

EXMO. SR. MINISTRO RELATOR DA AÇÃO PENAL nº 470.

MARCOS VALÉRIO FERNANDES DE SOUZA, 5º denunciado na AP 470, por seu defensor infra-assinado, vem, com fundamento no art. 333 e seu parágrafo único do RI/STF, bem como na decisão do pleno, de 18/09/2013, que deu provimento, por maioria, ao 26º AgR na AP 470 (Agravante Delúbio Soares), interpor os presentes

EMBARGOS INFRINGENTES, pelas razões seguintes:

- Quanto à absolvição pelo crime de quadrilha (art. 288, CP):

I – Por ocasião do julgamento do mérito da Ação Penal nº 470, o ora Embargante MARCOS VALÉRIO FERNANDES DE SOUZA foi condenado por infração ao artigo 288 do CP (formação de bando ou quadrilha), com **quatro votos vencidos**, favoráveis a sua absolvição quanto a esta imputação, proferidos pelos Senhores Ministros **RICARDO LEWANDOWSKI, ROSA WEBER, CÁRMEN LÚCIA e DIAS TOFFOLI**, como se pode conferir na ata de fls.60.000 (sessão de 22.10.2012).

Sabidamente, em embargos infringentes, o Embargante fica limitado à matéria objeto da divergência e sua pretensão se resume ao desejo de prevalência os doutos votos vencidos, no novo julgamento.

No caso concreto, os votos vencidos pela absolvição do Embargante, quanto à imputação de quadrilha, estão, assim, colocados no acórdão recorrido, cujos fundamentos se espera sejam prevalentes para a absolvição, que ora se pretende:

1. – Voto do Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI**, fls. 57.468/57.482, do qual o Embargante destaca os seguintes tópicos:

“A convivência da quadrilha com a coautoria não é automática. É preciso que se façam as distinções, de maneira tecnicamente apurada, para que se possa ir além de uma série de crimes cometidos em coautoria, na forma do artigo 29 do Código Penal, para ingressarmos numa figura mais grave, ou conjugada àquela primeira, que é justamente a formação de quadrilha ou bando a que alude o artigo 288 do Código Penal”.

“É dizer, não é a prática de dois ou mais crimes praticados em coautoria, que vai caracterizar o bando ou quadrilha. É preciso que haja uma conjunção permanente com um acordo subjetivo de vontades para praticar uma série indeterminada de crimes...”.

“Então, nós precisamos verificar se essa quadrilha que o Ministério Público imputa aos réus tinha ou não este escopo: colocar em risco a incolumidade pública ou a paz social; ou se, simplesmente, houve um concurso de agentes, conforme o art. 29 do Código Penal, para praticar alguns crimes pelos quais, aliás, estão respondendo e muitos estão sendo condenados”.

“Note-se que há mais uma característica – também aventada pelas duas ilustres Ministras: o fulcro, o objeto, o bem jurídico tutelado pelo artigo 288 do Código Penal é justamente a paz pública. Para se ter como configurado esse tipo penal, é preciso verificar, assim, se a conduta dos réus que foram incluídos nesta Ação Penal 470 teve estas características: a prática de uma série de crimes indeterminados; uma conjunção de pessoas interligadas por um mesmo interesse, portanto, subjetivamente; e se realmente - a menos que se entenda de forma muito *lata* – houve uma ameaça à paz pública”.

“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”.

2. – Voto da Ministra ROSA WEBER, fls. 52.676/53.093 (especialmente, fls. 53.040/53.047) e explicação de fls. 57.772/3, do qual o Embargante destaca os seguintes tópicos:

“Talvez isso explique a dificuldade ou controvérsia na abordagem do crime de quadrilha quando as infrações criminais para as quais ela tenha sido constituída já tenham ocorrido.

Afinal, nessa hipótese, a punição a título de quadrilha já não é mais absolutamente necessária, pois os integrantes já podem ser responsabilizados pelos crimes concretamente praticados pela associação.

Apesar disso, tendo a associação criminosa sido erigida a crime autônomo, a prática de crimes concretos implica a imposição da sanção pelo crime de quadrilha em concurso material com as penas dos crimes concretamente praticados.

Deve-se, porém, nesses casos, ter extremo cuidado para não confundir associação criminosa com mera coautoria.

Para distingui-los, há que se exigir certa autonomia do crime de quadrilha em relação aos crimes concretamente praticados. Para tanto, necessária a configuração de uma entidade autônoma, formada pelo vínculo associativo e transcendente aos indivíduos que a compõem”.

“Entretanto, é necessária para sua configuração, a teor do art. 288 do Código Penal brasileiro, a associação de mais de três pessoas para a prática de crimes, ou seja, a ocorrência de um vínculo associativo que resulte na criação de uma entidade com certa autonomia em relação a cada indivíduo que a integre. Em tal tipo, encontra-se inerente a exigência de certa estabilidade, permanência e um programa delitivo, a fim de distingui-la da prática de crimes em coautoria”.

“Enfatizo que pressupõe, o tipo legal em foco, a configuração de uma entidade autônoma, formada por vínculo associativo, a transcender os indivíduos que a compõem e com certa autonomia em relação a cada um deles, ainda que desnecessária a existência de elementos constitutivos formais e prescindíveis engenharia sofisticada e estrutura complexa, consoante consignam precedentes sempre lembrados desta Corte”.

“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 delinqüir, 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. 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, seqüestrar, extorquir, conlúcio 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.

Registro, à demasia, não identificar, em qualquer hipótese, à luz dos fatos e provas dos autos, nos agentes dos crimes específicos já reconhecidos por este Plenário contra os quais se dirige a presente imputação, o dolo de criar ou participar de uma associação criminosa autônoma com vista à prática de crimes indeterminados. Identifico, é certo, em alguns desses agentes os dolos inerentes à prática de crimes em série de peculato, lavagem de capitais, corrupção e gestão fraudulenta, consoante me manifestei ao longo deste julgamento, inconfundíveis, contudo, com o dolo de associação criminosa.

É como voto, Senhor Presidente, pela absolvição de todos os réus, forte no art. 386, III, do CPP, acompanhando, com renovado pedido de vênias, o eminent Revisor".

3. – Voto do Ministro DIAS TOFFOLI, fls. 57.752/57.769, do qual o Embargante destaca os seguintes tópicos:

“Não vislumbro ter havido a associação dos acusados para a prática, por período indeterminado, de crimes. No caso, o crime de quadrilha ou bando reúne a meu ver dois elementos indispensáveis à sua configuração, quais sejam, a reunião de mais de três agentes e a associação estável ou permanente para a prática de crimes. Segundo a lição clássica de **Nelson Hungria**, o crime de quadrilha resulta da “reunião estável ou permanente (que não significa perpétua), para o fim de perpetração de uma indeterminada série de crimes” (**Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 9, p. 178 – grifei).

Com efeito, caso os crimes já estejam preestabelecidos e a associação seja formada no intento de praticar aqueles crimes, teremos, na espécie, uma coautoria, assim como destacou a Ministra **Rosa Weber**, quando da análise da questão em seu judicioso voto”.

