

Ademais, não se pode esquecer que o embargante também foi condenado, na presente ação penal, pelos crimes supostamente praticados pela quadrilha e citados para agravar a pena-base da associação, quais sejam, as corrupções de parlamentares.

Na verdade, o embargante está sendo punido duas vezes pelo delito de corrupção cometido pela quadrilha: uma como crime autônomo e outro travestindo-se esse mesmo delito como circunstância do art. 59 do Código Penal!

Bem por isso a doutrina mais uma vez explica que a existência de crimes consumados não é razão para aumentar a pena-base da quadrilha, mas para se considerar o concurso de crimes:

“Para a consumação do crime [de quadrilha], não se exige que tenha sido praticado algum crime (podendo a quadrilha ser desfeita pelas autoridades antes de cometer qualquer fato punível). *A prática de qualquer ato delituoso implica sempre em concurso material* (art. 70, CP)”³⁷.

Por outro lado, como dito diversas vezes durante o julgamento, elementos constitutivos do tipo não servem para agravar a sanção, sob pena de se cometer vetado *bis in idem* – o que torna o aumento da pena-base, da maneira como feito, contraditório com o restante dos debates no julgamento.

Ainda quando das primeiras discussões em torno da dosimetria das penas, ao se manifestar sobre o caso do réu RAMON HOLLERBACH, o Ministro MARCO AURÉLIO alertou a Casa: “o Direito Penal é avesso a sobreposições” (fls. 58.652).

³⁷. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *ob. cit.*, p. 283 – destacamos.

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

E na discussão sobre a pena do co-réu MARCOS VALÉRIO, o Ministro AYRES BRITTO tomou o cuidado de não considerar o delito de lavagem de capitais, pelo qual ele também havia sido condenado, para aumentar a pena dos demais crimes, anotando que “não pode haver acumulação de pena” (fls. 58.282).

De um lado, sabe-se e repete-se que as elementares do tipo penal não podem ser usadas para agravar a pena-base, sob pena de dupla e incabível punição. De outro, não se pode negar que a duração da quadrilha, representação de sua estabilidade, e o cometimento de crimes, finalidade que torna a associação ilícita, são elementos do tipo, sem os quais a quadrilha não resta configurada.

Esses elementos nunca poderiam influenciar a dosimetria da pena, pois, contidos na descrição típica, já são punidos por meio das penas cominadas para ele.

A contradição entre as duas asserções deve, portanto, ser sanada, a fim de extirpar da decisão a injustiça de incorrer no tantas vezes combatido *bis in idem*.

e) Contradição quanto à data do crime de corrupção ativa

As omissões do acórdão, já se viu, em muito prejudicam a compreensão das decisões. Mas uma discussão insiste em retornar e ocupar a Corte: a data da consumação do delito de corrupção ativa.

Quando da análise do mérito das acusações de corrupção definiu-se que o crime previsto no art. 333 do Código Penal é daqueles formais, que prescindem do resultado [*rectius*, “resultado naturalístico”, já que não pode haver crime sem

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

resultado, por ausência de ofensividade] para sua consumação. O entendimento abarcado por essa C. Corte é, pois, o seguinte:

“(...) a corrupção ativa se considera consumada com a simples oferta ou promessa da vantagem indevida por parte do extraneus, pouco importando que o intraneus a recuse (...)”³⁸.

É a data do pagamento, portanto, inútil para se aferir a data do delito, pois não passa de mero exaurimento, conforme também aponta a doutrina³⁹.

Na prática, o que se tem é que a data da oferta de dinheiro é o que rege a consumação do delito, ficando eventuais pagamentos como mero exaurimento da conduta criminosa.

Assim, no caso concreto, as datas das votações (atos de ofício do crime imputado aos parlamentares) e dos repasses de dinheiro (mero exaurimento da corrupção antes acordada) em nada influenciam a definição de quando o delito teria se consumado.

A discussão pode, em um primeiro momento, parecer paralela e de somenos importância dentro da imensidão destes autos, mas ganha lugar de destaque quando o Supremo Tribunal Federal se debruça sobre o cálculo das penas.

