



EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ref.: Ação Penal n. 470

RAMON HOLLERBACH CARDOSO, já qualificado nos autos em epígrafe, vem à presença de V. Ex^a, por intermédio de seus defensores, com fundamento no art. 333, inciso I e parágrafo único, primeira parte do RISTF, no prazo estabelecido no 25º Agravo Regimental nesta ação penal, opor **EMBARGOS INFRINGENTES**, nos termos a seguir articulados:

PRELIMINAR. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE RELATIVAMENTE AO CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. PREJUDICIALIDADE DOS EMBARGOS INFRINGENTES, QUANTO A ESTE PONTO.

No julgamento colegiado, quando não há unanimidade, o *voto médio* é de grande importância para fins de proclamação do resultado final. O *voto médio* é o ponto até onde a maioria dos ministros chegou a um consenso. Deste ponto, não é possível seguir adiante.

Seja em causas cíveis ou causas criminais, o *voto médio* sempre foi considerado. Se a maioria dos ministros, ainda que por caminhos distintos, chega a um resultado análogo, este deve ser declarado.

Tomemos como exemplo um caso corriqueiro em tribunais de segunda instância: um réu é condenado, por maioria dos votos, sendo dois votos pela absolvição, um voto pela condenação à pena de 1 ano de prisão e dois votos pela condenação à pena de 2 anos de prisão. Neste caso, não se exclui o voto absolutório, mas o mesmo é considerado para fins de estabelecimento do voto médio. O réu não pode ser condenado a cumprir 2 anos de prisão porque, dentro de um universo de cinco votantes, três (ainda que por caminhos diversos) não desejam que esta pena seja aplicada. Em *voto médio*, a pena estabelecida haverá de ser 1 ano de prisão, ainda que apenas um julgador tenha estabelecido esta pena.

Em resumo: não é possível desprezar os votos absolutórios, pelo simples fato de que ficaram vencidos quanto à condenação.

Suponhamos agora que em um Mandado de Segurança, com onze ministros, esta Corte tenha a seguinte divisão de votos: cinco votos pela concessão da segurança, um pela concessão parcial e cinco pela denegação.

Não haveria resultado a ser proclamado (ou teríamos que recorrer a alguma regra do desempate) se o voto minoritário fosse descartado. Na verdade, quem concede parcialmente a segurança está, de até certo ponto, convergindo com a vontade de quem a concede integralmente, razão pela qual os outros cinco votos deveriam somar-se ao seu, naquilo em que coincidem, formando a maioria pela concessão parcial.

É esta a lógica do *voto médio*. Não é possível proclamar um resultado que vai além daquele pretendido pela maioria dos integrantes da turma julgadora. O voto vencido nunca foi desprezado, em nenhum tribunal do Brasil. O mesmo pode se dizer do julgamento colegiado no Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que o modo de julgamento estabelecido por esta Suprema Corte nesta ação penal, com o “*fatiamento*” do julgamento, fez com que se desse a impressão de que havia maioria formada para a condenação a pena superior a dois anos, o que não corresponde à realidade. Com a adoção desta metodologia, primeiro chegou-se a um consenso sobre a condenação e somente depois a pena foi aplicada, o que fez com que votos absolutórios fossem desprezados, como se a posição dos ministros vencidos não existisse.

A questão passa ao largo da discussão sobre a possibilidade de aplicação da pena pelo ministro que absolveu. O fato de o julgador que não condenou ficar afastado da aplicação da pena não evita que o seu voto se some, sempre, à aplicação de pena mais favorável ao réu. Entendimento contrário fulminaria a lógica do julgamento colegiado.

Basta imaginar um exemplo para que se verifique o quanto seria ilógico excluir os ministros que absolveram da contagem final: se, em um caso hipotético, houvesse condenação por seis votos a cinco e os ministros que proferiram o voto absolutório fossem excluídos da contagem final, um réu poderia ser condenado a uma pena mais alta por apenas quatro ministros

desta casa, desde que em um segundo momento, dentre os seis votantes na aplicação de pena, quatro optassem por uma pena mais severa e dois por uma pena mais branda.

Em um universo de onze ministros, estranhamente prevaleceria a vontade de quatro deles, enquanto a vontade da maioria de sete – ainda que em correntes distintas – seria desprezada. **Este não é, definitivamente, o espírito do julgamento colegiado.**

Voltando ao caso deste processo, ao reanalisar os votos proferidos, em relação à condenação por formação de quadrilha, é possível constatar que esta situação anômala aconteceu.

Em embargos de declaração, alguns ministros ficaram vencidos no reajuste de pena em relação ao embargante Ramon Hollerbach Cardoso.

O resultado do julgamento foi proclamado com divergência estabelecida pelos Ministros Teori Zavascki, Ricardo Lewandoski, Dias Toffoli e Marco Aurélio (todos vencidos, sem ressalvas, quanto à pena do crime de formação de quadrilha).

Conforme se constata à fl. 65.341, o Ministro Dias Toffoli, acolhendo proposta do Ministro Teori Zavascki, estabeleceu a pena definitiva de 1 (um) ano, 5 (cinco) meses e 1 (um) dia de reclusão. Inexistindo divergência registrada nos demais votos (Teori Zavascki, Ricardo Lewandoski e Marco Aurélio) e, não tendo o Ministério Público Federal oposto embargos de declaração, há de se considerar que estes ministros também acompanharam aquele na fixação da pena definitiva para o crime de quadrilha, razão pela qual, inevitavelmente, deveria esta Corte ter declarado a extinção da punibilidade pela prescrição.

Assim, temos a seguinte particularidade, conforme se verifica no gráfico abaixo:



A tabela abaixo especifica quais votos equivalem a cada “fatia” do gráfico acima. Vejamos:

Voto Ministro(a)	Voto favorável ao embargante (absolvição ou condenação com pena inferior a dois anos de reclusão).	Voto desfavorável ao embargante (condenação e imposição de pena superior a dois anos de reclusão).
Joaquim Barbosa		Condenação com pena superior a dois anos de reclusão.
Ricardo Lewandowski	Absolvição e redução da pena, nos embargos declaratórios, com pena definitiva inferior a dois anos.	
Celso de Mello		Condenação com pena superior a dois anos de reclusão.
Marco Aurélio	Condenação e redução da pena, nos embargos declaratórios, com pena definitiva inferior a dois anos.	
Gilmar Mendes		Condenação com pena superior a dois anos de reclusão.
Cármem Lúcia	Absolvição.	
Dias Toffoli	Absolvição e redução da pena, nos embargos declaratórios, com pena definitiva inferior a dois anos.	
Luiz Fux		Condenação com pena superior a dois anos de reclusão.
Rosa Weber	Absolvição.	
Cesar Peluso (sucedido por Teori Zavascki)	Redução da pena, nos embargos declaratórios, com pena definitiva inferior a dois anos (Teori Zavascki).	
Ayres Britto (sucedido por Roberto Barroso)		Condenação (Ayres Britto) / Manutenção da pena superior a dois anos de reclusão, nos embargos declaratórios (Roberto Barroso).
TOTAL	6 (SEIS) VOTOS PELA ABSOLVIÇÃO E/OU CONDENAÇÃO COM PENA INFERIOR A DOIS ANOS DE RECLUSÃO.	5 (CINCO) VOTOS PELA CONDENAÇÃO COM PENA SUPERIOR A DOIS ANOS DE RECLUSÃO.

É inevitável, portanto, a constatação de que não há maioria formada no órgão colegiado para impor a Ramon Hollerbach Cardoso a pena de 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão.

Ainda que se diga que os ministros que absolveram o embargante não poderiam ter reduzido a pena nos embargos declaratórios, os seus votos absolutórios obrigatoriamente se somariam àqueles mais favoráveis ao embargante, acarretando, também, a extinção da punibilidade, pelo *voto médio*.

Assim, transitada em julgado a decisão para a acusação e sendo, portanto, impossível alterar o resultado de julgamento para prejudicar o réu, a defesa requer, nos termos do artigo 654, §2º c/c artigo 648, inciso VII, ambos do Código de Processo Penal, que este Supremo Tribunal



Federal, concedendo *habeas corpus ex officio*, declare extinta a punibilidade do embargante relativamente à condenação pela prática do crime tipificado no artigo 288 do Código Penal, com fundamento no artigo 109, inciso V c/c artigo 107, inciso IV, ambos do mesmo diploma legal.

Se acolhida esta preliminar, restarão prejudicados os primeiros e segundos embargos infringentes a seguir expostos.

PRIMEIROS EMBARGOS INFRINGENTES: CONDENAÇÃO PELO CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA.

VOTOS DIVERGENTES:

O embargante foi condenado por seis votos contra quatro, tendo ficado vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Dias Toffoli e Cármem Lúcia. Os Ministros Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ayres Britto votaram pela condenação.

RAZÕES PELAS QUAIS A DEFESA BUSCA O RESGATE DOS VOTOS MINORITÁRIOS:

Nos embargos infringentes o julgador pode revisitar a prova dos autos para verificar qual dos votos proferidos possui maior coerência com o acervo fático-probatório.

Ou seja, mais do que analisar a essência dos votos vencedores e vencidos e confrontá-los, o julgador pode buscar na prova dos autos argumentos para verificar a consistência de tais votos.

Em assim procedendo, perceber-se-á que, ao menos no que diz respeito ao réu Ramon Hollerbach Cardoso, não há como subsistir a condenação pelo crime de formação de quadrilha.