4. – Voto da Ministra CARMEN LÚCIA, fls. 57.510/57.514, do qual o Embargante destaca os seguintes tópicos:

“Tal como a Ministra Rosa acaba de dizer, o que fica no meu voto e eu estou, portanto, pedindo, com todas as vênias, a possibilidade de divergir, é exatamente porque me parece que aqui, tal como foi afirmado pelo Ministro-Revisor e agora pela Ministra Rosa Weber, a associação é feita - na minha compreensão, ao interpretar o artigo 288 - para a prática de crimes e, neste caso, esta associação já se faz, já se constitui de maneira voltada à estabilidade e permanência; são os termos do artigo 288: associação, estável e permanente, de mais de três pessoas para a prática de crimes.

E é isso e por isso que estou seguindo na linha do que foi afirmado, inicialmente, na divergência do Ministro-Revisor, Ricardo Lewandowski, porque não me parece que tenha havido, neste caso, a comprovação, pelo Ministério Público, de que houve a constituição de uma associação com fins a durar, sem determinação, com a específica finalidade de prática de crimes.

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. O que, no entanto, Senhor Presidente, antecipando o meu voto, e mais uma vez me desculpando por discordar do brilhante voto do Ministro-Relator, me leva a absolver, nos termos do artigo 386, III, do Código de Processo Penal, acompanhando a divergência, é a circunstância de que para que se caracterize a quadrilha, a meu ver, é preciso que haja a reunião dos elementos do tipo, ou seja, associa-se para a prática de crimes.

O que nós tivemos, neste caso, comprovado? Que pessoas que chegaram a cargos de poder ou até faziam parte de empresas de maneira legítima nos cargos; presidente de um partido legitimamente estava no cargo; e ali, naquele cargo, praticou um ato contrário à lei penal e, por isso, está respondendo no outro item da denúncia, no outro item do julgamento, e não, portanto, acumulando-se esta como se tivesse chegado ao poder para esse cometimento de crimes. A mesma coisa se tem quanto à própria empresa de que faz parte Marcos Valério, Cristiano Paz, Ramon Hollerbach, Simone de Vasconcelos; ela existia, praticava atividades lícitas".

II – A defesa do Embargante MARCOS VALÉRIO FERNANDES DE SOUZA, em suas alegações finais, sustentou a inocorrência do crime de formação de bando ou quadrilha, com os seguintes argumentos, que são reiterados porquanto coincidentes com os doutos quatro votos vencidos:

O art. 288 do Código Penal, como é sabido, exige para a caracterização do respectivo tipo penal, que o acusador descreva o vínculo associativo entre as mais de três pessoas, quando e onde se deu, e o propósito ou finalidade de cometimento de crimes. Não se pode entender que há a descrição das circunstâncias típicas, quando apenas se faz referência a laços profissionais (entre patrão e empregado) ou a laços decorrentes de constituição societária.

Neste particular, é magistral a lição deste Augusto Pretório, no caso do julgamento para recebimento ou não da denúncia contra o ex-presidente Fernando Collor de Melo e outros, no qual foi o relator o Ministro **ILMAR GALVÃO**, nos autos do Inquérito nº 705-DF, em julgamento do Pleno, *in verbis*:

A rigor, portanto, como se vê, pelos trechos da denúncia, acima transcritos, por si sós, não se chegaria à conclusão de que foi imputado aos acusados o crime de quadrilha, não fosse a capitulação da aludida peça.

...

Ora, os requisitos mínimos a serem atendidos pela denúncia, estão compreendidos no art. 41 do CPP: 'A denúncia conterá a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias... '

No HC 42.303, relator o Ministro Pedro Chaves, anulou o STF a denúncia, por inepta, em face de nebulosa e incompleta narração do fato delituoso. Em seu excelente voto, transscrito por Heleno Fragoso, in Jurisprudência Criminal (pg. 154), afirmou o eminentíssimo Relator:

Esses pressupostos formais da denúncia, exigidos pela nossa legislação processual desde o Código de Processo de 1832, (...) são indeclináveis não só em nome do princípio da lealdade processual, como também por força do princípio do contraditório que é preceito

constitucional. Se a denúncia acusatória não for clara, precisa e concludente, não se poderá estabelecer o contraditório em termos positivos, com evidente prejuízo para a defesa, sujeita a vagas acusações.

Com efeito, o CPP exige a exposição do fato delituoso com todas as circunstâncias, para excluir exatamente a insegurança que traz a denúncia incompleta e deficiente, que dá margem ao arbítrio, dificultando a defesa, não havendo que se falar, sem violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, na possibilidade de virem tais dados essenciais, a serem oportunamente descritos no curso do processo. Trata-se, ao revés, de nulidade absoluta, insanável, que impede o recebimento da preambular.

No que concerne ao crime de quadrilha, portanto, com se viu, a denúncia padece de duplo vício, fatal, de não descrever o fato criminoso e de não descrever as suas circunstâncias.

De efeito, limita-se ela, ao longo de seu texto, a fazer referência a concerto de vontades, para efeito de prática de crimes, como se já houvesse libelado a respeito, deixando de descrever, como se fazia mister, entre outras circunstâncias, o vínculo associativo, o modo, o momento e o lugar em que se teria estabelecido, e bem assim, quais as pessoas nele envolvidas.

Despercebida desse dever indeclinável, para repetir a expressão utilizada pelo Ministro Pedro Chaves, limita-se a inicial a presumir a existência da societas por meio de ilação tirada da existência de amizade entre.... .

É certo que, na prática, como adverte Nelson Hungria, não é fácil demonstrar a existência da quadrilha, de modo que “a certeza só é possível, as mais das vezes, quando se consegue rastrear a associação pelos crimes já praticados” (Comentários, vol. IX, Forense, 1958, p. 181).

Não está o Mestre, nesse trecho, todavia, falando em descrição do crime, mas na prova de sua ocorrência? Uma coisa, na verdade, é provar que a suposta quadrilha se formou, tarefa própria da fase instrutória. Coisa diversa, porém, é descrever a sua formação, encargo que, embora de fácil execução, não pode ser dispensado, porquanto essencial para a validade da denúncia.

Nesse ponto, a denúncia ora examinada é tão imprecisa e insegura que, mediante mera capitulação, chega atribuir o citado crime a vários réus, sem a mínima referência à participação destes no grupo que presume ter sido organizado para a prática de crimes, como ocorreu relativamente aos empregados de Paulo César Farias emitentes de cheques com nomes fictícios...