³⁸ . NÉLSON HUNGRIA E HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Comentários ao Código Penal*, 5ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1977, vol. IX, p. 427. No mesmo sentido, MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 1972, vol. IV, p. 342/343.

³⁹ . Cf. CEZAR ROBERTO BITENCOURT, *Tratado de direito penal, Parte Especial: Dos crimes contra a administração pública, dos crimes praticados por prefeitos*, 4ª. ed., Saraiva, São Paulo, 2010. p. 247. No mesmo sentido, ROGÉRIO GRECCO, *Curso de Direito Penal – Parte Especial*, 7ª. ed., Impetus, Niterói, 2011. vol. IV, p. 511.

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

Como é cediço, no final do ano de 2003 entrou em vigor a Lei nº 10.763/2003, que alterou a sanção prevista no art. 333 do Código Penal. Até então os corruptores eram apenados com reclusão que variava entre 1 a 8 anos, além de multa. Mas, como bem lembrou o Ministro Revisor, quando da discussão de uma das muitas fixações de pena aqui realizadas, “a sociedade reclamara que se endurecessem as penas para que estes comportamentos, esses delitos contra a Administração Pública, fossem coibidos com mais rigor” (fls. 59.261).

Em *novembro* de 2003, portanto, os delitos de corrupção ativa passam a ser punidos com penas maiores, que passam a variar de 2 a 12 anos – a pena mínima, é de se notar, foi dobrada.

Considerando o sistema trifásico previsto no art. 68 do Código Penal, e tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro determina que, na dosimetria da pena, o magistrado parta da menor sanção prevista, caminhando em direção à maior, essa alteração em muito influencia os cálculos realizados nesse importante momento da sentença.

No caso concreto, a grande maioria dos delitos de corrupção imputados ao embargante (oito de um total de nove indicadas na Acusação) ocorreram, indubitavelmente, no início de 2003 e, por isso, aos deputados acusados de corrupção passiva foi aplicada a versão antiga do texto legal. Porém, quanto ao co-réu ROBERTO JEFFERSON a discussão voltou a ganhar importância e merecer atenção.

Apesar de se considerar que os recebimentos de dinheiro se estenderam pelos anos de 2004 e 2005, sabe-se que aquele ex-deputado assumiu a presidência do PTB no final de 2003. Essa específica data, contudo, é objeto de contradição

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

que deve ser aqui sanada, pois configura erro material que em muito alterou a pena imposta ao embargante.

Explica-se: desde o início do feito é sabido que o antigo presidente do PTB faleceu em 3 de outubro de 2003. Sabe-se também, pela prova, inclusive testemunhal, aqui produzida, bem como pela narrativa da denúncia, que o co-réu ROBERTO JEFFERSON assumiu a presidência do partido já no dia seguinte, em 04 de outubro de 2003.

Ou seja, tudo antes da alteração legislativa mencionada.

Essas datas restaram confirmadas no acórdão ora embargado. Quando da análise do mérito da ação penal, o Ministro Relator apontou que:

“Ainda assim, depois do falecimento do Sr. José Carlos Martinez, em outubro de 2003, o réu ROBERTO JEFFERSON valeu-se da sistemática de pagamento de dinheiro oferecida por DELÚBIO SOARES e MARCOS VALÉRIO aos parlamentares acusados nesta ação penal, aceitando receber os pagamentos.

“(…).

“É certo que, após o falecimento do Deputado José Carlos Martinez (em 03 de outubro de 2003), os repasses efetuados pelo Partido dos Trabalhadores ao PTB foram menos sistemáticos do que os verificados anteriormente e também em comparação com o Partido Progressista e ao Partido Liberal” (fls. 55.239/55.240 – grifamos).

Porém, ao retomar-se, durante os debates sobre a dosimetria da pena, a questão das datas de consumação do delito de corrupção, por engano, passa a constar que o falecimento teria se dado meses depois, em dezembro de 2003. Vejamos o que constou:

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

“O Senhor Ministro RICARDO LEWANDOWSKI (Revisor) - Eu tenho a seguinte informação: antes da Presidência de Roberto Jefferson, como nós todos sabemos, as tratativas eram feitas por José Carlos Martinez, que faleceu em 2003. “O Senhor Ministro JOAQUIM BARBOSA (Presidente E Relator) - Em dezembro de 2003” (fls. 59.350 – grifos nossos).