Ramon Hollerbach Cardoso encontra-se condenado pelo crime quadrilha, mas não há nos autos um único elemento que indique a existência do dolo específico de constituir ou integrar uma quadrilha permanente e estável. A condenação pela prática de outros crimes não conduz à conclusão de que havia uma quadrilha.

Após citar várias passagens em que Marcos Valério teria se reunido com outras pessoas, o douto Relator cita um trecho do depoimento do corréu Marcos Valério, na qual ele menciona que “*na SMP&B havia uma divisão de tarefas apenas no plano formal*”, concluindo que a empresa era “*administrada, em conjunto, pelo INTERROGANDO, RAMON E CRISTIANO*” (fl. 57.425).

Após, cita o depoimento do contador Marco Aurélio Prata, no qual o mesmo teria dito que “*todos os três sócios, a saber, CRISTIANO, RAMON e MARCOS VALÉRIO, participavam das decisões administrativas*” (fl. 57.426).

Ocorre que, tais depoentes – Marcos Valério e contador Marco Aurélio Prata – não mencionam uma reunião permanente destinada a praticar crimes.

Nos depoimentos acima mencionados, os depoentes estão se referindo a atividades LÍCITAS. O que se menciona, portanto, é a condução LÍCITA da empresa, onde cada uma das “mãos” (Marcos Valério, Cristiano e Ramon) possuía função bem definida.

A análise dos fatos imputados, no entanto, não pode se basear em provas isoladas, e sim no conjunto de provas. Assim, é extremamente relevante observar que **há outro depoimento, prestado na fase judicial, portanto, submetido ao contraditório, de testemunha compromissada, que completa essas informações.**

Tal testemunha, **arrolada pela acusação**, pessoa que trabalhava dentro da SMP&B, em Brasília, **é de extrema importância para o desfecho da questão**. Trata-se de Eliane Alves Lopes (vol. 93, fls. 20.054/20.083), que foi categórica ao afirmar que a estrutura de criação da SMP&B estava em Brasília, e que lá também havia estrutura de atendimento ao cliente. Afirma que Marcos Valério aparecia pouco em Brasília, cerca de uma vez por mês, pois a área dele era administrativa, deixando claro que Cristiano Paz era Presidente e nessa qualidade, era responsável pela criação, enquanto Ramon Hollerbach era responsável pela operação (fluxo técnico; criação, produção, mídia e várias técnicas).

Esta testemunha fala que cada sócio interagia com os órgãos públicos nas suas respectivas áreas (criação, operação e administrativa).

Assim se explica a participação de cada sócio em ATIVIDADES LÍCITAS, e não destinadas a integrar uma quadrilha.

Portanto, constata-se que os votos minoritários possuem amparo na prova dos autos.

Inexiste o *dolo específico* de constituir ou integrar uma quadrilha, por parte de Ramon Hollerbach Cardoso. A Ministra Cármem Lúcia bem sintetizou este ponto (fl. 57.511/57.512):

Nelson Hungria - que acaba de ser citado também pela Ministra Rosa Weber - afirma expressamente que o elemento subjetivo do crime de formação de quadrilha é a vontade

consciente e livre de se associar com o fim de cometer crimes. Afirma ele: o dolo específico é este.

E, portanto, eu não nego, Ministro Joaquim, tal como Vossa Excelência, absolutamente, a possibilidade de se constituir quadrilha para atuar na Administração Pública. Tanto que, numa outra ação ainda pendente de embargos, eu acolhi, em crimes desta natureza, contra a Administração Pública, a quadrilha, porque, naquele caso, pessoas entravam e saiam dos cargos - como nós temos visto acontecer em outros casos - exatamente para usar, o cargo era só uma passagem para usar; entrou-se para cometer crimes; constituiu-se uma empresa de fachada; e essa empresa de fachada é que recebia vinte e dois cheques assinados; essa pessoa tirava licença na sequência; outro passava para outro cargo; e aí eu considero, tal como Vossa Excelência, exatamente, que seria, neste caso, um perigoso corte na lei permitir que apenas para crimes de sangue e não crimes de razão, como são estes, levar-se à formação de quadrilha.

A SMP&B, empresa de publicidade da qual Ramon é sócio, não foi criada em 2002 ou 2003 para fins de praticar crimes de forma estável e permanente. Ao contrário, conforme já relatado em alegações finais, é uma empresa antiga e tradicional em Minas Gerais.

Ramon é um publicitário reconhecido nacionalmente, e nesta condição integrava uma empresa de publicidade. As funções administrativas assumidas por Ramon na SMP&B eram voltadas ao planejamento estratégico e à comunicação com os clientes.

Várias testemunhas prestaram depoimento neste sentido: Cláudia Lula Mariano afirmou que Ramon “era uma grande cabeça para o planejamento estratégico e comunicação com os clientes da agência” (fl. 21.176). José Luis Pádua Quintero, dono de uma premiada produtora de vídeo e cinema, afirmou que conhece Ramon há 30 anos e que sua empresa prestou muitos serviços à SMP&B, alegando que o mesmo “sempre conseguiu montar a melhor equipe ao seu lado” (fl. 21.420).

Elenize Alves Almeida reafirmou que a agência SMP&B era de grande porte, premiada no Brasil e no exterior (fl. 21.204), enquanto Adriana Fantine Boato deixou claro que tal agência era a maior e melhor de Minas Gerais (fl. 21.227).

Ramon foi condenado por uma ficção criada pela acusação, que ao invés de tratá-lo individualmente, preferiu usar a denominação “núcleo Marcos Valério”, ou “núcleo publicitário”, ou “grupo comandado por Marcos Valério”. Assim, fica parecendo que este suposto “núcleo” era parte de uma trama criminosa criada para a finalidade de praticar crimes, quando, na verdade, está provado nos autos que o único “grupo” ou “núcleo” no qual se inclui Marcos Valério, Cristiano Paz e o embargante Ramon Hollerbach Cardoso é, na verdade, uma sociedade criada para fins lícitos, que atuava licitamente no ramo da publicidade e com grande prestígio no cenário nacional e internacional.

A agência SMP&B, da qual o embargante era sócio, e a agência DNA, da qual o mesmo era cotista, foram criadas para fins lícitos. Logo, ainda que condenado pela prática de

outros crimes, o embargante não pode ser taxado de integrante de uma quadrilha, pois nunca foi criada qualquer sociedade para este fim.

A Ministra Rosa Weber bem destacou (fl. 53.043):

Ora, tenho como indiscutível – renovando meu pedido de vênia aos que pensam de forma diversa-, que os chamados núcleos político, financeiro e operacional envolvidos nesta ação penal jamais imaginaram formar uma associação para delinquir, uma societas sceleris com o objetivo de sobreviverem, usufruírem – ou se locupletarem – com o produto dos crimes resultantes de sua atuação.

Havia um objetivo: a cooptação de apoio político ao governo. Todos os demais fatos típicos que giraram em torno desse objetivo sempre tiveram por finalidade garantir a consumação desse desiderato.

Em absoluto detecto a configuração, ainda que informal, de uma entidade com vida própria ou, nos dizeres de José de Figueiredo Dias, de um “centro autônomo de imputação e motivação” a que subordinados os réus como agentes criminosos.

Em acréscimo, a defesa reafirma que, ainda que condenados alguns parlamentares sob a acusação de receberem dinheiro para votarem determinadas matérias de interesse do governo no Congresso Nacional, não há nos autos qualquer prova de que o embargante Ramon Hollerbach Cardoso soubesse que o dinheiro eventualmente destinado a tais parlamentares tinha tal desiderato. Ramon, que nunca integrou qualquer agremiação partidária, não tinha o menor interesse no resultado das votações no Congresso Nacional.

Ramon nunca soube – e nada se provou nos autos – que este ou aquele parlamentar estava recebendo dinheiro para votar esta ou aquela matéria.

Não é possível concluir, portanto, que o embargante pretendia praticar uma série indeterminada de delitos. Assim, deve prevalecer o voto da Ministra Rosa Weber, que de forma bastante clara, concluiu (fl. 53.046/53.047):

Delineada, isto sim, *data venia*, hipótese de coautoria, traduzindo, a meu juízo, o fato de os crimes terem sido praticados em série e por tempo considerável, continuidade delitiva, e não a existência de quadrilha ao feitio legal.

Em síntese, à compreensão de que só existe quadrilha ao feitio legal quando o acerto de vontades entre os integrantes do grupo visa a uma série indeterminada de delitos, é dizer, à compreensão de que o tipo penal exige que a associação se faça para a prática de crimes com indeterminação na ação final e de que o tipo penal diz com sociedades engendradas para o crime com a finalidade de, por formas diversificadas e imprevistas, usufruir dos produtos auferidos com ações criminosas indistintas, caso, exemplificativamente, de grupos formados para assaltar, roubar, falsificar, sequestrar, extorquir, conluo pela inviabilidade de reputar tipificado o artigo 288 do Código Penal, na espécie, com a consequente absolvição de todos os réus, forte no art. 386, III, do Código Penal.

Da mesma forma, o Ministro Ricardo Lewandowski concluiu (fl. 57.477):

A existência, na denúncia, de indícios, ou mesmo de provas reveladoras da prática de diversos delitos, à evidência, não pode ser suficiente para a tipificação do crime de formação de quadrilha em todas as imputações.

Delito autônomo que é, o crime de formação de quadrilha possui contornos próprios, tais como, estabilidade, permanência, número mínimo de participantes, laime subjetivo entre os membros, o desejo de praticar uma série indeterminada de crimes, etc.