O referido acórdão tem a seguinte ementa:

“Decisão: Por maioria de votos, o Tribunal recebeu, em parte, a denúncia, excluída, apenas, a imputação do crime de quadrilha, vencidos em parte, os Ministros Celso de Mello e Paulo Brossard que a receberam integralmente; vencidos, ainda, em parte, os Ministros Ilmar Galvão, Sepúlveda Pertence, Octávio Gallotti e Moreira Alves, que a receberam em menor extensão...¹

Em outro precedente deste STF, o Ministro **GILMAR MENDES**, em seu voto vista e vencedor, no julgamento do HC 84.768/PE (2^a Turma, em 08.03.05), afirmou:

“Para que se examine a aptidão da denúncia, há que se fazer a leitura do disposto no art. 41 do Código de Processo Penal, verbis:

Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

Tal como já ressaltei em outras oportunidades nesta Segunda Turma, essa fórmula encontrou num texto clássico de João Mendes de Almeida Júnior uma bela e pedagógica sistematização. Diz João Mendes de Almeida Júnior sobre a denúncia:

‘É uma exposição narrativa e demonstrativa. Narrativa, porque deve revelar o fato com todas as suas circunstâncias, isto é, não só a ação transitiva, como a pessoa que a praticou (**quis**), os meios que empregou (**quibus auxiliis**), o malefício que produziu (**quid**), os motivos que o determinaram a isso (**cur**), a maneira porque a praticou (**quomodo**), o lugar onde a praticou (**ubi**), o tempo (**quando**). (Segundo enumeração de Aristóteles, na Ética a Nicômaco, 1. III, as circunstâncias são resumidas pelas palavras **quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando**, assim referidas por Cícero (*De Invent. I*). Demonstrativa, porque deve descrever o corpo do delito, dar razões de convicção ou presunção e nomear as testemunhas e informantes’. (ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. O processo criminal brasileiro, v II. Rio de Janeiro/São Paulo : Freitas Bastos, 1959, p.183)

Essa questão – a técnica da denúncia – como sabemos, tem merecido do Supremo Tribunal Federal reflexão no plano da dogmática constitucional, associada especialmente ao direito de defesa. (...).

Em outro habeas corpus, também da relatoria do Ministro Celso de Mello, extrai-se o seguinte excerto:

‘O processo penal de tipo acusatório repele, por ofensiva à garantia da plenitude de defesa, quaisquer imputações que se mostrem

¹ (acórdão publicado na RTJ 150, pág. 425/470)

indeterminadas, vagas, contraditórias, omissas ou ambíguas. Existe, na perspectiva dos princípios constitucionais que regem o processo penal, um nexo de indiscutível vinculação entre a obrigação estatal de oferecer acusação formalmente precisa e juridicamente apta e o direito individual de que dispõe o acusado a ampla defesa. A imputação penal omissa ou deficiente, além de constituir transgressão do dever jurídico que se impõe ao Estado, qualifica-se como causa de nulidade processual absoluta. A denúncia – enquanto instrumento formalmente consubstancial da acusação penal – constitui peça processual de indiscutível relevo jurídico. Ela, ao delimitar o âmbito temático da imputação penal, define a própria **res in judicio deducta**. A peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso, em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias. Essa narração, ainda que sucinta, impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura ao réu o exercício, em plenitude, do direito de defesa. Denúncia que não descreve adequadamente o fato criminoso é denúncia inepta.' (HC 70.763, DJ 23.09.94). (...)

Denúncias genéricas, que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito.

Mas há outras implicações!

Quando se fazem imputações vagas, dando ensejo à persecução criminal injusta, está a se violar, também, o princípio da dignidade da pessoa humana, que, entre nós, tem base positiva no artigo 1º, III, da Constituição.

Como se sabe, na sua acepção originária, este princípio proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações. A propósito, em comentário ao art. 1º da Constituição alemã, afirma Günter Dürig que a submissão do homem a um processo judicial indefinido e sua degradação como objeto de processo estatal atenta contra o princípio da proteção judicial efetiva (...) e fere o princípio da dignidade humana (...).

Não é difícil perceber os danos que a mera existência de uma ação penal impõe ao indivíduo. Daí a necessidade de rigor e prudência por parte daqueles que têm poder de iniciativa nas ações penais e daqueles que podem decidir sobre o seu curso. (...)

Parece que estamos no domínio da imprecisão absoluta, da indeterminação ilimitada, da acusação pela acusação. (...)".

A circunstância de inicialmente ter havido o recebimento da denúncia nesta ação penal, por maioria, quanto à acusação de formação de quadrilha, não impede a reapreciação da denúncia, por

ocasião do julgamento de mérito, quanto a esta acusação, pois não há preclusão do tema, conforme precedente deste Supremo Tribunal Federal, em que foi relator o Ministro **CÉZAR PELUSO**:

1. AÇÃO PENAL. Denúncia. Deficiência. Omissão dos comportamentos típicos que teriam concretizado a participação dos réus nos fatos criminosos descritos. Sacrifício do contraditório e da ampla defesa. Ofensa a garantias constitucionais do devido processo legal (*due process of law*). Nulidade absoluta e insanável. Superveniência da sentença condenatória. Irrelevância. Preclusão temporal incoerente. Conhecimento da argüição em HC. Aplicação do art. 5º, incs. LIV e LV, da CF. Votos vencidos. **A denúncia que, eivada de narração deficiente ou insuficiente, dificulte ou impeça o pleno exercício dos poderes da defesa, é causa de nulidade absoluta e insanável do processo e da sentença condenatória e, como tal, não é coberta por preclusão.** 2. AÇÃO PENAL. Delitos contra o sistema financeiro nacional. Crimes ditos societários. Tipos previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90 e art. 22 da Lei nº 7.492/86. Denúncia genérica. Peça que omite a descrição de comportamentos típicos e sua atribuição a autor individualizado, na qualidade de administrador de empresas. Inadmissibilidade. Imputação à pessoa jurídica. Caso de responsabilidade penal objetiva. Inépcia reconhecida. Processo anulado a partir da denúncia, inclusive. HC concedido para esse fim Extensão da ordem ao co-réu. Inteligência do art. 5º, incs. XLV e XLVI, da CF, dos arts. 13, 18, 20 e 26 do CP e 25 da Lei 7.492/86. Aplicação do art. 41 do CPP. Precedentes. No caso de crime contra o sistema financeiro nacional ou de outro dito "crime societário", é inepta a denúncia genérica, que omite descrição de comportamento típico e sua atribuição a autor individualizado, na condição de diretor ou administrador de empresa.²

Ainda no mesmo sentido:

"Processo penal acusatório. Obrigaçāo do Ministério Públīco formular denúncia juridicamente apta. O sistema jurídico vigente no Brasil – tendo presente à natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático – impõe ao Ministério Públīco a obrigaçāo de expor, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação das pessoas acusadas da suposta prática da infração penal, a fim de que o Poder judiciário, ao resolver a controvérsia penal, possa, em postulados essenciais do direito penal da culpa e do princípio constitucional do **due process of law**, ter em consideração, sem transgredir esses vetores condicionantes da atividade de persecução estatal, a conduta individual do réu, a ser analisada, em sua expressão concreta, em face dos demais elementos abstratos contidos no preceito primário de incriminação. O

² (RECURSO EM HABEAS CORPUS, nº 85658, julgado em 21/06/2005)

ordenamento positivo brasileiro repudia as acusações genéricas **e repele as sentenças indeterminadas**” (Rel. Min. CELSO DE MELLO).³