Se ROBERTO JEFFERSON teria assumido a presidência do partido apenas no último mês daquele ano, após a nova redação do art. 333 do Código Penal ter entrado em vigor, presumir-se-ia que sua corrupção também teria acontecido sob a égide da lei nova.

É de se ressaltar que, ausentes elementos concretos, na denúncia, sobre a data dos acordos entre corruptos e corruptores (independente das datas de pagamento), a presunção (caso a data do falecimento estivesse correta) teria se dado a favor do réu.

A contradição em torno de quando JOSÉ CARLOS MARTINEZ faleceu é clara e facilmente demonstrada, mas suas consequências são drásticas. Foi exatamente em razão da errônea crença de que ROBERTO JEFFERSON assumiu o comando do partido após novembro de 2003 (data de alteração da legislação) que se presumiu, em desfavor do embargante e do próprio co-réu que a corrupção também teria sido posterior.

Não fosse isso e a conclusão inescapável é de que todos os acordos com os partidos da base aliada, sem exceção, teriam ocorrido ainda quando a pena mínima para o crime de corrupção era de um ano e, portanto, não se estaria a falar da aplicação da Súmula 711 do Supremo Tribunal Federal.

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

Ou seja, o erro quanto à data de falecimento de JOSÉ CARLOS MARTINEZ levou, diretamente, ao erro quanto a data do acordo com o PTB de ROBERTO JEFFERSON. E esse último engano aumentou as penas aplicadas ao embargante também para as outras oito acusações de corrupção.

O correto, portanto, era aplicar apenas a lei anterior a novembro 2003, cuja pena mínima era de um ano. Tal, como também fora reconhecido no acórdão, influencia a aferição da pena-base, diminuindo-a significativamente.

Tendo em vista o grave prejuízo que o engano aqui indicado trouxe ao embargante, requer-se o reconhecimento do erro material quanto à data de falecimento de JOSÉ CARLOS MARTINEZ e da posse do co-réu ROBERTO JEFFERSON na presidência do PTB. Assim, cai por terra a presunção, bem mais gravosa para DELÚBIO, de que esta corrupção ocorrera sob vigência da nova lei, adequando-se a pena-base calculada sobre premissas equivocadas, dando-se efeitos infringentes aos presentes embargos.

f) Contradições quanto ao aumento do crime continuado

São muitas, como se vê, as contradições, o que não surpreende em um acórdão que conta com mais de oito mil páginas. Além de todas aquelas apontadas anteriormente, há ainda que se tratar do contraditório incremento da pena aplicada ao embargante em função da continuidade delitiva.

Sobre a questão, extrai-se do voto condutor:

“Os nove crimes de corrupção ativa imputados ao réu DELÚBIO SOARES foram praticados nas mesmas circunstâncias, o que atrai a incidência do art. 71 do Código Penal:

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

“(...)”.

“Tendo em vista este preceito, deixo de acolher o pedido do Procurador-Geral da República, que formulou pedido 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 subseqüentes ser considerados como continuação dos primeiros.

“(...)”.

“Incidirá causa de aumento resultante da continuidade delitiva, varia de um sexto a dois terços. Por terem sido efetuadas promessas de pagamentos aos nove parlamentares corrompidos, aumento a pena na fração de dois terços” (fls. 57.920/57.924).

É certo que, a fim de estabelecer parâmetros fixos que facilitassem a atividade dos julgadores na dosagem das penas dos inúmeros réus, o Ministro CELSO DE MELLO apresentou ao Pleno proposta para adoção de critério objetivo para a aplicação da regra do aumento do crime continuado, consistente em uma tabela: “apoia-se na relação entre o número de infrações delituosas e as correspondentes frações de acréscimo penal” (fls. 58.548, destacamos).

Com efeito, por aquele parâmetro, a todos os réus que cometessem além de 6 (seis) delitos a fração de aumento pela continuidade delitiva corresponderia ao limite máximo legal, qual seja, 2/3 (dois terços).