Com efeito, não basta, para a caracterização do delito de quadrilha, a simples coautoria em diversos crimes, de forma continuada ou em concurso material, se não ficar evidenciado que os coautores se associaram, de forma estável e permanente, para o fim de praticá-los.

Pelo exposto, quanto a este tópico, requer o embargante o conhecimento e provimento dos presentes embargos infringentes, para absolvê-lo da imputação do crime previsto no artigo 288 do Código Penal, na forma do artigo 386, inciso III do Código de Processo Penal.

Se acolhidos estes primeiros embargos infringentes, restarão prejudicados os segundos embargos infringentes.

SEGUNDOS EMBARGOS INFRINGENTES: APLICAÇÃO DA PENA NO CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA.

VOTOS DIVERGENTES:

Conforme se verifica do julgamento dos embargos declaratórios, quatro ministros reduziram a pena imposta ao embargante (Teori Zavascki, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Dias Toffoli).

Já foi destacado na preliminar suscitada pela defesa que Ramon Hollerbach havia sido absolvido por dois dos ministros que, posteriormente, reduziram a pena.

Em que pese a discussão sobre a possibilidade ou não desses ministros efetivamente aplicarem a pena – já que absolveram –, é fato que ao julgarem os embargos declaratórios, eles se manifestaram sobre o tema e ninguém – e aqui incluímos a acusação – manifestou objeção quanto a este ponto.

Assim, operada a preclusão para o órgão acusador, deve ser reconhecida a existência de quatro votos pela aplicação de pena mais branda e, consequentemente, devem ser admitidos os embargos infringentes quanto a este ponto.

RAZÕES PELAS QUAIS A DEFESA BUSCA O RESGATE DOS VOTOS MINORITÁRIOS:

Ao se reposicionar, no julgamento dos embargos declaratórios, para reduzir a pena fixada pelo crime de formação de quadrilha, o Ministro Marco Aurélio fez importante reflexão:

Presidente, por coerência devo acompanhar também o ministro Ricardo Lewandowski, porque realmente houve a potencialização das mesmas circunstâncias judiciais no tocante aos crimes de quadrilha. Os acusados não têm culpa quanto à morosidade da máquina judiciária, e o fato de incidir, possivelmente, a prescrição não nos leva, na feitura da almejada justiça, a fazer contas de chegar. Talvez o problema esteja na apenação desse crime, para o qual se estabelece a pena mínima de um ano, e o teto de três anos. Mas esse é o arcabouço normativo em vigor.

Penso que descabe – se não fosse assim, o sistema não fecharia – no mesmo processo, diante de idênticas circunstâncias judiciais, potencializá-las quanto a um crime e, no tocante aos demais, ter-se, sob a minha óptica, pelo menos, a razoabilidade, considerado o acréscimo implementado no que prevista a pena mínima.

É considerável a desproporção na fixação da pena-base para este delito, em comparação com outros delitos.

A solução dada à questão pelo Ministro Dias Toffoli, após proposta do Ministro Teori Zavascki, acolhida pelos demais ministros que ficaram vencidos, é razoável e, *data venia*, a única que analisa o tema sob a ótica do princípio da proporcionalidade.

Buscou-se o maior percentual de aumento da pena-base, dentre todas as outras condenações impostas ao embargante, para chegar à pena de 1 (um) ano, 5 (cinco) meses e 1 (um) dia de reclusão (fl. 65.341).

Assim, requer o embargante o conhecimento e provimento dos presentes embargos infringentes, para, quanto a este ponto, reduzir a pena definitiva para o patamar acima indicado, com a consequente declaração de extinção da punibilidade, na forma do artigo 107, inciso IV, c/c artigo 109, inciso V do Código Penal.

TERCEIROS EMBARGOS INFRINGENTES: APLICAÇÃO DE PENA NO CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA (ITEM III.3 DA DENÚNCIA).

VOTOS DIVERGENTES:

O Ministro Cezar Peluso fixou a pena em dois anos de reclusão, segundo consta do seu voto, no mínimo legal.

Vale destacar que o Ministro Cezar Peluso não teve a oportunidade de declarar o seu voto, em face da aposentadoria, mas como indicava que fixava a pena-base no mínimo legal, é de se considerar que quis aplicar a pena de um ano de reclusão.

Essa observação foi feita pelo douto Revisor (fl. 58.504):

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Só que o Ministro Peluso não partiu da redação da lei anterior. Não havia se instaurado essa discussão ainda; ele partiu da redação nova do artigo 333. Mas, como ele fixou a pena-base no mínimo, certamente, se ele estivesse alertado para essa questão que nós levantamos aqui, certamente, teria fixado a pena base em 1 ano também - penso eu.

De qualquer forma, o máximo onde o Ministro Peluso pretendeu chegar foi à pena de dois anos.

Quanto a este mesmo crime, inicialmente, o Ministro Ricardo Lewandowski fixou a pena-base no mínimo legal, majorando-a para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão.

Após, em debates, optou, em consenso por chegar à pena de 2 (dois) anos de reclusão – sendo a pena-base de 1 (um) ano e 6 (seis) meses mais o aumento de 6 (seis) meses, no que foi acompanhado pelas Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia, e pelo Ministro Dias Toffoli. Vejamos os debates:

Fl. 58.509:

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Senhor Presidente, ainda que eu tivesse acrescentado, em face do parágrafo único do 333, a pena metade, chegaríamos a 2 anos. Mas, como eu tenho mantido coerência em termos das frações que aplico, eu também restrinhi-me a aumentar a pena em um terço com relação ao parágrafo único do artigo 333. Mas, mesmo assim, não passaria de 2 anos.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) – Então Vossa Excelência fica com 1 ano e 4 meses?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Eu fico com 1 ano e 4 meses. Claro, eu penso, como foi dito por Vossa Excelência e outros Magistrados desta Corte, que, talvez, depois, no cômputo final, nós tenhamos que fazer alguns reajustes .

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) – Alguns ajustes para evitar discrepâncias - digamos - endógenas.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Isto. Eu estou aberto sempre a algum reajuste.

Fl. 58.511:

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Mas, chegando a 1 ano e 6 meses de pena-base, naquele raciocínio, utilizando como parâmetro o voto prevalecente para Marcos Valério, e acrescentando um terço do art. 333, parágrafo único, eu chego, para Ramon Hollerbach, a uma pena definitiva de 2 anos.

É o meu voto, Senhor Presidente.

Agora, como há necessidade, para não criarmos, em tese, uma dificuldade maior, teria de fazer uma adequação - como ontem procedi - um pouquinho para menos ou um pouquinho para mais. Então, consulto Vossa Excelência. Como temos um voto do Ministro Cesar Peluso, já lançado, em 2 anos, se não poderia, neste caso, votar 2 anos? Se Vossa Excelência me disser que fica muito difícil para adequarmos aos trabalhos da Corte, eu vou reajustar, para menos, acompanhando o Revisor. Mas o meu voto seria pena de 2 anos.

Fl. 58.518:

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Senhor Presidente, sem prejuízo de uma maior reflexão, comungo da posição da Ministra Rosa Weber e do Ministro Peluso – depois readaptada pelo Ministro Revisor - de se fixar a pena-base em 1 ano e 6 meses e aplicar o aumento de um terço, chegando-se, assim, a 2 anos.

Fl. 58.519:

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, eu também, pedindo vênia, neste caso, ao Ministro-Relator, mas, pelos meus cálculos, está mais próxima do Ministro-Revisor, que fica em 2 anos, não é isso? Ministro Lewandowski, o final então de Vossa Excelência é de 2 anos?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Reajustei para 2 anos.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Então, neste caso, Presidente, peço vênia ao Relator para acompanhar o Revisor.

Como se vê, há cinco votos favoráveis ao embargante, (Cesar Peluso, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Dias Toffoli e Cármem Lúcia), todos aplicando a pena definitiva não superior a dois anos de reclusão.

RAZÕES PELAS QUAIS A DEFESA BUSCA O RESGATE DOS VOTOS MINORITÁRIOS:

Vale reproduzir as razões que levaram o duto Revisor a fixar, inicialmente, a pena-base no mínimo legal, conforme reprodução de trecho do seu voto, a seguir (fl. 58.186/58.188):

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

As demais circunstâncias dos crimes também não revelaram nenhuma excepcionalidade. Os motivos e as consequências dos delitos, bem como a culpabilidade do réu, do mesmo modo, não extrapolam os limites da normalidade para a espécie sob exame.

Destarte, essas considerações autorizam a fixação da pena-base relativa aos crimes pelos quais o réu foi condenado no patamar mínimo.

Em seguida, o Revisor citou inúmeros julgados, deste Supremo Tribunal Federal, que dão respaldo a seu entendimento (fl. 58.188/58.191).

Por outro lado, não pode ser imposta pena superior àquela que seria justa, para fins de evitar a prescrição, em contas de chegar. O debate havido em plenário mostra que a fundamentação invocada para majorar a pena é inidônea, porque o ministro Relator, de forma clara, mencionou a necessidade de majoração da pena para evitar a prescrição (fl. 58.515/58.516);

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Eu tenho uma proposta para reajustar a minha pena para 2 anos. Eu faria isto, aumentando mais um pouquinho a fração, no que diz respeito ao 333 parágrafo único.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Com o que a Ministra Rosa Weber concorda, 2 anos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Vossa Excelência não ultrapassa o biênio.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) – Não!

