

SEXTOS EMB.DECL.JULG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS

RELATOR	: MIN. JOAQUIM BARBOSA
EMBTE.(S)	: JOSÉ DIRCEU DE OLIVEIRA E SILVA
ADV.(A/S)	: JOSÉ LUIS MENDES DE OLIVEIRA LIMA
EMBDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

a) CONTRADIÇÃO na fixação da pena do crime de formação de quadrilha pela valorização de um único fato em duplicidade.

No caso, o embargante restou condenado à pena de 2 anos e 11 meses de reclusão pelo delito em questão, nos termos do voto do Relator.

Em suma, alega o embargante que a dosimetria da pena fixada teria incorrido em **bis in idem**, uma vez que, na primeira fase o Relator teria valorado negativamente a culpabilidade, em razão de suas posições de mando e proeminência no PT e no Governo Federal.

Na sequência, teria o Relator se valido das mesmas premissas para aplicar a agravante do art. 62, inc. I do Código Penal.

Pois bem, esclareço inicialmente o fato de ter votado pela absolvição de **José Dirceu** e, por consequência, não haver me manifestado quanto à dosimetria das penas a ele fixadas, tendo em vista que este Plenário já havia definido, **em questão de ordem, datada de 23/10/12**, que os Ministros que votassem pela absolvição não votariam quanto a dosimetria.

A respeito desse entendimento, deixo consignado que me posicionei em sentido contrário, ficando vencido na honrosa companhia dos eminentes Ministros **Gilmar Mendes** e **Ayres Britto** (fls. 57.896/57.903).

Diante dessas circunstâncias, essa é a primeira oportunidade que tenho de verificar as penas a ele aplicadas. Porém gostaria de ressaltar, que não se cuida na espécie, de uma revisitação do mérito da condenação imposta, mas, tão somente, na linha do que se admite em sede de embargos de declaração, de uma averiguação material, considerando a

contradição apontada pelo embargante, na fixação da pena imposta para quadrilha.

Fixada essa premissa, tenho que razão assiste ao embargante.

Colho do voto prevaiente quanto à dosimetria da pena em questão os seguintes excertos, na parte que interessa:

“DOSIMETRIA DAS PENAS

JOSÉ DIRCEU

ITEM II

QUADRILHA (art. 288 do Código Penal)

Pena: reclusão, de um a três anos

VENCIDOS: min. **Ricardo Lewandowski** (revisor), min. **Rosa Weber**, min. **Cármem Lúcia** e min. **Dias Toffoli**.

A culpabilidade, entendida como o grau de reprovabilidade da conduta, é extremamente elevada, uma vez que JOSÉ DIRCEU, para a consecução dos seus objetivos ilícitos, valeu-se das suas posições de mando e proeminência, tanto no Partido dos Trabalhadores, quanto no Governo Federal, no qual ocupava o estratégico cargo de ministro-chefe da Casa Civil da Presidência da República. Essa posição de força no plano partidário, político e administrativo foi fundamental para a outorga de ‘cobertura’ política aos integrantes da quadrilha. Dela são expressões mais eloquentes os telefonemas que lhe eram dirigidos no curso das reuniões com os dirigentes de outros partidos, na busca do seu ‘de acordo’ para as decisões mais importantes concernentes ao apoio político no Congresso, ou ainda a expressão ‘bater o martelo’, que ROBERTO JEFFERSON utilizou-se, referindo a JOSÉ DIRCEU, como signo de ‘palavra final’.

(...)

Considerando o fato de JOSÉ DIRCEU ter desempenhado um papel proeminente na condução das atividades de todos os réus, especialmente dos integrantes do chamado “núcleo político”, aumento a pena em um sexto, elevando-a para dois anos e onze meses de reclusão, tendo em vista a incidência da

agravante prevista no art. 62, I, do Código Penal (CPP, art. 387, I).

À falta de outras circunstâncias (atenuantes ou agravantes), bem como de causas de diminuição ou aumento (CP, art. 68), torno definitiva a pena de dois anos e onze meses de reclusão para JOSÉ DIRCEU” (fls. 57.905/57.906 – grifei).