Contudo, o critério, data vênica é absolutamente injusto! E, no presente caso, a adoção de um critério fixo acarretou a aplicação de frações idênticas para situações díspares, em detrimento do princípio da proporcionalidade, causando contradição entre as penas aplicadas a diversos réus.

MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO
 ADVOGADOS

O embargante foi condenado pela prática do crime de corrupção ativa. Sua pena-base foi fixada em 4 anos de reclusão e 150 dias-multa. Com base na tal “tabela”, tendo em vista as 9 infrações a ele imputadas, o aumento da continuidade delitiva foi o máximo legal, ou seja, 2/3 (dois terços), tendo a pena final sido fixada em 6 anos, 8 meses e 250 dias-multa.

Ocorre que, conforme se observa do quadro abaixo, para outros réus, cuja aplicação da continuidade delitiva se deu por um total que supera muito a quantidade de infrações imputadas ao embargante, esse E. Supremo Tribunal aplicou a mesma fração de aumento:

Réu	Crime	Total de infrações	Fração de aumento
Ramon Hollerbach	Lavagem de dinheiro	46 (quarenta e seis)	2/3 (dois terços)
Marcos Valério	Lavagem de dinheiro	46 (quarenta e seis)	2/3 (dois terços)
Marcos Valério	Evasão de divisas	53 (cinquenta e três)	2/3 (dois terços)
Simone Vasconcelos	Lavagem de dinheiro	46 (quarenta e seis)	2/3 (dois terços)
Cristiano Paz	Lavagem de dinheiro	46 (quarenta e seis)	2/3 (dois terços)
Kátia Rabello	Lavagem de dinheiro	24 (quarenta e seis)	2/3 (dois terços)
Katia Rabello	Evasão de divisas	24 (vinte e quatro)	2/3 (dois terços)
Jose Roberto Salgado	Evasão de divisas	24 (vinte e quatro)	2/3 (dois terços)
Jacinto Lamas	Lavagem de dinheiro	40 (quarenta)	2/3 (dois terços)

Em outras ocasiões, a quantidade de infrações imputadas era muito próxima daquelas nove imputadas ao embargante. No entanto, a fração de aumento aplicada pela continuidade foi muito aquém dos malfadados 2/3 (dois terços):

Réu	Crime	Total de infrações	Fração de aumento
Enivaldo Quadrado	Lavagem de dinheiro	11 (onze)	1/6 (um sexto)
Pedro Correa	Lavagem de dinheiro	15 (quinze)	1/3 (um terço)
Valdemar Costa Neto	Lavagem de dinheiro	41 operações	1/3 (um terço)

Não se pode negar, portanto, que há uma inexorável contradição nos aumentos aplicados pela continuidade delitiva para diferentes réus. E, diretamente decorrente dessa contradição, temos o desrespeito ao corolário constitucional da proporcionalidade da pena. Na lição DE FREDERICO MARQUES:

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

“O princípio da retribuição equaciona o bem jurídico lesado pelo delinqüente, com o bem jurídico cuja diminuição este vai sofrer, olhando ainda a forma pela qual ambos são atingidos. Essa proporcionalidade, estabelecida em abstrato pela cominação legal, alcança maior precisão no momento de ser imposta, pela sentença., a medida sancionadora”⁴⁰.

Não se discute que “quanto à fração da continuidade aplicável, que varia de um sexto a dois terços, a adoção do critério referente ao número de crimes praticados é mais segura e possibilita a previsibilidade por todo réu que venha a praticar delitos na situação do art. 71 do Código Penal.” (fls. 59.512/59.513, Ministro MARCO AURÉLIO). Contudo, aplicado à pena, tal instituto também deve respeitar o princípio da proporcionalidade.

No presente caso, da mesma forma que o sujeito condenado pelo cometimento de 46 (quarenta e seis) infrações em continuidade, o embargante teve a sua pena elevada pela fração máxima prevista em lei pelo cometimento de 9 (nove) infrações. É contraditório, desigual, desarrazoado e desproporcional! E isso é o mínimo que se pode dizer, porque é também absolutamente injusto.

Diante do exposto, é a presente para requerer o acolhimento dos embargos de declaração para que sejam reconhecidas e esclarecidas as contradições acima apontadas. Diante do reconhecimento, requer-se sejam conferidos efeitos infringentes aos embargos de declaração com a conseqüente readequação da pena do embargante.