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Aí, seria forçar muito a visão que eu tenho da majorante desse parágrafo.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) – Evitaria a prescrição.

Em outra passagem, embora fixando a pena em outro delito, o Ministro Relator deixou clara a sua posição quanto à elevação da pena para evitar a prescrição. Segundo o ministro, é do julgador a responsabilidade de evitar a prescrição.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: (...) Se isso vai implicar prescrição etc., a responsabilidade é da lei, do legislador, não é do julgador.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - É do julgador também, Ministro. Como diz o Ministro Marco Aurélio - eu não concordo, mas o Ministro Marco Aurélio vive a dizer -, julgar é um ato de vontade.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Mas, também, vai-se fazer conta de chegada para evitar a prescrição?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não, não é bem assim.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Já ouvi Vossa Excelência dizer.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Disse que interpretar...

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Ah, interpretar. É o que nós estamos fazendo, aqui, há quarenta e ...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Vossa Excelência tem que prestar um pouco mais de atenção às minhas palavras.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Eu não concordo com essa formulação, de qualquer maneira.

Como se vê, é possível concluir que nesta ação penal, em alguns momentos, o desejo – ainda que inconsciente – de evitar a prescrição fez com que as penas aplicadas fossem maiores do que as cabíveis, em clara violação ao artigo 59 do Código Penal.

Não há, em nosso ordenamento jurídico, sobre aplicação de pena, qualquer previsão legal para que se façam contas de chegar.

Também sob a ótica do princípio da proporcionalidade, fica evidente a necessidade de redução da pena-base do embargante.

O douto Relator, ao considerar as circunstâncias judiciais, fixou a pena-base em 2 (dois) anos de reclusão, partindo da redação anterior do Código Penal, que estabelecia o mínimo de um ano e o máximo de oito anos.

Basta comparar a fixação da pena-base de Ramon Hollerbach com a de outros réus para que se verifique que a sua situação é desigual.

José Dirceu foi apontado pelo Procurador-Geral da República como o suposto “chefe da quadrilha”. Não obstante a discordância da defesa quanto à existência de quadrilha, é fato que este acusado possuía muito mais destaque nos fatos, porque se tratava de pessoa de confiança do Presidente da República, ocupando um dos mais altos cargos da República, de Chefe da Casa Civil.

O Relator destacou, ao aplicar pena a este réu, que (fl. 57.908/57.909):

As consequências dos crimes igualmente se mostram extremamente desfavoráveis, uma vez que o pagamento e promessa de pagamento de milhões de reais a um Deputado Federal que exerce a Presidência ou liderança de Partido Político com assento na Câmara dos Deputados, de modo a comprar seu apoio e de seus correligionários, configura não 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.

Com efeito, o crime de corrupção ativa, tal como praticado, tem por consequência uma lesão gravíssima à democracia, que se caracteriza precisamente pelo diálogo entre opiniões e visões distintas das dos representantes eleitos pelo povo. Foi esse diálogo e essa diversidade de opiniões que o réu quis suprimir, por meio de pagamentos de vultosas quantias em espécie a líderes a presidentes de diversas agremiações partidárias.

Não se deve esquecer que o acusado JOSÉ DIRCEU era detentor, se não do mais antigo, de uma das mais relevantes funções da estrutura governamental brasileira. Em poucas palavras, dele era a incumbência de dar impulso às relações harmônicas entre os poderes do Estado. Porém, conspurcando sua relevante função, o acusado utilizou-se de seu gabinete oficial na Casa Civil da Presidência da República como um dos locais onde ocorreu a prática delitiva, ali tomando decisões-chave para o sucesso do empreendimento criminoso e, concomitantemente, servindo-se do aparelho público para ocultar a prática dos delitos, o que, por si só, torna as condutas ainda mais lesivas ao bem jurídico protegido, que é a Administração Pública.

Assim, a gravidade concreta da prática delituosa instalada no seio de um dos Poderes da República foi elevadíssima e as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal são extremamente desfavoráveis ao acusado JOSÉ DIRCEU.

José Genoíno, por sua vez, era o Presidente do Partido dos Trabalhadores, ou seja, da agremiação política que, na época, tinha como Presidente da República um dos seus fundadores, o senhor Luis Inácio Lula da Silva, e era o partido de maior prestígio no cenário político nacional, o qual detinha, juntamente com seus aliados, ampla maioria no Congresso Nacional.

Em relação a este réu, o Relator destacou (fl. 57.914):

A culpabilidade, entendida como o grau de reprovabilidade da conduta, do acusado JOSÉ GENOÍNO, é menos intensa do que a do corréu JOSÉ DIRCEU, mas também se apresenta elevada, uma vez que JOSÉ GENOÍNO, na condição de presidente de um partido político importante, então recém-ganhador das eleições presidenciais em nosso país, tal como demonstrado no voto por mim proferido sobre o capítulo 6 da denúncia, ocupou-se diretamente da negociação de valores com os parlamentares PEDRO CORRÊA, PEDRO HENRY e ROBERTO JEFFERSON, em troca do apoio dos correligionários desses parlamentares aos projetos de interesse do Partido dos Trabalhadores na Câmara dos Deputados.

Não se tratou de um crime de corrupção ativa comum, mas de uma ação voltada à conspurcação do sistema representativo e tendente a ampliar, criminosamente, o poder de dominação do partido à época presidido pelo réu JOSÉ GENOÍNO. Assim, a conduta merece reprovação maior do que a reprimenda mínima.

E continuou (fl. 57.915):

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 presidido por JOSÉ GENOÍNO não tinha maioria na Câmara dos Deputados e, diante disso, o réu aderiu à empreitada criminosa planejada e controlada pelo acusado JOSÉ DIRCEU para dominar o poder político, comprando os votos de legendas em favor dos projetos de interesse de seu partido. São motivos que violam abertamente os mais caros e importantes princípios sobre os quais se apoia o edifício republicano Nacional, que minam as próprias bases da sociedade livre, plúrima e democrática, o que todos nós, brasileiros, desejamos construir.

Com tais fundamentações, José Dirceu e José Genoíno tiveram as penas-base fixadas pelo Relator, respectivamente, em **4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão** (fl. 57.910) e **3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão** (fl. 57.916), pela corrupção ativa de cooptar parlamentares da base aliada para fins de votarem projetos de interesse do governo no Congresso Nacional.

Ramon, por sua vez, quanto ao item III.3 da denúncia (corrupção ativa de Henrique Pizzolato), foi teve a pena-base fixada pelo Relator em 2 (dois) anos de reclusão.

Considerando-se o ponto de partida (mínimo de dois anos, para José Dirceu e José Genoíno e mínimo de um ano para Ramon), percebe-se que não há qualquer proporcionalidade na aplicação das penas.

Se consideradas verdadeiras as condutas imputadas a estes réus, tal como reconhecidas na condenação proferida por este Tribunal, a defesa indaga: a culpabilidade de Ramon, consideradas todas as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, deve ser considerada a mesma de José Dirceu e José Genoíno?

A resposta, evidentemente, é negativa.

Em simples cálculos matemáticos, verifica-se que a pena-base foi duplicada, em relação ao mínimo legal, quanto à condenação de Ramon aqui questionada, patamar semelhante ao aumento da pena de José Dirceu, cuja pena foi majorada em apenas um mês a mais do que o dobro do mínimo, e em patamar inferior ao aumento de pena de José Genoíno, que restou foi elevado apenas em 75% do mínimo legal.

Também consideradas outras condenações impostas a Ramon Hollerbach, verifica-se ausência de proporcionalidade.

Pelo crime de corrupção ativa envolvendo o corréu João Paulo Cunha (item III.1 da denúncia), o Relator fixou a pena-base do embargante Ramon Hollerbach em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, partindo do mínimo de dois anos (folha 57.966).

Pelos crimes de corrupção ativa envolvendo os parlamentares da base aliada (itens VI.1, VI.2, VI.3 e VI.4 da denúncia), o Relator declarou que “*as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal são, quase todas, desfavoráveis ao acusado Ramon Hollerbach*” (fl. 57.984), e, ao aplicar a pena, considerando o mínimo de dois e o máximo de doze anos, fixou a pena-base em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão (conforme fl. 57.984 e declaração de voto à fl. 65.222).

Em termos percentuais, **considerada a diferença entre o mínimo e o máximo**, também se verifica a **completa desproporcionalidade** na aplicação da pena-base relativa ao crime de corrupção ativa envolvendo o corréu Henrique Pizzolato.

Para chegar à pena-base de 2 (dois) anos de reclusão, considerado o mínimo de um e o máximo de oito anos, o Tribunal caminhou 14, 3%.

Em relação à condenação pelo mesmo crime, mas quanto ao corréu João Paulo Cunha, considerado o mínimo de dois e o máximo de doze anos, o Tribunal caminhou apenas 5%.

Quanto à condenação relativa aos parlamentares da base aliada, considerada a mais grave pelo Relator, tanto é que declarou que “*quase todas*” as circunstâncias judiciais eram desfavoráveis, considerado o mínimo de dois e o máximo de doze anos, esta Corte caminhou 15%.

No entanto, conforme se verifica, as circunstâncias judiciais relativas à condenação do item III.3 se assemelham muito mais às circunstâncias judiciais do item III.1 do que às circunstâncias dos itens VI.1, VI.2, VI.3 e VI.4.

Não há razão, portanto, para que seja mantido um percentual de aumento tão próximo à condenação tida por mais grave (apenas 0,7% inferior), quando o correto seria a aproximação da pena-base ao percentual da condenação tida por menos grave, mas que, da forma como foi aplicada a pena, encontra-se muito distante (9,3%).