“Persecução penal dos delitos societários. Sócio quotista minoritário que não exerce funções gerenciais. **Condenação penal invalidada**. O simples ingresso formal de alguém em determinada sociedade civil ou mercantil – que nesta não exerce função gerencial e nem tenha participação efetiva na regência das atividades empresariais – não basta, só por si, especialmente quando ostente a condição de quotista minoritário, para fundamentar qualquer juízo de culpabilidade penal. A mera invocação da condição de quotista, sem a correspondente e objetiva descrição de determinado comportamento típico que vincule o sócio ao resultado criminoso, não constitui, nos delitos societários, fator suficiente apto a legitimar a formulação da acusação estatal ou a autorizar a prolação de decreto judicial condenatório. A circunstância objetiva de alguém meramente ostentar a condição de sócio de uma empresa não se revela suficiente para autorizar qualquer presunção de culpa e, menos ainda, para justificar, como efeito derivado dessa particular qualificação formal, a decretação de uma condenação penal” (Rel. Min. CELSO DE MELLO).⁴

HELOISA ESTELLITA, sobre o tema da acusação de quadrilha, que vem sendo banalizada pelo Ministério Público, nos crimes praticados no âmbito das empresas, registra o seguinte:

Nas *empresas com fins conformes ao direito*, ainda que se possa pensar em probabilidade de lesão a determinados bens jurídico-econômicos pelo simples fato de existirem como tais, isso não basta para justificar a punição a título de delito associativo. (...) Do até agora exposto se pode derivar um teste, que talvez seja de grande utilidade heurística: *o delito associativo só estará realizado se, subtraindo-se mentalmente a prática de quaisquer outros delitos, restar na mera associação de pessoas conteúdo de desvalor suficiente a ponto de justificar uma sanção penal*. Se o único ponto de apoio para a imputação do delito associativo for a prática dos outros crimes, está-se punindo essa prática duas vezes, já que associação, em si mesma, é algo que o ordenamento jurídico não valora negativamente.

As presentes considerações encontram eco no entendimento de alguns dos magistrados do STF, que têm se atentado para a impropriedade da imputação automática do crime associativo nos chamados “crimes societários”. Assim, por exemplo, a matéria foi bastante por ocasião da

³ (HC n. 73.590-8 SP, 1^a Turma, j. 6/8/96, DJU de 13/12/96, p. 50.162)

⁴ (HC n. 73.590-8-SP, 1^a Turma, j. 6/8/96, DJU de 13/12/96, p. 50.162I)

sessão plenária de 17.02.2011, na qual se rejeitou a denúncia pela imputação de quadrilha nos autos do Inq 2.786. Naquela oportunidade, o Min. Marco Aurélio Mello ponderou que não poderia vislumbrar na participação societária a intenção especial de se vir a praticar crimes. A aceitar-se a tese proposta na denúncia, observou, em todo caso a envolver crime societário, a Corte teria de aceitar a imputação de quadrilha, o que não lhe parece correto. Também o Min. Dias Toffoli, acompanhando o voto do Min. Marco Aurélio Mello, ponderou que os atos descritos na denúncia como configuradores do crime associativo não passavam, na verdade, de atos lícitos, ou seja, a integração da denunciada no quadro social de uma sociedade. Tal entendimento foi acolhido pelos Ministros Aires Britto, Cármem Lúcia Antunes, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cezar Peluso. Este último lembrou, ainda, o voto anteriormente proferido no julgamento do HC 84.223, no qual apartou criminalidade econômica e crime associativo.⁵

Os denunciados RAMON HOLLERBACH CARDOSO e CRISTIANO DE MELLO PAZ foram incluídos na acusação de formação de bando ou quadrilha apenas porque eram sócios de MARCOS VALÉRIO na empresa SMP&B Comunicação Ltda., não se tendo feito individualização de suas condutas, não se descrevendo o elemento subjetivo do tipo, que se refere ao vínculo associativo para o fim de prática de crimes. Falou-se, apenas, no vínculo societário empresarial.

O denunciado ROGÉRIO TOLENTINO, que nunca foi sócio ou gestor da SMP&B e da DNA [*fato reconhecido no acórdão deste STF que rejeitou, em parte, a denúncia quanto ao mesmo*], foi incluído na acusação de formação de quadrilha porque era advogado de MARCOS VALÉRIO e seu sócio na empresa Tolentino & Melo Assessoria Empresarial S/C, a qual não tem nenhum envolvimento nos fatos da denúncia, não se tendo feito individualização de sua conduta, não se descrevendo o elemento subjetivo do tipo, que se refere ao vínculo associativo para o fim de prática de crimes.

⁵ (ESTELLITA, Heloisa; GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. Uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 91, jul-agosto. 2011:403-405)

As denunciadas SIMONE VASCONCELOS e GEIZA DIAS foram incluídas na acusação de formação de quadrilha, apenas porque eram empregadas do setor financeiro da empresa SMP&B Comunicação Ltda., subordinadas a MARCOS VALÉRIO, então vice-presidente administrativo e financeiro desta, sendo que as duas empregadas nunca trabalharam na DNA Propaganda Ltda., não se tendo feito individualização de suas condutas, não se descrevendo o elemento subjetivo do tipo, que se refere ao vínculo associativo para o fim de prática de crimes.

As empresas de publicidade e propaganda SMP&B e DNA eram duas das mais importantes e respeitadas agências de propaganda de Minas Gerais e do Brasil, ambas premiadíssimas pela qualidade de seus trabalhos. Não se tratava de "*empresas fantasmas ou de fachada*" que fossem utilizadas pelos denunciados somente para a prática de crimes, como quer fazer crer a acusação.

Neste sentido, farta a prova produzida durante a instrução criminal contraditória (exigência da nova redação do art. 155 do CPP)⁶. Entre as testemunhas arroladas na denúncia, podem-se citar os seguintes depoimentos:

Eliane Alves Lopes – SMP&B era agência competente, sempre atuou tanto no Governo, quanto na iniciativa privada, sempre primou, foi extremamente premiada. No ano de 2005, tinha recebido o prêmio "Agência do Ano", um prêmio que era dado por avaliação e competição criativa. A SMP&B sempre foi uma agência considerada competente e qualificada (fls. 20.069 – vol. 93)

Márcio Hiram Guimarães Novaes – que na época dos fatos, a agência DNA era uma agência muito bem conceituada tanto em Minas como em Brasília, pois

⁶ Art. 155 – O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da **prova produzida em contraditório judicial**, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (artigo com redação determinada pela Lei nº 11.690/2008).

detentora de inúmeros prêmios nacionais e um internacional; que era a maior agência de Minas (fls. 19.220 – vol. 88).

E, entre as testemunhas arroladas pelas diferentes defesas:

Plauto Gouveia – diz que a SMP&B, no mercado mineiro, era considerada uma grande agência de publicidade; diz que a publicidade do Banco Rural era feita através da agência SMP&B (fls. 21.267 – vol. 98).

Walfrido Silvino dos Mares Guia Neto – referindo-se a SMP&B, diz que a empresa era disputada no mercado pelo seu conceito de excelência e que todos, até a exposição dos fatos constantes destes autos, gozavam do maior e melhor conceito profissional (fls. 21.274 – vol. 98).

José Luís Pádua de Quintero – diz que a SMP&B era uma das maiores agências de Minas Gerais e do Brasil, sendo várias vezes premiada (fls. 21.421 – vol. 99).