⁴⁰ . *Tratado de Direito Penal*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, vol. III, p. 106.

MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

g) Contradições e omissões do acórdão na aplicação da pena de multa

Por fim, a pena de multa merece uma nova visão para que as omissões e contradições aqui também presentes sejam sanadas.

Tratando-se de uma modalidade de pena, aqui imposta em conjunto com a privativa de liberdade, os princípios da individualização e da fundamentação da decisão também devem estar presentes, não se prescindindo do desenvolvimento de uma decisão motivada.

Porém, as dificuldades encontradas podem ser ainda maiores, pois a pena pecuniária traz tratamento próprio, com duas fases distintas para sua imposição que aferem não só a capacidade econômica do réu no valor de cada dia-multa, como também sua culpabilidade, sob as diretrizes do art. 59, na quantidade de dias-multa aplicados.

Para CEZAR ROBERTO BITENCOURT “cientificamente, pode-se concluir, o sistema dia-multa é o mais completo de todos os que até agora foram utilizados. A forma de avaliação da culpabilidade e das condições econômicas do réu ajusta-se melhor aos princípios de igualdade.”⁴¹

E a doutrina, majoritariamente, explica que no processo de definição da multa são dois os aspectos que devem ser considerados, em dois momentos distintos. Nesse sentido, em explicação absolutamente didática, leciona CELSO DELMANTO:

⁴¹. CEZAR ROBERT BITENCOURT. ob. cit., p. 611.

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

“Fixação dos dias-multa: Em face da cominação abstrata que a reforma penal de 84 instituiu, cremos que o único modo de fixar as penas pecuniárias com equilíbrio e justiça será pela divisão, em duas etapas ou fases, da operação prevista neste art. 49. Numa primeira, estabelece-se o número de dias-multa; numa segunda, fixa-se o valor de cada dia multa. 1ª etapa: determina-se o número de dias multa entre o mínimo de dez e o máximo de trezentos e sessenta dias. Para a escolha desse número de dias, deve-se atentar para a natureza mais ou menos grave do crime (pois não há mais cominação particular para cada delito), para as circunstâncias judiciais que levarão à pena-base, para as agravantes e atenuantes, para as causas de aumento e de diminuição da pena cabíveis etc., mas não para a situação econômica do réu. 2ª etapa: já encontrado o número de dias (entre os limites de 10 a 360 dias) pela 1ª etapa, passa-se, nesta 2ª, à fixação do valor de cada dia-multa, que não poderá ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal (vigente à data do fato), nem superior a cinco vezes esse mesmo salário mínimo mensal (o maior em vigor do dia do crime). Para essa opção, levar-se-á em conta a situação econômica do réu (CP, art. 60, caput) e, em atendimento a esse dado, será fixado o valor de cada dia-multa, entre os limites estabelecidos pelo § 1º deste art. 49. “Só assim será alcançada a justa individualização da multa, de modo que a pena pecuniária não se torne exorbitante (e impagável) para o pobre, nem irrisória (e desprezível) para o rico. Com as duas etapas aqui indicadas, um crime cometido, em co-autoria, por uma pessoa pobre e outra rica, poderá ser apenado com o mesmo número de dias-multa. Todavia, o valor desses dias-multa será diverso: para o hipossuficiente poderá ficar no mínimo de um trigésimo; para o rico, esse valor será maior, podendo até, na hipótese de alguns milionários, chegar-se ao limite de cinco vezes o salário mínimo ou, mesmo, aumentá-lo, ainda, até o triplo (CP, art. 60, § 1º). Essa diferenciação justifica-se por possuir a multa prevista neste art. 49 eminente caráter punitivo, e não indenizatório.

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

“(...)”.

“Fundamentação: Não basta a simples indicação, na sentença, do número de dias-multa e do valor de cada um deles. A decisão não pode ser arbitrária, devendo deixar claro como os fixou (CR, art. 93, IX), pois se trata de pena de multa, submetida ao princípio constitucional da individualização da pena (CR, art. 5º, XLVI)”⁴².