Pois bem, a meu ver, com a devida **venia** do Relator, tenho que as circunstâncias em que se justificou a valoração negativa da culpabilidade do embargante (1ª fase) guarda simetria com os motivos que o levaram à aplicação da agravante do art. 62, I, do Código Penal (2ª fase).

No caso, a valoração negativa da culpabilidade se encerra na posição do réu *“de mando e proeminência, tanto no Partido dos Trabalhadores, quanto no Governo Federal (...)”*, do mesmo modo que a incidência da agravante do art. 62, inc. I, do Código Penal, tem como **ratio essendi** o *“papel proeminente na condução das atividades de todos os réus”*.

Entendo que tal fato circunstancial, valorado duplamente - na 1ª e na 2ª fase -, com a devida **venia**, em sua essência é o mesmo, o que, a meu sentir, configura **bis in idem**.

A esse respeito, destaco o magistério de **Guilherme de Souza Nucci**, **verbis**:

“O Juiz, mormente na fase de eleição do **quantum** da pena, pode terminar, inconscientemente, aplicando duas vezes a mesma circunstância para majora a pena, o que é indevido. Muitas circunstâncias são similares e apenas alteram a denominação (e a posição no Código Penal), embora, na essência, signifiquem o mesmo” (Código de Processo Penal Comentado, 12ª ed., São Paulo: RT, 2012, p. 439).

No mesmo sentido, são os ensinamentos de **César Roberto Bitencourt** (Código Penal Comentado, 6ª ed., 2010: São Paulo: Saraiva, p. 267).

Portanto **acolho a alegação** e reequaciono a reprimenda imposta ao embargante, considerando, para tanto, como neutras as circunstâncias do

crime, de modo a fixá-la, utilizados os mesmos parâmetros do voto do eminente Relator, em sua primeira fase, em dois (2) anos, um (1) mês e quinze (15) dias de reclusão.

Considerando a circunstância agravante prevista no art. 62, I, do Código Penal, aumento a pena de 1/6 (um sexto), **perfazendo dois (2) anos, cinco (5) meses e vinte e dois (22) dias de reclusão.**

Ressalto, aqui, haver feito o decote da pena em relação às circunstâncias do art. 59 do CP, diante do que dispõe o art. 67 do mesmo **codex**, pois, na lição de **Damásio de Jesus (CP anotado, 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 210)** “quando a circunstância judicial do art. 59 também constitui circunstância agravante ou atenuante (arts. 61, 62 e 65 do CP), fica prejudicada a aplicação do art. 59, uma vez que as agravantes e atenuantes são de incidência obrigatória”.

b) CONTRADIÇÃO na fixação da pena do crime de corrupção ativa pela valorização de um único fato em duplicidade.

Quanto ao crime de corrupção ativa, alega novamente embargante que a dosimetria da pena fixada teria incorrido em **bis in idem**, uma vez que, na primeira fase o Relator teria valorado negativamente a culpabilidade, em razão das mesmas circunstâncias utilizadas para aplicar a agravante do art. 62, inc. I do Código Penal.

Sem razão, contudo, pois a leitura do voto condutor permite aferir que as circunstâncias valoradas negativamente na culpabilidade (1ª fase) não guardam simetria e nem se confundem com aquela utiliza na (2ª fase), não incidindo, portanto, a figura do **bis in idem**.

Registro, ademais, não incidir em **bis in idem**, a aplicação da agravante do art. 62, I, do Código Penal no crime de quadrilha e na fixação da pena para o delito de corrupção ativa.

Com efeito, a incidência da referida agravante genérica em todos os delitos imputados ao embargante foi objeto de discussão colegiada, conforme se infere de algumas passagens do julgado.

Ademais, na linha do voto vencedor (Ministro **Joaquim Barbosa**), a incidência da referida agravante em relação ao crime de quadrilha

ocorreu da seguinte forma, **verbis**:

“(…)

Considerando o fato de JOSÉ DIRCEU ter desempenhado um **papel proeminente na condução das atividades dos réus**, especialmente dos integrantes do chamado ‘núcleo político’, aumento a pena em um sexto, elevando-a para dois anos e onze meses de reclusão, tendo em vista a incidência da agravante prevista no art. 62, I, do Código Penal (CPP, art. 387, I)” (grifos do autor).