Euler Marques Andrade Filho – diz que Ramon sempre foi muito conceituado no mercado até porque a agência dele, a SMP&B, era a melhor agência de publicidade de Belo Horizonte (...) diz que a SMP&B e a DNA eram concorrentes no mercado publicitário (fls. 21.422 – vol. 99).

André Ferreira de Carvalho – diz que a SMP&B era uma das maiores empresas de publicidade de Minas Gerais (fls. 21.425 – vol. 99).

Hélio Marques de Faria – diz que Cristiano é referência na área de criação não só no mercado publicitário mineiro, mas também no mercado publicitário nacional; diz que a SMP&B era a maior empresa de publicidade de Minas Gerais à época dos fatos (fls. 21.428 – vol. 99).

Pedro Nelson Furtado Pereira – diz que a SMP&B era concorrente da DNA; diz que a SMP&B era uma das maiores empresas de publicidade de Minas Gerais (fls. 21.446 – vol. 99).

Cátia Bernardes Rezende – diz que a SMP&B era considerada uma das três maiores agências de publicidade de Minas Gerais; diz que a SMP&B e a DNA eram agências concorrentes (fls. 21.447 – vol. 99).

Edgard de Melo – diz que a SMP&B era um das maiores empresas de publicidade de Minas Gerais (fls. 21.449 – vol. 99).

Sérgio Esser, Subsecretário da SECOM/MG – diz que a SMP&B era uma das “agência referência” no mercado de Minas Gerais; diz que a DNA era concorrente da SMP&B no mercado publicitário, disputando com esta várias contas publicitárias e licitações (fls. 21.451 – vol. 99).

Paulo Vasconcelos do Rosário Neto – a SMP&B era uma agência publicitária referência no mercado mineiro (...) diz que a agência DNA era concorrente da SMP&B no mercado publicitário mineiro, diz que eram concorrentes ferozes disputando palmo a palmo o mercado publicitário (fls. 21.453 – vol. 99).

Augusto Rocha Coelho, publicitário, diretor de criação - perguntado: Eu posso afirmar que a SMP&B em Minas Gerais seria uma agência de grande porte? Resposta: Ela era uma agência de ponta, de grande porte. Ela disputava a liderança do mercado com outra agência no sentido absolutamente técnico, tinha uma equipe completamente técnica e capacitada, assim, os melhores profissionais, talvez, do mercado trabalhavam lá naquele momento fazendo o que a gente sabia fazer que era propaganda (fls. 29.946 – vol. 137).

Marcus Vinicius di Flora, ex-secretário adjunto da SECOM da Presidência da República – Perguntado, se o senhor se recorda se no primeiro mandato do Presidente Lula as empresas de publicidade e propaganda de que participavam Marcos Valério, especialmente a SMP&B Comunicação Ltda. e a DNA Propaganda Ltda., participaram, ou não, de mais de uma licitação e se foram vitoriosas em: alguma licitação? Respondeu: Com certeza, participaram de vários processos licitatórios; que eu me recorde, a DNA foi vitoriosa na licitação do Banco do Brasil e a SMP&B, na licitação dos Correios. Perguntado: Especificamente em relação à licitação dos Correios: nessa licitação era contratada uma única empresa ou eram três agências de propaganda? Respondeu: Eram três agências para a execução do contrato. Perguntado: No caso da DNA Propaganda, o senhor tem conhecimento se ela tinha contratos

com órgãos governamentais de governo anterior, isto é, desde a gestão de Fernando Henrique Cardoso? Respondeu: Sim. A DNA já tinha a conta do Banco do Brasil, tinha a conta da Eletronorte, do Ministério do Trabalho e do Ministério dos Esportes. Perguntado: O senhor sabe informar se as agências de propaganda SMP&B e DNA eram pequenas agências de propaganda ou grandes agências de propaganda em Minas Gerais? Respondeu: Pelo que eu sei, para o padrão do mercado publicitário de Minas Gerais, eram consideradas grandes agências. (fls. 30.394/5 – vol. 140).

No mesmo sentido, os depoimentos de: Alarico Naves Assumpção (fls. 42.121 – vol. 197) e Fernando Antônio Miranda de Vasconcelos (fls. 42.204 – vol. 198).

Neste ponto, apesar da inequívoca prova produzida, na instrução criminal nesta ação penal, no sentido de que as agências de propaganda SMP&B Comunicação Ltda. e DNA Propaganda Ltda. eram as duas maiores agências do ramo de Minas Gerais e eram consideradas de porte médio a nível nacional, tendo inúmeros trabalhos publicitários premiados e reconhecidos, o PGR, em suas alegações finais (item 151 – fls. 45.164, vol. 214), insiste em afirmar – sem qualquer respaldo probatório mínimo – que as empresas eram “*de fachada*”, mais uma vez revelando seu desprezo pela prova colhida em contraditório judicial, em cumprimento ao mandamento do art. 155 do CPP.

O Ministro **CÉZAR PELUSO**, no seu voto no Habeas Corpus nº 84.223-RS, proferido em 14/08/2007, tece longas e brilhantes considerações sobre o tipo penal do artigo 288 do CP e repudia a sua imputação sistemática e automática pelo Ministério Público, em crimes praticados no exercício de atividade empresarial, quando não se trata de “*empresa fantasma ou de fachada*”, como é o caso dos presentes autos, em que as agências de propaganda SMP&B e DNA eram empresas constituídas há muitos anos e com longo histórico de atividades lícitas no mercado publicitário mineiro e nacional:

"Causa-me estranheza que se possa confundir tal delito (art. 288, CP) com a associação de pessoas para, sob modalidade jurídico-social típica, desenvolverem atividades empresariais, benéficas, esportivas, etc..

É que a lei civil ou comercial prevê a associação de pessoas físicas para formação de pessoa jurídica, impondo-lhes, segundo a natureza do objeto social, forma típica, que, sendo lícita numa província jurídica, não pode ser considerada criminosa noutra. Tal é, aliás, a intuitiva ratio do disposto no art. 23, inc. III, 2^a parte, do Código Penal, que dispõe não haver crime, quando o agente pratique o ato no exercício regular de um direito.

A circunstância é particularmente relevante no âmbito do que se convencionou chamar de crimes econômicos, em sua grande maioria praticados no exercício de atividade empresarial por grupo de pessoas, porque é desta forma óbvio, com reunião de pessoas físicas a título de sócios, gerentes, diretores, que se organizam as pessoas jurídicas e se administraram as atividades empresariais.

De regra, as pessoas físicas associam-se para a prática de atos lícitos, não para o cometimento de delitos. E, igualmente de regra, os crimes econômicos praticados no exercício de atividade lícita, são, se não sempre, pelo menos em boa parte dos casos, por grupo de pessoas responsáveis pelo gerenciamento e direção da empresa, não porque acordaram associar-se para prática de delitos, mas por necessidade orgânica e jurídica da administração de atividades negociais.

Isto implica reconhecer como intolerável, enquanto degrada a ordem jurídica, a imputação automática do crime descrito no art. 288 do Código Penal, sempre que se cuide de suposto delito praticado no exercício de atividade empresarial por mais de três pessoas, ou à vista dos termos do contrato social, ou de documento equivalente, que envolva mais de três sócios ou associados.