No presente caso, nem a quantidade de dias-multa coincidiu entre os vários sentenciados, restando por vezes absolutamente díspares – em evidente contradição – nem os valores obedeceram a critérios individuais – o que decorreu, no caso do embargante, de omissão quanto à sua capacidade econômica.

Essas discrepâncias, configuradoras da contradição ora apontada – um possível resultado do método de votação da pena adotado durante as sessões de julgamento – não é uma surpresa. Também nesse tema a preocupação da Corte apareceu em diversos momentos.

Nas duas mil páginas (um quarto do acórdão) dedicadas à dosimetria das penas corporais e pecuniárias o Ministro Revisor elencou algumas das questões que deveriam ser consideradas quando da estipulação dessa última e, durante debate com o Relator, antecipou:

“O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Revisor): Eu vou abandonar o critério anterior, mas continuo entendendo, Senhor Presidente, com a devida vênia, que deve haver uma proporcionalidade entre a pena corporal e a pena pecuniária.

“O Senhor Ministro Joaquim Barbosa (Presidente e Relator): Eu também acho que sim” (fls. 59.404/59.405).

⁴². CELSO DELMANTO, *Código Penal Comentado*, 8ª. ed., Saraiva, São Paulo,, 2010. p. 261.

MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

Ao final, as desproporções e distorções das penas pecuniárias impostas foram novamente alertadas pelo Ministro Revisor, que trouxe voto para tentar encontrar um critério. Nessa oportunidade, o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI explicou, em consonância com a melhor doutrina, que:

“Percebe-se, pois, certa discrepância quanto aos resultados finais das penas de multa aplicadas aos réus.

“Causou-me espécie, por exemplo, a multa fixada para o réu José Genoíno, que ultrapassou em duas vezes o seu patrimônio declarado. Do mesmo modo, gerou-me estranheza a diferença entre as penas pecuniárias estabelecidas para os co-réus Marcos Valério e Ramon Hollerbach, que, a despeito de terem patrimônios declarados semelhantes, tiveram penas de multa muito distintas, com a agravante de que o primeiro recebeu pena corporal muito maior.

“Assim, considerando essas claras distorções, proponho um reajuste para as penas de multa já aplicadas.

“(…).

“Por outro lado, penso que o juiz deve levar em consideração alguns princípios constitucionais fundamentais, tais como o da razoabilidade, proporcionalidade, o do não confisco e o princípio da individualização da pena.

“Outra garantia da qual não podemos nos afastar é a prevista no art. 5º XLV (...)

“Vale lembrar, também, no que toca à pena de multa, que essa não se confunde com o confisco penal, nem com a perda do produto ou instrumento do crime. São coisas distintas.

“É com esse espírito que proponho à Corte a adoção de um critério mais objetivo e que se aproxime, a meu sentir, dos ditames constitucionais”.

O Ministro tinha toda razão em sua preocupação. De fato, as quantidades de dias-multa impostas aos diferentes réus não guardam nenhum sentido. Os

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

delitos são ora punidos com centenas de dias (caso do embargante), ora com umas poucos dezenas, se tanto (como, por exemplo, nas condenações de MARCOS VALÉRIO, SIMONE REIS LOBO DE VASCONCELOS, ENIVALDO QUADRADO e JACINTO DE SOUZA LAMAS). Tudo a comprovar a desproporcionalidade de algumas das penas pecuniárias aplicadas.

Contudo, o voto foi interrompido pelo Ministro Relator, que passou a defender que “nós não podemos falar em proporcionalidade na fixação da pena da multa, porque o critério fundamental da multa é a condição financeira” – em contradição, vale também apontar, com o que o próprio Ministro JOAQUIM BARBOSA havia reconhecido no debate travado com o Ministro Revisor, acima transcrito, quando concordou com a necessidade de haver proporcionalidade também na pena pecuniária (fls. 59.403/59.404).

A questão da capacidade econômica do réu, citada então pelo Relator, apesar de servir de guia para a estipulação do valor de cada dia-multa, só o faz na segunda fase da dosimetria da pena pecuniária, enquanto o Revisor ainda discutia a individualização da punição pela quantidade de dias-multa.