Portanto, sob a ótica da proporcionalidade, seja pela comparação entre a pena aplicada ao embargante e a outros réus, seja pela comparação entre as penas aplicadas em desfavor do próprio embargante, é necessária a redução da pena-base quanto à condenação relativa ao tópico n. III.3 da denúncia, com a redução do patamar de aumento da pena, para que a pena definitiva não ultrapasse os dois anos fixados pelos votos minoritários, que com estes embargos infringentes a defesa busca resgatar.

Pelo exposto, a defesa requer o conhecimento e provimento dos presentes embargos infringentes, para, quanto a este ponto, reduzir a pena definitiva para 2 (dois) anos de reclusão e, via de consequência, declarar extinta a punibilidade, na forma do artigo 107, inciso IV, c/c artigo 109, inciso V do Código Penal.

QUARTOS EMBARGOS INFRINGENTES: APLICAÇÃO DA PENA RELATIVA AO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO (ITEM IV DA DENÚNCIA).

VOTOS DIVERGENTES:

Ficaram vencidos, quanto à aplicação da pena relativa ao crime de lavagem de dinheiro, os Ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Dias Toffoli e Cármem Lúcia, que fixavam a pena-base em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e aplicavam a majorante da

continuidade delitiva no patamar de 1/3, para chegar à reprimenda definitiva de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

No entanto, prevaleceu o voto do Relator, que fixava a pena-base nos mesmos 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mas no entanto majorava a pena em 2/3, para chegar à pena definitiva de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

RAZÕES PELAS QUAIS A DEFESA BUSCA O RESGATE DOS VOTOS MINORITÁRIOS:

Quanto a este delito, há uma particularidade que merece destaque: o ministro Ayres Britto, ao fixar a pena de Marcos Valério, acompanhou o Revisor, ao passo que, quando da aplicação da pena do embargante Ramon Hollerbach, acompanhou o Relator. Este descompasso causou uma situação anômala.

Vale ressaltar que, embora tenha dito que aplicava a continuidade delitiva no patamar de 2/3, o Ministro Ayres Britto, ao final do seu voto, declarou que “*ajustava a dosagem da pena final para, no ponto, acompanhar o ministro-revisor*” (fl. 59.055).

É impossível concluir onde se encontrava o reajuste – se reduzida a pena-base, se excluída a agravante ou se reduzida a fração da continuidade delitiva. Fato é que, ao reajustar a pena, o Ministro Ayres Britto teria, obrigatoriamente, que refazer todo o caminho trifásico da aplicação da pena, de forma a atingir a mesma pena adotada pelo Revisor, ainda que por caminho diverso.

Entretanto, o Ministro Ayres Britto, embora tenha dito que “*mantinha a fundamentação desenvolvida*”, acabou por acompanhar o revisor sem refazer os cálculos, razão pela qual não é possível presumir qual dos aspectos da aplicação da pena tenha sido alterado. Não foi possível que este Ministro declarasse o voto em embargos declaratórios, face a sua aposentadoria.

Portanto, o seu voto, em relação a Marcos Valério, juntou-se aos votos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Dias Toffoli e Cármem Lúcia, para, pela regra do desempate, formar a maioria e fixar a pena deste acusado nos termos do voto do Revisor.

Este é o resultado que foi proclamado, em relação a Marcos Valério:

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

verificado na votação da dosimetria da pena, **fixou-a nos termos do voto do Revisor.**

Proclamado este resultado e não tendo o mesmo sido modificado por recurso da acusação, é de se constatar que o então Presidente, Ministro Ayres Britto, **acompanhou o voto do Revisor, o qual aplicava a majorante da continuidade delitiva na fração de 1/3.**

No entanto, quanto a Ramon Hollerbach, seu voto juntou-se aos votos dos Ministros Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Celso de Mello, construindo assim a maioria.

Tem-se, portanto, a seguinte situação: em relação a Marcos Valério, o percentual de aumento aplicado, para quarenta e seis delitos, foi de 1/3, enquanto em relação ao embargante Ramon Hollerbach, o percentual aplicado foi o de 2/3, considerado o mesmo número de delitos.

Não há lógica em se aplicar um critério mais gravoso para Ramon Hollerbach, quando **em todas as demais penas aplicadas, a situação de Marcos Valério foi considerada mais grave.**

Em síntese: pela ótica da proporcionalidade, se alguma pena mais rigorosa tivesse que ser aplicada a algum réu, ao levar-se em consideração tudo o que foi dito nesta ação penal, não deveria ser Ramon Hollerbach o destinatário da pena mais gravosa, e sim Marcos Valério.

A defesa de Ramon, evidentemente, não está a dizer que a pena de Marcos Valério deveria ter sido majorada. Cita a pena aplicada a este réu apenas para demonstrar a incongruência havida.

Em que pese a diferença entre os votos do Relator e do Revisor, cabe a esta Corte, em atenção ao princípio da proporcionalidade, retificar a aplicação da pena, para evitar a ocorrência de uma situação de desigualdade entre os réus.

Nem se diga, para refutar os argumentos aqui expostos, que a pena de Marcos Valério deveria ter sido aplicada de forma mais rigorosa. Primeiro, porque não foi. Segundo, porque, caso o Ministério Público Federal desejasse, poderia, a tempo e modo, ter recorrido visando o aumento da pena.

O trânsito em julgado da pena aplicada a Marcos Valério para a acusação significa que **o Procurador-Geral se contentou com a aplicação do aumento de pena no patamar de 1/3.** Portanto, cabe agora a esta Corte corrigir a desigualdade que se criou para também em relação ao embargante, aplicar a pena no mesmo patamar.

A defesa busca, então, o resgate do voto do Ministro Ricardo Lewandowski (fl. 58.193), acompanhado pelos Ministros Rosa Weber, Dias Toffoli e Cármem Lúcia:

Quanto ao delito previsto no art. 1º da Lei 9.613/1998, cuja reprimenda é a de reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa, considerando os argumentos lançados pela Ministra Rosa Weber, os quais adoto, fixo a pena-base em 3 (três) anos e 6 (seis) meses reclusão, mais 10 (dez) dias-multa.

Na ausência de atenuantes e agravantes, mantendo a pena no mesmo patamar, na segunda fase da dosimetria.

Inexistente qualquer causa de diminuição, mas presente a causa genérica de aumento de pena prevista no art. 71 do Código Penal, exaspero a pena em 1/3 (um terço), tendo em conta as 46 operações de lavagem, para fixá-la em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa, sanção que torno definitiva para esse crime.

Ainda que não se considere que o Ministro Ayres Britto quis aplicar a majorante neste percentual, a existência de quatro votos vencidos conduz à possibilidade que os demais Ministros reestruuturem o seu voto para, ainda assim, acompanhar o Revisor, fixando a pena definitiva no patamar por ele estabelecido.

Assim, a defesa requer o conhecimento e provimento destes quartos embargos infringentes, para reduzir a pena aplicada para 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

QUINTOS EMBARGOS INFRINGENTES: CONDENAÇÃO E APLICAÇÃO DA PENA RELATIVA AO CRIME DE PECULATO (ITEM III.1 DA DENÚNCIA).

VOTOS DIVERGENTES:

Verifica-se que há quatro votos favoráveis ao embargante, por serem parcial ou totalmente contrários aos votos que prevaleceram.

Os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli absolveram o embargante, ao passo que os Ministros Cezar Peluso e Rosa Weber aplicaram pena de 2 (dois) anos de reclusão.

CABIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES, PELO RESPEITO AO JULGAMENTO COLEGIADO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, ARTIGO 5º, CAPUT):

Segundo a mesma lógica da preliminar suscitada nestes embargos, quando se destacou a importância de cômputo dos votos absolutórios para fins de aferição do *voto médio*, verifica-se que o fracionamento do julgamento, nesta ação penal, causou a impressão de que o posicionamento dos ministros que absolveram não tinha importância.

O “*fatiamento*”, no entanto, não faz com que estes ministros desaparecessem ou os seus votos pudesse ser considerados inexistentes. Do ponto de vista colegiado, é evidente que o

voto de quem absolve não pode ser descartado, sob pena de tornar letra morta a norma do Regimento Interno que permite a interposição dos embargos infringentes.

Se assim fosse, seria preferível ao réu a condenação unânime, pois assim haveria uma possibilidade de existir mais votos favoráveis na fase de aplicação da pena.

Quanto a este ponto, basta invocar o *princípio da proporcionalidade*, que impõe sejam tratados em igualdade de condições os réus que se encontram em situações semelhantes, para constatar que, se não forem admitidos estes terceiros embargos infringentes (a defesa pede licença para parafrasear o Ministro Marco Aurélio), “*o sistema não se fecha*”.

Tomemos um exemplo, em forma de indagação: sobre quem recai uma certeza maior de culpabilidade: um réu condenado à unanimidade ou um réu condenado com votos vencidos?

A resposta é evidente. Se há votos vencidos, pela absolvição, é inegável que, do ponto de vista do julgamento colegiado, há uma certeza menor quanto à prática do crime por este réu, do que por aquele réu condenado de forma unânime.

Pois bem. Suponhamos agora, que ao réu condenado à unanimidade tenha sido imposta pena mais alta por sete ministros, e mais branda por quatro ministros, sendo que a pena menor acarretaria a prescrição. É evidente, nos termos do art. 333 do RISTF, que este réu, condenado de forma unânime, teria direito aos embargos infringentes para rediscutir a aplicação da pena, visando resgatar os quatro votos minoritários e, consequentemente, a extinção da punibilidade, a qual, em termos práticos, possui os mesmos efeitos da absolvição.