E o acerto dessa interpretação demonstra, a contrario sensu, toda a inconsistência teórica da atribuição mecânica do crime a membros de sociedade empresarial organizada para o exercício de atividades lícitas, pelo só fato de serem membros da pessoa jurídica.

Quando a constituição da sociedade se tenha dado para fins lícitos, enquanto objeto permanente da atuação social, não se pode ipso facto, em eventuais atos criminosos praticados sob pretexto ou por ocasião de seu exercício, a formação de quadrilha ou bando".⁷

III – Isto posto, por este 1º fundamento, a defesa do 5º denunciado, ora Embargante MARCOS VALÉRIO FERNANDES DE SOUZA, pede e espera sua ABSOLVIÇÃO, quanto à imputação de

⁷ (voto vista, Ministro CÉZAR PELUSO, Habeas Corpus nº 84.223, RS, 14/08/2007).

formação de bando ou quadrilha, cujas circunstâncias elementares típicas do art. 288 do CP não restaram provadas no curso da instrução criminal contraditória, pedido este formulado com suporte no **artigo 386, incisos II** (“*não haver prova da existência do fato*”) e **VII** (“*não existir prova suficiente para condenação*”) do CPP, para prevalência dos quatro doutos votos vencidos, supracitados.

- Quanto à pena imposta pelo crime de quadrilha (art. 288, CP): absurdos dois anos e onze meses de prisão.

IV – Por ocasião do julgamento dos Embargos Declaratórios opostos por MARCOS VALÉRIO FERNANDES DE SOUZA ao acórdão do julgamento da ação penal, no que se refere à pena imposta pelo crime de quadrilha [02 anos e 11 meses], registraram-se, no pleno, **quatro doutos votos vencidos** favoráveis à redução da pena, a saber, os votos dos Ministros **TEORI ZAVASCKI, RICARDO LEWANDOWSKI, MARCO AURÉLIO e DIAS TOFFOLI** (ata da sessão de 05.09.2013, fls. 63.850).

Assim, caso não sejam acolhidos os presentes Embargos Infringentes, pelo 1º fundamento, para a absolvição do Embargante, quanto ao crime de quadrilha (art. 288, CP), impõe-se considerar, em 2º fundamento, o acolhimento dos mesmos Embargos Infringentes, para a redução da pena imposta, quanto a esta imputação, nos termos dos quatro votos vencidos:

1 – O voto vencido do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI (fls. 63.751/63.754), quanto a pena da quadrilha, para o Embargante MARCOS VALÉRIO FERNANDES DE SOUZA, em síntese, foi o seguinte:

“Neste ponto sustenta o embargante que, embora o acórdão embargado utilize basicamente fundamentação igual ou semelhante na análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, aumentou-se de forma desproporcional a pena-base dos diversos delitos a que o embargante foi condenado, o que evidencia uma contradição.

Argumenta, nessa linha, que os aumentos na fixação da pena-base, além do mínimo legal, devem guardar proporcionalidade, já que as circunstâncias judiciais

consideradas são semelhantes, inclusive no tocante às preponderantes, conforme estabelece o art. 67 do CP2.

Entendo que assiste parcial razão ao embargante. Da análise dos parâmetros adotados na aplicação das penas relativas aos crimes pelos quais o réu foi condenado, verifica-se a existência de discrepância considerável na fixação da pena-base, mas apenas em relação ao crime de formação de quadrilha.

Entendo, desse modo, estar configurada a desproporção na fixação da pena-base para o crime de formação de quadrilha, sendo possível sua correção nessa fase processual.

Entendo, desse modo, estar configurada a desproporção na fixação da pena-base para o crime de formação de quadrilha, sendo possível sua correção nessa fase processual”.

“Eu aqui vou ousar discordar de Vossa Excelência com relação à dosimetria no crime de quadrilha. Essa é uma contradição que tem sido apontada por vários e vários réus. Os réus, em seus embargos, têm alegado que no caso da pena relativa ao crime previsto no artigo 288 do Código Penal – qual seja, quadrilha ou bando -, a dosimetria teria sido fixada de forma exasperada, de modo a superar a possibilidade da prescrição. Isso os réus têm repetido em seus embargos, e eu vou fazer a análise, então, da dosimetria dessa pena com relação à dosimetria que foi feita para as outras penas, ou relativamente aos outros crimes, e mostrando que, *data venia*, na minha concepção, há uma contradição” (fls. 63.770).

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Senhor Presidente, eu queria manifestar a minha inteira adesão ao ponto de vista do eminentíssimo Ministro Teori Zavascki. Eu trago um voto por escrito e uma tabela onde evidencio esse claríssimo erro que foi feito durante o julgamento e que consta do acórdão. E peço licença aos nobres pares para distribuir o meu voto nesse sentido e a tabela. E desde logo me associo ao voto do Ministro Teori Zavascki, retificando o meu voto anterior, porque incorri em erro também (explicação de fls. 63.828).

ADITAMENTO AO VOTO (fls. 63.830/63.832)

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ainda, Senhor Presidente, aproveitando o ensejo do artigo 133 do Regimento Interno, peço ao meu assistente que distribua um gráfico e uma tabela que fiz para justificar porque quero acompanhar integralmente o voto do eminentíssimo Ministro Teori Zavascki enunciado ontem ao final da Sessão.

Vossas Excelências poderão ver, então, que, no caso de Cristiano Paz, Ramon Hollerbach, Marcos Valério - um dos grupos apenados -, houve, no caso da quadrilha, um aumento absolutamente inexplicável, a meu ver, pelo menos do ponto de vista jurídico, em comparação com as penas de peculato, corrupção ativa, outros peculatos, lavagem de dinheiro, evasão de divisas, que ficaram numa média de 12% a 13%, quanto ao aumento da pena-base: Cristiano Paz teve um aumento de 63% da pena base, Ramon Hollerbach, 63% e Marcos Valério, 75%, no caso do crime de quadrilha.

Quanto a outro grupo, também reformulo o meu voto. Kátia Rabello teve o aumento da pena-base de 7%; na gestão fraudulenta, 10%; na evasão de divisas, 18%; na quadrilha, 63%. Já José Roberto Salgado, 7% na lavagem; 10% na gestão fraudulenta; evasão de divisas, 18%; e quadrilha, 63%.

Claro que esses crimes - e por isso são e foram apenados pelo legislador com sanções muito mais graves - causam maior lesão à sociedade, portanto, deveriam, em tese, terem sido exacerbadas de maneira mais severa do que o delito de quadrilha. Mas tal não aconteceu. Verifica-se que, na quadrilha, tanto Kátia Rabello, quanto José Salgado, de forma absolutamente discrepante, foram apenados com 63% cada qual.

Eu tenho um gráfico em três dimensões, em que mostro isso com muita clareza e que pode ser evidenciado *ictu oculi* - como se diz em latim -, ou seja, com os próprios olhos, num primeiro olhar. Vê-se logo que há uma discrepância absolutamente gritante. Fiz esse gráfico com relação aos três “núcleos”, onde esse exagero fica

claramente evidenciado. Quer dizer, houve uma desproporção inaceitável na fixação da pena-base de todos esses réus para exatamente se superar a prescrição. E todos sabiam, todos tinham convicção, já no início do julgamento, que, ainda que se dobrasse a pena mínima do crime de quadrilha, o que já seria algo absolutamente excepcional, mesmo assim, a prescrição já teria se consumado.