É nesse exato sentido a doutrina:

“A pena pecuniária deve ser aplicada observado o princípio da proporcionalidade. Assim, fixada a pena privativa de liberdade no mínimo legal, deve ser a pena pecuniária também ser fixada no mínimo legal. Se majorada pelo reconhecimento do emprego de arma e concurso de pessoas na mesma proporção deve ser majorada a pena pecuniária (...).

“(…).

“A fixação da pena pecuniária não pode ficar ao puro arbítrio judicial obedecendo aos critérios de

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

proporcionalidade e de capacidade financeira de pagamento, devendo ser objeto de fundamentação da sentença condenatória”⁴³.

E essa proporcionalidade é alcançada, por óbvio, através da aferição das circunstâncias do art. 59, como ensina ALBERTO SILVA FRANCO:

“No que tange ao número de dias-multa, o parâmetro mais adequado não é o da ‘situação econômica do réu’, mas, sim, o do art. 59 da Parte Geral do CP. Assim, para fixar o número de dias-multa, entre o mínimo de 10 dias-multa e o máximo de 360 de dias-multa, nada melhor do que chamar à colação as regras arrolados no ordenamento penal para a individualização da pena privativa de liberdade e que são extensíveis à pena restritiva de direito e às penas pecuniárias. Especificar adequadamente o número de dias-multa significa levar em conta as circunstâncias judiciais (objetivas e subjetivas) e as finalidades da pena (reprovação e prevenção do crime) contidas no art. 59”⁴⁴.

Nada disso é sequer tangencialmente abordado no voto condutor que impôs a DELÚBIO nada menos do que 250 dias-multa, cada qual com o valor de 5 (cinco) salários mínimos. Tudo sem que seja apresentada qualquer fundamentação, que aqui está ainda mais longe de ser exaustiva, sem que a relação com o aumento da pena-base seja explicitada.

E, também, sem que se demonstre a proporcionalidade da pena pecuniária, elemento que é reconhecido como necessário também pela Jurisprudência, conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça:

⁴³ . ÁLVARO, MAYRINK DA COSTA, *Direito Pena – Parte Geral*, 7ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 369 e 390.

⁴⁴ . ALBERTO SILVA FRANCO, *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*, – 8ª ed, RT., São Paulo, 2007. p. 319 – grifamos.

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

“V - A pena de multa deve ser fixada em duas fases (critério bifásico). Na primeira, fixa-se o número de dias-multa, considerando-se as circunstâncias judiciais (art. 59, do CP). Na segunda, determina-se o valor de cada dia-multa, levando-se em conta a situação econômica do réu (Precedentes do STJ). In casu, não houve a devida proporcionalidade entre a pena-base e o quantum dos dias-multa”⁴⁵.

Tanto nos Tribunais como na doutrina, além da capacidade financeira, também as diretrizes do art. 59 devem ser seguidas na aferição da multa, que deverá manter relação de proporcionalidade com a pena privativa de liberdade.

Mas a omissão do voto condutor sobre critério de aferição da multa não permite que o embargante entenda se ele foi adotado ou, se não, quais outros limites foram utilizados (se é que existiram).

O silêncio sobre as razões que levaram a mais esse salto sobre o vazio de fundamentos, que levou a pena de multa de um mínimo previsto em lei de 10 dias-multa para o elevado patamar de 250, deve desde já ser sanado. Principalmente porque a afirmação de que a proporcionalidade não é elemento que precise constar da pena pecuniária está em evidente contradição com o que o próprio Ministro Relator antes havia afirmado em Plenário durante os debates sobre a dosimetria da multa, conforme transcrição que compõe o acórdão.

Todavia, mesmo que se opte por manter a contradição – o que se aduz apenas para argumentar – a escolha de um critério financeiro exclusivo (e injusto, ante a situação patrimonial do embargante) para estipular a multa não é possível. Não só porque fere as regras mais basilares de proporcionalidade e adequação da

⁴⁵ . STJ, REsp 897.876/RS, Rel. Min. FELIX FISCHER, j. 12.7.2007.

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

pena, como porque o acórdão é também omissivo sobre a situação econômica do embargante.