Continuamos. Suponhamos agora um réu condenado por maioria dos votos, com dois votos pela absolvição. Na fase de aplicação da pena, dois dos ministros que condenaram optaram por aplicar pena mais branda, sendo que esta pena acarretaria prescrição.

Parece justo que este réu, ao contrário daquele condenado de forma unânime, não tenha o direito de buscar o resgate dos votos minoritários, para fins de ser absolvido ou reduzir a pena, alcançando a extinção da punibilidade?

A resposta é negativa. O tratamento dispensado a estes réus, em situações muito semelhantes, seria desigual. Aquele condenado à unanimidade (ou seja, sobre quem recai, do ponto de vista do julgamento colegiado, uma certeza maior quanto à prática do crime), poderia recorrer buscando a redução da pena e a prescrição, enquanto aquele condenado por maioria (logo, sobre quem recai, do ponto de vista do julgamento colegiado, uma certeza menor quanto à sua culpabilidade), não teria este direito.

Seja pela absolvição ou pela extinção da punibilidade, os votos minoritários acarretam na mesma solução: a ausência de pena a ser cumprida.

A solução que se impõe, portanto, é a de que estes embargos infringentes devem ser conhecidos, tanto quanto à absolvição ou quanto à aplicação da pena relativa ao crime de peculato concernente ao contrato firmado entre a SMP&B e a Câmara dos Deputados (item III.1 da denúncia).

RAZÕES PELAS QUAIS A DEFESA BUSCA O RESGATE DOS VOTOS MINORITÁRIOS:

Quanto ao pedido de absolvição, verifica-se que o ponto principal do voto condutor levou os demais julgadores a entender que houve a subcontratação de 99,9% dos serviços objeto do contrato firmado entre a Câmara e a SMP&B.

Há laudos, nos autos, que realmente fazem essa assertiva. Por outro lado, há documentos que provam o contrário. Dentre eles, uma decisão do TCU, órgão encarregado, em última instância de analisar a regularidade de contratos desta natureza.

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

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

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

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

Ao analisar o documento citado pelo Relator, percebe-se que não há respaldo legal nas afirmações de que as informações prestadas pelo Sr. Sérgio Sampaio Contreiras de Almeida não são dignas de credibilidade.

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

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

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

Assim, não deve prevalecer o argumento invocado no voto condutor, seguido pela maioria dos Ministros, de que o acórdão do TCU que seria favorável à tese defendida pela defesa se funda exclusivamente nas informações prestadas pelo Sr. Sérgio Sampaio, pessoa, em tese suspeita.

Ademais, o acórdão do TCU, ao contrário do afirmado, se funda em outras provas. Vejamos o trecho do acórdão citado pelo próprio Relator na nota de n. 26:

25.2. Análise.

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

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

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

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

Diante disso, é necessário que esta Corte reveja este trecho da decisão, determinante para afastar a prova que levaria à improcedência da denúncia quanto a este tópico, reconhecendo que o Acórdão do TCU, citado pelo ilustre Relator, cujas conclusões foram descartadas, se funda em outras provas, e não somente no depoimento do Sr. Sérgio Sampaio.

Em assim procedendo, haverá de ser reconhecida, no mínimo, a existência de dúvida razoável quanto à conclusão de que houve subcontratação de quase 100% do contrato, o que levará ao acolhimento dos presentes embargos infringentes, para que seja absolvido o embargante com fundamento no art. 386, inciso VII do Código de Processo Penal.

Quanto à aplicação da pena, caso não acolhidos os embargos infringentes quanto ao pedido de absolvição, verifica-se que o caso é de prevalência dos votos que fixaram a pena no mínimo legal.

Como se percebe, não há razão para que a pena seja majorada, notadamente porque ao embargante não pode ser atribuído um juízo de culpabilidade maior do que aqueles inerentes ao próprio tipo penal.

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

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

Conforme se verifica, os elementos que foram invocados para elevar a pena-base são próprios do tipo penal ao qual ele foi condenado. “*Atuar intensamente na execução dos crimes*” é nada mais do que praticar o crime. A pena não pode ser elevada por este fator. Da mesma forma, “*manter constante contato com o corréu João Paulo Cunha*” não deve sofrer valoração negativa na aplicação da pena, pois este fato foi considerado pelo voto condutor para reconhecer o nexo de causalidade que levou à condenação do embargante.

O mesmo se pode dizer do fato de “*auxiliar substancialmente o acusado Marcos Valério*” através da pessoa jurídica que “*emitiu o cheque*” destinado a pagar vantagem indevida e, posteriormente, para o “*desvio de recursos públicos*”. Afinal, se não houvesse tal auxílio, ou se não houvesse a emissão do cheque e, por fim, o desvio de recursos, sequer haveria a condenação.

Portanto, todas as circunstâncias invocadas para elevar a pena-base são elementares do tipo, razão pela qual devem os embargos infringentes ser acolhidos, para fazer prevalecer os votos minoritários, fixando-se a pena definitiva em dois anos de reclusão.

Assim exposto, o embargante pugna pelo conhecimento e acolhimento destes quintos embargos infringentes para que sejam acolhidos os votos minoritários, com a consequente absolvição, na forma do artigo 386, inciso VII do Código de Processo Penal, ou, caso este não seja o entendimento desta Augusta Corte, para que seja a pena reduzida para o mínimo legal – 2 (dois) anos de reclusão – e, via de consequência, declarada extinta a punibilidade, na forma do artigo 107, inciso IV, c/c artigo 109, inciso V do Código Penal.

SEXTOS EMBARGOS INFRINGENTES: APLICAÇÃO DA PENA RELATIVA AO CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS (ITEM VIII DA DENÚNCIA)

VOTOS DIVERGENTES:

Inicialmente, em relação ao delito de evasão de divisas, este Tribunal se dividiu da seguinte forma:

- Cinco Ministros aplicaram a pena de 4 (quatro) anos e 7 (sete) meses de reclusão: Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cármén Lúcia.
- Quatro Ministros fixavam a pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão: Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Dias Toffoli e Cármén Lúcia.
- O Ministro Marco Aurélio, por outro caminho, fixava a pena definitiva em 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão (reconhecendo a existência de crime único, e não de diversos, em continuidade delitiva).

Equivocadamente, este resultado de julgamento foi provisoriamente proclamado como de condenação ao cumprimento da pena de 4 (quatro) anos e 7 (sete) meses de reclusão, quando evidentemente não havia maioria formada para se chegar a este patamar.

O correto seria a proclamação do resultado de 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão, pela adoção do voto médio.

Cumpre consignar que pouco importa a metodologia adotada pelos quatro Ministros que chegaram à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses e pelo Ministro Marco Aurélio, que chegou à pena de 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão. O que importa, para fins de declaração do resultado de julgamento é que, qualquer que fosse o caminho, a pena estabelecida seria aquela à qual a maioria dos julgadores entrou em consenso, ou seja, 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão.

Ocorre que posteriormente, diante da aparente falta de consenso, o Ministro Celso de Mello propôs o reajuste dos votos, tendo o Ministro Joaquim Barbosa reformulado o seu voto, aplicando a pena-base de 2 (dois) anos e 9 (nove) meses, para chegar à pena definitiva de 3 (três) anos e 8 (oito) meses de reclusão, tendo a Ministra Rosa Weber, então, passado a acompanhar o Relator, além dos Ministros que já o acompanhavam.

No entanto, quatro outros Ministros continuaram mantendo votos divergentes: Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Cármem Lúcia mantinham a aplicação da pena definitiva em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, enquanto Marco Aurélio mantinha a aplicação da pena definitiva em 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão.

Evidentemente, para fins de cabimento dos embargos infringentes, não cabe dividir os votos, para verificar qual foi o critério adotado por um ou por outro julgador. Afinal, qualquer que fosse o critério adotado, é inegável que há quatro julgadores (Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Cármem Lúcia e Marco Aurélio) que não desejam a aplicação de pena superior a 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão.

Assim, estes embargos devem ser conhecidos.

RAZÕES PELAS QUAIS A DEFESA BUSCA O RESGATE DOS VOTOS MINORITÁRIOS:

Da mesma forma já explicitada nos quintos embargos infringentes, havendo quatro votos divergentes, devem ser admitidos estes embargos para fazer prevalecer qualquer uma das correntes vencidas.

Diante disso, seja quanto à pena aplicada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, acompanhada por mais dois julgadores, que fixou a pena definitiva 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, seja quanto à pena definitiva aplicada pelo Ministro Marco Aurélio, que fixou a pena definitiva em 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão, a defesa requer o acolhimento destes embargos, por entender que qualquer dessas penas é mais condizente com a necessidade de reaprovação e prevenção do delito.

Conforme destacado nos votos vencidos, pouco importa o número de operações tidas como de evasão de divisas, se o objetivo era apenas um: enviar a totalidade do dinheiro para o exterior. Assim, não se justifica o aumento da pena para que se atinja o patamar estabelecido pela maioria.