2 – O voto vencido do Ministro MARCO AURÉLIO, quanto à pena da quadrilha, para o Embargante MARCOS VALÉRIO FERNANDES DE SOUZA, em síntese, foi o seguinte:

“O Senhor Ministro MARCO AURÉLIO - Presidente, as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal não são tarifadas no preceito. Vale dizer, não se tem, em relação a cada qual, a carga que deve ser atribuída pelo juiz. Ele o faz diante das peculiaridades da prática criminosa e, evidentemente, levados em conta dois princípios caros ao Direito: o da razoabilidade e o da proporcionalidade no que se entrelaçam.

Os vícios alusivos aos embargos declaratórios não consubstanciam pressupostos de recorribilidade. Dizem respeito ao mérito. Se procedermos a um cotejo, presentes os diversos crimes perpetrados e as penas-base fixadas, vamos concluir que há descompasso, porque, enquanto, por exemplo, no tocante à quadrilha, houve a fixação da pena-base, considerado o piso, de 75%, relativamente à corrupção ativa, uma delas 35% e a outra de 20%. Já aqui teremos, no tocante a dois crimes da mesma espécie, idênticos, enquadrados na mesma tipologia, percentagens diferentes. Quanto ao peculato, houve uma majoração do piso em 20%, e a lavagem em 14%”. (fls. 63.808)

“O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, a partir da decisão de ontem quanto a Marcos Valério, refleti sobre a espécie. Somei o voto ao de Vossa Excelência, deixando de acompanhar o ministro Ricardo Lewandowski no que Sua Excelência sustentou a contradição, presente a circunstância de, diante dos mesmos aspectos, haver-se estabelecido pena-base diversa para os crimes perpetrados, ou seja, considerando as mesmas circunstâncias judiciais, o Tribunal caminhou para a potencialização – e a diferença, vimos que foi em torno de 50%, comparando os percentuais – das circunstâncias quanto ao crime de quadrilha, levando principalmente o leigo, não nós outros – letRADOS em Direito – à percepção de que isso teria ocorrido para fugir-se à incidência da prescrição da pretensão punitiva. Presidente, permito-me – e creio que continuamos a julgar os embargos declaratórios, creio que isso é possível, a menos que o Colegiado decida de forma diversa – dar a mão à palmatória, ante o pronunciamento de ontem, para assentar que a contradição se fez presente e que, portanto, os embargos declaratórios de Marcos Valério estavam a merecer provimento, como agora estão a merecer provimento em razão da contradição os embargos de Cristiano de Mello Paz. É como voto, na espécie”.(fls. 63.814)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – 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.

Disse em uma das sessões – estou corrigindo a degravação, aproveitando o tempo, porque a sobrecarga de trabalho é muito grande – que a leitura que se faz, principalmente na comunidade acadêmica jurídica, quanto a esse quadro é péssima, em termos de princípios e prevalência de princípios quando se implementa um julgamento. Por isso, acompanho Sua Excelência, o ministro Ricardo Lewandowski. (fls. 63.845).

3 – O Ministro TEORI ZAVASCKI, no ponto, fez uma retificação de voto, para acolher os embargos declaratórios, para reduzir a pena imposta ao Embargante MARCOS VALÉRIO, no que diz respeito à condenação por quadrilha, o qual voto também ficou vencido:

RETIFICAÇÃO DE VOTO**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI –**

1. Com o acolhimento dos embargos de declaração opostos por Breno Fischberg, o Tribunal consagra o entendimento de que constitui “contradição”, sanável por embargos de declaração (CPP, art. 619), a incoerência objetiva do acórdão, consistente em atribuir, a partir das mesmas premissas fáticas, consequências jurídicas diferentes, ainda que para réus diferentes.
2. Esse conceito de contradição, cumpre-me registrar, não corresponde ao que pessoalmente adotei nos votos até aqui proferidos, desde o julgamento dos embargos opostos pelo réu Bispo Rodrigues, na sessão de 21 de agosto passado. Naquela oportunidade, deixei consignado, como premissa orientadora do voto, um conceito mais restrito do vício formal de contradição, o que determinou, como contrapartida natural, o estreitamento dos limites da embargabilidade. Mantive essa orientação restritiva nos demais votos que proferi desde então.
3. Todavia, devo reconhecer que o conceito restritivo pode fechar as portas para a correção de incoerências internas flagrantes, como essa que se manifestou em relação ao réu Breno Fischberg, agora sanada. Assim, por considerar que a orientação afirmada pelo Plenário cumpre, nessas peculiares circunstâncias, também essa finalidade de corrigir injustas incoerências de conteúdo do acórdão embargado, especialmente quando esses possíveis vícios se verificam em juízo condenatório proferido pelo órgão judiciário de última instância, reconsidero a orientação anteriormente por mim adotada e, obediente ao princípio da colegialidade, passo a adotar a orientação do Plenário.
4. Essa nova posição, todavia, me impõe o dever de coerência lógica e de consciência jurídica de, desde logo, rever votos anteriores. Com efeito, se o Tribunal considera vício de contradição atribuir, a partir das mesmas premissas fáticas, consequências jurídicas diferentes, mesmo para réus diferentes, com igual ou até maior razão deverá considerar contraditório o acórdão que, a partir das mesmas ou assemelhadas premissas fáticas, atribui consequências jurídicas extremamente diferentes para o mesmo réu. Foi exatamente isso o que ocorreu, em relação a vários réus, quando da fixação da pena-base do crime de formação de quadrilha: a partir de premissas fáticas homogêneas e praticamente semelhantes, que foram consideradas para definir as circunstâncias judiciais desfavoráveis, o acórdão embargado, embora tenha adotado uma certa homogeneidade de tratamento em relação aos vários outros delitos imputados, atribuiu consequências inteiramente discrepantes em relação a esse específico delito de formação de quadrilha, cuja pena-base foi estabelecida com notória exacerbação. Essa manifesta discriminação de tratamento ficou evidenciada, com detalhes, nos votos a respeito proferidos pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

5. Certamente não se poderá justificar o fenômeno a partir apenas da diversa natureza dos delitos considerados. Isso importaria afirmar que a pena-base pode ser aumentada ou reduzida na pura e simples consideração da natureza abstrata da imputação penal, o que, evidentemente, contraria a maciça jurisprudência do tribunal, que tem por ilegítima essa espécie de argumento, seja para fins de individualização da pena, seja para outros fins penais, como o decreto de prisão provisória ou a fixação do regime inicial de cumprimento das penas. De qualquer modo, ainda que se levasse em conta apenas a natureza abstrata do crime de formação de quadrilha, mesmo assim não haveria razão plausível para a multiplicada exacerbação da pena-base desse delito em relação a outros de muito maior gravidade, como o do peculato e o da corrupção ativa. Também não se pode atribuir apenas a diferenças de natureza subjetiva levadas em consideração para apurar as circunstâncias judiciais em cada um dos delitos. É que o exame do acórdão demonstra que, na sua fundamentação, essas diferenças são meramente circunstâncias, notadamente quando avaliadas e comparadas em relação aos já referidos crimes de corrupção ativa e ao peculato.