Apesar de, quanto a outros acusados, o voto condutor apontar elementos que indiquem a capacidade financeira a sustentar os valores dos dias-multa, quanto a DELÚBIO diz apenas que:

“Ausentes outras causas de aumento, torno a pena definitiva em 6 anos e 8 meses de reclusão, e 250 dias-multa, cada um no valor de 5 vezes o salário-mínimo vigente na época do fato, tendo em vista o disposto no art. 60 do Código Penal, quanto aos ‘critérios especiais da pena de multa’ (‘o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu’). O montante devido a título de multa ‘será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária’ (§ 2º do art. 49)” (fls. 57.924).

Ora! Qual é a “situação econômica do réu”? O voto condutor prescinde até de indicá-la, quanto mais demonstrá-la de forma suficiente para impor pena ao embargante.

Não há uma só menção à capacidade do embargante, em mais uma omissão grave, que atinge a própria fundamentação do agravamento da pena imposta. Mas, fosse para constar e registrar no voto a situação econômica de DELÚBIO e o valor da multa teria que, obrigatoriamente, ficar no mínimo legal.

Afinal, conforme alertado expressamente em alegações finais, o que provaram as testemunhas ouvidas durante a instrução foi justamente que o defendente sempre foi uma pessoa humilde, com poucos recursos, tudo a demonstrar que seu patrimônio nunca evoluiu de forma abrupta ou incompatível

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

com seus modestos rendimentos, como se vê de sua declaração de rendimentos (fls. 43.663), que fala por si no que toca à ausência de recursos do embargante.

A omissão sobre a situação econômica do condenado, essencial para a aferição do valor de cada dia-multa, nos termos da redação do art. 60 do Código Penal, deve ser sanada, reconhecendo-se os inevitáveis efeitos infringentes que levarão à adequação do valor do dia-multa, estipulado de forma objetiva e sem individualização quanto a DELÚBIO.

h) Conclusão

Conforme jurisprudência lembrada pelo Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, já no apagar das luzes desses quatro meses de julgamento, “o STF também erra. E errando em último lugar, só escassamente haverá meio de corrigir o erro...” (fls. 59.678).

Antes das ações de revisão, estes embargos são o meio para que as omissões e contradições sejam corrigidas, em busca de uma decisão final que não traga o “superdimensionamento de certas penas, para evitar a prescrição, com o objetivo de afastar, ou de ultrapassar, ou de compensar a mora na prestação jurisdicional do Estado”, com penas que, justas e não de “inaudita gravidade” (fls. 59.549), não sejam uma mudança nos precedentes dessa C. Corte guardiã da Constituição.

Nem se argumente que os embargos declaratórios não podem ter efeitos infringentes, tendo em vista que, como demonstrado, ao sanar-se a omissão, ver-se-á claramente a injustiça da fixação da multa.

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

10. Pedido final

Por tudo o quanto aqui se expôs, vê-se que são necessárias diversas correções, para dirimir contradições, aclarar obscuridades e até mesmo reparar erro material.

Ao fazê-lo será indispensável que a Suprema Corte dê à decisão efeitos infringentes, pois a solução desses problemas apontados evidencia a injustiça cometida contra o embargante.

Além disso, requer o peticionário que, caso recebidos, ainda que em parte, estes embargos declaratórios, seja-lhe concedido prazo para – se necessário – emendar os embargos infringentes que serão opostos no prazo regimental.

Pede deferimento.

Brasília, 2 de maio de 2013.

ARNALDO MALHEIROS FILHO
OAB/SP 28.454

FLÁVIA RAHAL
OAB/SP 118.584

CELSO VILARDI
OAB/SP 120.797

DANIELLA MEGGIOLARO
OAB/SP 172.750

DOMITILA KÖHLER
OAB/SP 207.669

ADRIANA PAZINI DE BARROS
OAB/SP 221.911



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

ARTHUR SODRÉ PRADO
OAB/SP 270.849

CONRADO G. DE ALMEIDA PRADO
OAB/SP 303.058

THIAGO DINIZ BARBOSA NICOLAI
OAB/SP 309.140

GUSTAVO A. PARENTE BARBOSA
OAB/SP 316.176

p: delúbio-ap470-embargosdeclaração