Por fim, cumpre destacar que qualquer que seja o critério estabelecido pelos votantes nestes embargos infringentes, a pena final a ser estabelecida deve ser aquela à qual a maioria dos Ministros chegar a um consenso, pouco importando a forma como cada um desenvolve o critério de aplicação da pena – ou seja, não importa se este ou aquele julgador fixa a pena-base em patamar inferior, mas aplica a causa de aumento, ou se fixa a pena-base de forma um pouco mais severa, mas deixa de aplicar a causa de aumento. **Não é possível que o voto de cada Ministro**

seja fracionado, e sim que as penas finais sejam estabelecidas por cada um e, ao final, seja apurado o resultado.

Pelas razões acima expostas, a defesa requer o acolhimento destes sextos embargos infringentes, para, resgatando os votos minoritários, estabelecer a pena definitiva aplicada ao embargante, no que diz respeito ao crime de evasão de divisas, em, no máximo, 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão.

SÉTIMOS EMBARGOS INFRINGENTES: APLICAÇÃO DO ARTIGO 71 DO CÓDIGO PENAL (RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA)

DO CABIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES QUANTO À APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA. ADEQUADA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 333 DO RISTF. NECESSIDADE DE EXISTÊNCIA DE OITO VOTOS DESFAVORÁVEIS AO RÉU PARA IMPEDIR A INTERPOSIÇÃO DOS EMBARGOS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO *IN DUBIO PRO REO*.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal considera a possibilidade de interposição dos embargos infringentes quando a votação do plenário contar com quatro votos divergentes.

Evidentemente, este dispositivo foi elaborado considerando um universo de onze votantes. Caso contrário, haveria o risco de sequer existir a possibilidade de interposição dos infringentes, caso, por exemplo, uma sessão de julgamento se instaurasse com a presença de apenas sete ministros. Um processo poderia ser decidido por maioria dos votos, com votação apertada em quatro votos contra três.

Esta situação seria no mínimo estranha, já que a ausência de outros ministros poderia alterar substancialmente o resultado do julgamento, de modo que o sequer existiria o número de ministros suficientes para dar ensejo à rediscussão da causa, por meio dos embargos infringentes.

Do mesmo modo, a ausência ou abstenção de ministros, como no caso desta ação penal, pode afastar do acusado o direito a um recurso legalmente previsto. Conforme consta do extrato de julgamento:

“Na sequência, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, deliberou ser inaplicável o artigo 71 do Código Penal, não reconhecendo a existência do nexo da continuidade delitiva, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski (Revisor). Em seguida, o julgamento foi suspenso. Não participou das votações o Ministro Teori Zavaski. Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 05.12.2012”.

O Ministro Teori Zavaski se absteve de votar porque não se sentia apto a proferir o seu voto naquele momento, com respaldo no Regimento Interno.

Naquela data (05/12/2012), havia uma cadeira vaga no Supremo Tribunal Federal, de modo que o resultado final do julgamento, quanto a este ponto, foi o de não aplicação da continuidade delitiva, com sete votos vencedores, dois votos favoráveis ao pedido, uma abstenção e uma ausência.

Vale ressaltar que não é possível dizer que o Ministro Ayres Britto tenha se manifestado sobre o tema, porque o Plenário decidiu que o julgamento seria feito de forma fracionada, de modo que esta “fração” (deliberação sobre o cabimento da continuidade delitiva) não havia, ainda, sido levada a julgamento. Assim, não cabe argumentar que este julgador, por omissão, rejeitou a tese suscitada.

Como o voto de qualquer julgador é imprevisível, não é possível presumir que os dois votos remanescentes (abstenção e ausência) seriam desfavoráveis ao pleito defensivo, razão pela qual, em homenagem ao princípio do *in dubio pro reo*, devem se somar aos dois votos favoráveis à defesa. Em assim procedendo, há de se conhecer dos embargos infringentes, quanto a este ponto, para que esta Corte delibre sobre a aplicabilidade ou não do instituto da continuidade delitiva.

RAZÕES PELAS QUAIS A DEFESA BUSCA O RESGATE DOS VOTOS MINORITÁRIOS:

(A) A DISPARIDADE NA APLICAÇÃO DAS PENAS

Segundo consta da denúncia, “*toda a estrutura montada por José Dirceu, Delúbio Soares, José Genoíno e Sílvio Pereira tinha entre seus objetivos angariar ilicitamente o apoio de outros partidos políticos para formar a base de sustentação do Governo Federal*” (fl. 5.706).

Apesar desta assertiva, o Ministério Público denunciou José Dirceu e Delúbio Soares por muito menos crimes do que Ramon Hollerbach e, quanto a Sílvio Pereira, a acusação foi tão branda que a ele foi ofertado o benefício da suspensão condicional do processo.

Em debates, o Ministro Joaquim Barbosa creditou a responsabilidade na disparidade das penas ao Ministério Pùblico Federal:

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Se há desproporção, essa desproporção vem do fato de que denúncia capitolou como crime, para esse suposto chefe da quadrilha, apenas dois crimes; e, para um dos executores desses crimes, oito. É essa a diferença. Essa diferença não foi criada pelo Supremo Tribunal Federal. A denúncia é muito clara.

Com essa desproporção, criou-se a extraordinária e anômala situação nunca antes vista: aqueles que foram denunciados como os chefes do esquema possuem penas muito mais baixas a cumprir.

Marcos Valério, o grande vilão, nunca foi presidente de partido, chefe da Casa Civil ou Presidente da República. Ramon Hollerbach, que ninguém sabe quem é, mas que apenas

figura nesta ação penal como uma espécie de *extensão* da pessoa de Marcos Valério, está condenado a cumprir mais de 29 (vinte e nove) anos de reclusão.

Ramon Hollebarch Cardoso, publicitário, que possuía contratos com diversas pessoas jurídicas, públicas e privadas, de diversas orientações políticas – e, portanto, não se importava se este ou aquele partido estava no poder – está condenado a cumprir pena de quase trinta anos de prisão porque teria, supostamente, participado de um esquema destinado a cooptar parlamentares para alimentar um projeto de poder que não era seu, mas, de José Dirceu, José Genoíno e, por que não, de Luis Inácio Lula da Silva, que sequer foi denunciado!

Ao imputar a responsabilidade da disparidade de penas ao Procurador-Geral da República, o judiciário deixa de corrigir a desproporção sob o argumento de que foi o Ministério Público quem a criou.

Ora, já sabemos que há uma desproporção. Já sabemos quem criou a desproporção. Resta indagar: quem possui a competência para corrigi-la?

Seria justo apenas sustentar que o problema foi criado pela acusação e assim manter tamanha desproporção? Ou seria apenas confortável dizer isso?

O que a defesa pede, portanto, neste tópico, é que esta Suprema Corte, reparando a desproporção criada pela acusação, reflita sobre o instituto da continuidade delitiva.

(B) A PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 71 DO CÓDIGO PENAL

Não é o lapso temporal de um, dois, ou trinta dias que implica na aplicação do instituto da continuidade delitiva. Esta ficção jurídica se aplica quando todos os crimes da mesma espécie são regularmente praticados, visando o mesmo objetivo.

Este Supremo Tribunal Federal reconheceu, ao condenar, a procedência da tese acusatória. **O *fatiamento* do julgamento, na forma proposta pelo Relator, indica que este órgão colegiado reconheceu não só a prática dos crimes, mas a existência de uma sequência lógica – ainda que não cronológica, mas, em muitos casos, simultânea – entre eles.**

Em várias passagens do acórdão, este Tribunal relaciona os crimes. Vejamos diversos exemplos:

Logo no início de seu voto, o Relator destacou (fl. 52.257):

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR): Início o voto sobre o mérito desta ação penal pela análise dos delitos narrados no capítulo III da denúncia, que cuidou dos crimes de peculato, corrupção ativa, corrupção passiva e lavagem de dinheiro, envolvendo o alegado desvio de recursos da Câmara dos Deputados e do Banco do Brasil, os quais abasteceram as contas das empresas SMP&B Comunicação e

DNA Propaganda, as quais foram utilizadas, posteriormente, na distribuição de dinheiro para parlamentares federais.

A exposição dos crimes imputados aos réus foi dividida em capítulos, pela necessidade de julgar cada fato criminoso, tal como narrado na denúncia. Essa divisão, porém, não significa uma sucessão cronológica: os fatos ocorreram simultaneamente, no período que se estende do final do ano de 2002 até o mês de junho de 2005, quando o réu ROBERTO JEFFERSON denunciou a existência de um esquema de pagamento de propina a Deputados Federais da base aliada do Governo Federal.

Mais adiante, ao condenar os réus pelo crime de peculato relativo à Câmara dos Deputados, o Relator relaciona este crime ao crime de corrupção ativa (fl. 52.309):

A multiplicação de ilicitudes, aliada ao fato de o réu JOÃO PAULO CUNHA ter recebido vantagem indevida da SMP&B e ter mantido reuniões privadas com os beneficiários de suas autorizações, destinadas à organização de campanhas políticas em 2004 [35], conduzem à conclusão de que houve dolo do desvio de recursos públicos em proveito da empresa de MARCOS VALÉRIO, RAMON HOLLERBACH e CRISTIANO PAZ.

Ao condenar os réus pela prática dos peculatos relacionados ao Banco do Brasil, o Relator afirmou que as verbas oriundas destes crimes seriam destinadas a pessoas indicadas por Delúbio Soares – ou seja, parlamentares da base aliada (fl. 52.363):

De fato, os empréstimos obtidos pelos réus MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ e RAMON HOLLERBACH, utilizando-se dessa milionária verba ilicitamente repassada para a conta de livre movimentação dos acusados, foram destinados a pessoas indicadas pelo Sr. DELÚBIO SOARES, como admitiram os próprios acusados (Fls. 731/732, vol. 3; fls. 1193/1196, vol. 5; fls. 1210/1215, vol. 5; fls. 2253/2256, vol. 11).