6. O que se verifica no acórdão, na verdade, é uma discrepância de natureza objetiva na fixação da pena-base de um determinado delito em relação a outros delitos imputados ao mesmo réu: embora semelhantes as circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis, o avanço entre a pena mínima cominada em lei e a pena-base fixada chegou a percentuais de até setenta e cinco por cento do máximo possível para o crime de formação de quadrilha, aproximando-se do máximo da pena em abstrato, em completo descompasso com o critério adotado para os demais delitos, fixados em patamares mais ou menos semelhantes entre si, mas significativamente inferiores, que em geral não chegaram sequer a um terço daquele percentual.

7. Pois bem, ao votar os embargos de declaração apresentados pelo réu Marcos Valério Fernandes de Souza, e coerente com o critério que até então vinha adotando, considerei que essa discrepância na fixação da pena-base do crime de formação de quadrilha não representava uma contradição sanável por embargos, mas poderia ser atribuída a um erro de julgamento, sanável por revisão criminal. Segui a mesma orientação, ainda que sem explicitá-la, ao rejeitar os demais embargos de declaração em que a matéria foi suscitada, apresentados por Ramon Hollerbach Cardoso, Cristiano de Mello Paz e por José Dirceu de Oliveira e Silva. Entretanto, à luz do conceito mais alargado de contradição agora adotado pelo Plenário, não vejo como, sem ferir gravemente um dever de coerência jurídica, manter aqueles votos, razão pela qual venho apresentar a sua indispensável retificação, para, no particular, acompanhar a divergência inaugurada pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

8 (...)

9. Nesses termos e para esses fins, retifico os votos apresentados para, no ponto, acolher os embargos de declaração antes referidos. Ademais, para evitar que, com essa solução, fique criada uma nova incoerência interna do acórdão, acolho também, para os mesmos efeitos, os embargos de declaração propostos pelos demais réus condenados pelo crime de formação de quadrilha, em que a mesma discrepância se verificou e que também apontaram, ainda que de forma genérica, a desproporcionalidade na fixação da pena-base (Delúbio Soares de Castro, José Roberto Salgado, José Genoíno Neto e Kátia Rabelo).

10. É a retificação que apresento, Senhor Presidente. (fls.63.817/63.821)

4 - O voto vencido do Ministro DIAS TOFFOLI (feito em forma de retificação – fls. 63.833/63.837), quanto à pena da quadrilha, para o Embargante MARCOS VALÉRIO FERNANDES DE SOUZA, em síntese, foi o seguinte:

**RETIFICAÇÃO DE VOTO
O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

1ª QUESTÃO

Na espécie, a questão levantada pelo Ministro **Teori Zavascki** circunscreve-se à existência de discrepância de natureza objetiva entre os percentuais de aumento utilizados na fixação da pena-base para diferentes delitos imputados ao mesmo réu.

Ressaltou Sua Excelência que, no caso de diferentes delitos praticados por um mesmo indivíduo, a semelhança entre as respectivas circunstâncias judiciais tidas por desfavoráveis não justificaria o descompasso existente entre os percentuais de aumento de pena-base aplicados.

Destacou Sua Excelência que, em alguns casos, o percentual de majoração da pena-base chegou a 75% do intervalo entre o mínimo e o máximo combinados para o delito. Em especial, fez remissão ao crime de **formação quadrilha** (CP, art. 288).

Sua Excelência entende haver descompasso entre os percentuais utilizados para aumentar a pena-base de certos réus quanto ao crime de quadrilha e os percentuais utilizados para aumentar a pena-base relativa a outros delitos imputados aos mesmos réus, os quais, em geral, foram bem inferiores.

Dante dessas ponderações, sugeriu o Ministro **Teori Zavascki** que se fixasse a pena-base do delito de **quadrilha** “mediante um avanço, em relação à pena mínima combinada, equivalente ao do maior percentual de avanço adotado para os outros delitos imputados ao mesmo réu”.

Ressalto que não estou fazendo juízo de valor a respeito das circunstâncias judiciais utilizadas na fixação das pena-base para o caso, pois, tendo absolvido os embargantes do delito de formação de quadrilha, não me seria possível ponderar sobre o quesito da culpabilidade para estabelecer, à luz do art. 59 do CP, parâmetros aritméticos, entre o mínimo e o máximo combinados, a serem utilizados na dosimetria do crime em questão. Partindo da análise do art. 59 do CP feita no voto condutor de cada resultado, lanço mão de um critério matemático para calcular o percentual de aumento adequado que deve incidir na fixação da pena-base (1ª fase), na linha do que foi proposto pelo Ministro **Teori Zavascki**.

Fazendo uma revisão de todos os casos relativos ao delito de **formação quadrilha** (CP, art. 288), constato que existem aqueles que se inserem dentro dessa perspectiva trazida pelo eminentíssimo Ministro **Teori Zavascki**.

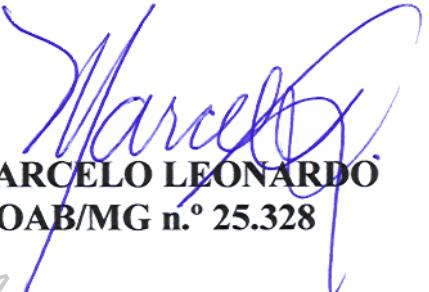
Nesse contexto, acolhendo a proposta do Ministro **Teori Zavascki**, a utilização no delito de quadrilha (CP, art. 288) do maior dos demais percentuais - ou seja, 36% - para majorar a pena-base (1ª fase) do embargante acarretaria a pena inicial de **(1) um ano, (8) oito meses e (19) dezenove dias de reclusão**. Considerando-se a causa de aumento aplicada pelo Relator (CP, art. 62, I), chega-se a uma pena-base majorada de **1/6**, totalizando **(2) dois anos e (2) dois dias de reclusão**.

Evidente, que não tem sentido, fixar-se a pena, em conta aritmética, em dois anos e dois dias, apenas para evitar-se a prescrição que, por justiça, acabou sendo reconhecida em favor de outros acusados, na mesma ação penal.

V – Em face do exposto, o Embargante MARCOS VALÉRIO FERNANDES DE SOUZA, em 2º fundamento, pede e espera o provimento dos presentes Embargos Infringentes, para prevalência dos quatro doutos votos vencidos e consequente redução da pena imposta ao mesmo, quanto à condenação por quadrilha (art. 288, CP).

Nestes termos, juntada esta aos autos, pede e espera o conhecimento e provimento dos Embargos Infringentes, por um dos dois fundamentos invocados, com suporte nos doutos quatro votos vencidos, em relação a cada um deles.

Brasília, sexta-feira, 08 de novembro de 2013.


MARCELO LEONARDO
OAB/MG n.º 25.328

CÓPIA - STF AP 470 - CPF 58432035149 - 11/11/2013 17:51:51