A Ministra Rosa Weber, ao se manifestar sobre os fatos relacionados ao Banco do Brasil, relacionou os crimes de peculato e corrupção (fl. 52.762):

Esses elementos probatórios já autorizariam conclusão também acima de qualquer dúvida razoável acerca da responsabilidade criminal, como autor, do acusado Henrique Pizzolato pelo crime de peculato envolvendo o Visanet.

Para além disso, há prova nos autos do pagamento de vantagem indevida a Henrique Pizzolato pela DNA Propaganda, o que confere ao crime de peculato uma motivação, consoante analisarei no tópico seguinte.

Em síntese: nesta passagem, fica reconhecida a existência da semelhança de condições entre os crimes de corrupção e peculato envolvendo Henrique Pizzolato.

Sobre os crimes de corrupção ativa envolvendo os parlamentares da base aliada, o Relator destacou que tais delitos só ocorreram por causa dos crimes anteriores:

A esta altura, já se sabe que a distribuição de dinheiro só foi possível porque MARCOS VALÉRIO e seus sócios firmaram empréstimos simulados, concebidos para não serem pagos, cujo numerário serviu de aparência lícita para dar início aos vultosos pagamentos a parlamentares que se verificaram no item anterior. Os pagamentos foram efetuados ao longo dos anos de 2003 e 2004, em nome do Partido dos Trabalhadores, para parlamentares que aderissem à base aliada do governo, em especial dos partidos cujos Deputados, até ali, não se alinhavam ao Partido dos Trabalhadores nas votações em plenário. Alguns momentos mais importantes para o Governo comprovadamente registraram maiores concentrações de pagamentos de dinheiro através do esquema.

Percebe-se, portanto, que esta Corte, ao condenar, estabeleceu um liame entre todos os delitos imputados aos réus.

(C) O PARECER ENCAMINHADO PELA DEFESA

A defesa encaminhou a todos os Ministros um parecer de lavra do jurista Juarez Tavares, no qual o renomado professor discute a possibilidade de aplicação do instituto da continuidade delitiva a delitos distintos, desde que da mesma espécie.

Nesta oportunidade, a defesa junta este parecer aos autos.

(D) O ACÓRDÃO QUE RECEBEU A DENÚNCIA

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

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

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

No debate entre os Ministros, na sessão de julgamento de 06/12/2006, ocasião em que ficou estabelecida a competência desta Corte para processar e julgar todos os acusados, extraí-se as seguintes assertivas:

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

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

(…)

O EXMO. SR. MINISTRO GILMAR MENDES: (...) A denúncia apresentada pelo Procurador-Geral da República descreve uma cadeia de fatos complexos e aponta como supostos autores exatamente 40 (quarenta) pessoas, dentre as quais existem agentes políticos com prerrogativa de foro.

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

(...)

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

(...)

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

Portanto, o instituto que, segundo este Tribunal, atrai a competência para o julgamento de todos os réus é o da conexão.

Está evidenciado, ainda, que não foi a defesa, mas este Tribunal, amparado em parecer do Procurador-Geral da República, que afirmou incidir, no caso, as três hipóteses do art. 76 do Código de Processo Penal.

Vamos, portanto, à doutrina, sobre conexão:

A realidade dos fenômenos da vida nos mostra que pode haver, entre dois ou mais fatos de relevância penal, alguma espécie de liame, de ligação, seja de natureza *subjetiva*, **no campo das intenções, motivações e do dolo**, seja de natureza *objetiva*, em referência às circunstâncias do fato, **como o lugar, o tempo e o modo de execução da conduta delituosa**. Sem falar na eventual relação entre os *autores* dos fatos. Em outras palavras, pode haver entre eles *conexão*, hipóteses concretas de aproximação entre um e outro evento, estabelecendo um **ponto de afinidade**, de contato ou de influência na respectiva

apuração. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 279-280) (os grifos são nossos)

Vejamos a doutrina clássica:

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

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

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

Assim, esta incoerência só pode ser solucionada com o acolhimento destes embargos infringentes.

(E) O VOTO DO MINISTRO MARCO AURÉLIO, ACOMPANHADO PELO REVISOR

O Ministro Marco Aurélio aplicou o instituto da continuidade delitiva em relação a todos os delitos, excetuado o crime de formação de quadrilha. Em assim procedendo, chegou à pena definitiva de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além da pena pela condenação do crime de formação de quadrilha (fl. 59.539):

Tomo de empréstimo a mais grave versada no voto do relator, para corrupção ativa e lavagem de dinheiro, ambas apenadas em 3 anos e 6 meses de reclusão. Também aplico, ante o número de delitos, o acréscimo maior de dois terços, totalizando 5 anos e 10 meses. Somada à pena alusiva à formação de quadrilha, Ramon Hollerbach fica condenado, afim, a 8 anos e 1 mês de reclusão.

A defesa busca, por meio destes embargos, resgatar este voto, para que seja redimensionada a pena, considerando a continuidade delitiva.

(F) A OBSERVAÇÃO FEITA PELO MINISTRO GILMAR MENDES, A RESPEITO DA SUPosta ABROGAÇÃO DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

À fl. 59.550, o Ministro Gilmar Mendes manifestou uma preocupação:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas, em relação à interpretação trazida pelo Ministro Marco Aurélio, gostaria de suscitar apenas uma aporia: se pudéssemos acolher a tese de Sua Excelência, teríamos feito uma ab-rogação da Lei de Lavagem.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Exatamente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Simplesmente isso. Porque, a rigor, é este o resultado deste modelo: praticou-se corrupção, praticou-se peculato como crimes antecedentes, e aí temos a lavagem. Mas como temos que fazer esta continuidade, a lavagem se suprime. Veja: o *ethos* dessa concepção, que é internacional, é exatamente coibir o proveito desse tipo de crime. E estamos levando a uma interpretação abrogante não de uma norma, de uma lei; de uma lei que foi implementada a partir de tratados internacionais. Então, é extremamente interessante. Só para mostrar um ponto. Há outras incongruências possíveis de serem discutidas, mas estou mostrando apenas em relação à lavagem. Veja que levamos a uma interpretação abrogante de toda a Lei de Lavagem. Por quê? Porque os crimes antecedentes, eles passam a presidir todo o cálculo da pena, e desaparece a pena da lavagem, que sequer eventualmente...

A defesa entende que não houve a dita ab-rogação. No entanto, apenas para fins de discussão, esclarece que **o parecer elaborado pelo jurista Juarez Tavares, encaminhado aos Ministros via memorial, sequer tratou da inclusão do delito de lavagem de dinheiro na continuidade delitiva.**

Por isso, caso este Tribunal não comungue do entendimento do Ministro Marco Aurélio, acompanhado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, **há de haver uma saída de consenso para (i) minimizar o problema da disparidade de penas estabelecidas em relação aos ditos “chefes” e o embargante; (ii) solucionar a questão suscitada pelo Ministro Gilmar Mendes, quanto à suposta ab-rogação do crime de lavagem de dinheiro.**

A solução aqui proposta é o acolhimento destes embargos em menor extensão, para aplicar o instituto da continuidade delitiva, excluindo-se, além do crime de formação de quadrilha, o crime de lavagem de dinheiro, na esteira do parecer exarado por Juarez Tavares.

(G) PEDIDO, QUANTO A ESTES EMBARGOS INFRINGENTES

Portanto, em relação a estes sétimos embargos infringentes, requer a defesa o seu conhecimento e provimento para resgatar o voto minoritário, aplicando-se o instituto da continuidade delitiva em relação a todos os delitos, excetuado o crime de quadrilha, nos termos do voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio.

Caso assim não se entenda, atendida a preocupação do Ministro Gilmar Mendes, que seja excluído o crime de lavagem de dinheiro e, assim, acolhidos em parte estes embargos.

CONCLUSÃO

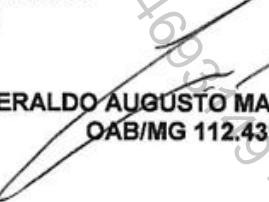
Pelo exposto, **REQUER** o embargante Ramon Hollerbach Cardoso:

- a) O acolhimento da preliminar suscitada, para que seja concedido *habeas corpus* de ofício e declarada extinta a punibilidade do embargante, em relação ao crime de quadrilha, restando prejudicados os primeiros e segundos embargos infringentes.
- b) Se rejeitada a preliminar, sejam acolhidos os primeiros embargos infringentes, para absolver o embargante da imputação do delito de formação de quadrilha, prejudicados os segundos embargos infringentes.
- c) Rejeitados os dois primeiros pedidos, que sejam acolhidos os segundos embargos infringentes, para reduzir a pena do embargante, em relação ao delito de formação de quadrilha, e declarada extinta a punibilidade.
- d) Que sejam acolhidos os terceiros, quartos, quintos, sextos e sétimos embargos infringentes, nos termos propostos neste recurso.

Brasília, 07 de novembro de 2013, via protocolo eletrônico, assinado digitalmente pelo advogado Estevão Ferreira de Melo em nome de todos os defensores que subscrevem este pedido.


HÉRMES VILCHEZ GUERRERO
OAB/MG 49.378


ESTEVÃO FERREIRA DE MELO
OAB/MG 96.241


GERALDO AUGUSTO MAGALHÃES
OAB/MG 112.439