O mesmo se deu por ocasião da fixação da reprimenda decorrente do reconhecimento pela maioria da prática do crime de **corrupção ativa**.

À luz desses elementos, há de se concluir que o relator ao aplicar a incidência da agravante, ressaltou a participação mais expressiva do embargante em relação à atividade dos demais agentes, de modo que, concluir de forma contrária implicaria em revolvimento do cotejo fático probatório a que não se prestam os embargos de declaração.

Importante frisar, ainda, que estra Suprema Corte já assentou a inexistência de **bis in idem** em circunstâncias como essa. Confira-se a ementa do julgado paradigma:

“DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE QUADRILHA, FALSIFICAÇÃO DE PAPÉIS PÚBLICOS E DOCUMENTOS PÚBLICOS (ARTIGOS 288, 293 E 297 DO CÓDIGO PENAL). FIXAÇÃO DAS PENAS. CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE PARA TODOS (ART. 62, I, DO C.P.). ALEGAÇÃO DE ‘BIS IN IDEM’. ‘HABEAS CORPUS’. 1. A sentença aplicou a agravante do art. 62, I, do Código Penal, apenas com relação ao crime de quadrilha, e o acórdão aplicou-a, também, na fixação das penas para os demais delitos (falsificação de papéis e documentos públicos), pois em todos, segundo considerou provado, o réu teve participação mais expressiva, promovendo, organizando a cooperação nos crimes e dirigindo a atividade dos demais agentes. 2. Não há nisso o ‘bis in idem’ alegado na inicial. 3. ‘H.C.’ indeferido” (HC nº 77.122/SP,

Primeira Turma, Relator o Ministro **Sidney Sanches**, DJ de 27/11/98 – grifei).

Rejeito, portanto, a alegação.

c) OMISSÃO na fixação da pena pela ausência de análise de elementos concretos sobre a conduta social e personalidade do embargante.

A pretensão do embargante, neste ponto, é de que este Supremo Tribunal proceda ao reexame de teses utilizadas na fase do art. 59 do Código Penal, o que denota caráter infringente do recurso.

Rejeito a alegação.

d) CONTRADIÇÃO quanto à aplicação do concurso material de crimes.

Pretende o embargante, nesse particular, a revisão do **decisum**, com a aplicação da regra do concurso formal de crimes em relação às infrações pelas quais foi condenado.

Sem razão, contudo, já que expressamente reconhecido o concurso material, e, evidentemente, não se tratar, na espécie, como proclamado pelo embargante, da prática de conduta única, pelo que, neste aspecto **rejeito a alegação.**

e) CONTRADIÇÃO e erro na aplicação da lei penal mais gravosa (Lei nº 10.763/03).

Nesse tópico, verifico que a pena-base imposta ao embargante pelo voto vencedor foi de quatro (4) anos e um (1) mês de reclusão, e 135 dias-multa (fl. 57.910).

Esclareceu o Relator em seu voto que “[e]m razão da continuidade delitiva, a prática do crime se estendeu, de modo que incide a pena estabelecida na Lei 10.763, de 12 de novembro de 2003, que estabelece a mínima de **2 anos e a máxima de 12 anos** de reclusão para cada crime de corrupção ativa, nesta primeira fase da fixação da pena (a causa de aumento da continuidade delitiva eleva esses dois patamares) [2]. Com efeito, a prática criminosa se estendeu ao longo dos anos de 2003, 2004 e 2005, quando ocorreram as últimas promessas de pagamento, estas ao réu **ROBERTO JEFFERSON**, ilustrada pelo episódio da

viagem dos corréus MARCOS VALÉRIO, EMERSON PALMIERI e ROGÉRIO TOLENTINO a Portugal, realizada em janeiro de 2005, a atrair o disposto na Súmula 711/STF.”

Embora, nos casos que me manifestei quando à incidência da Súmula nº 711/STF, justifica uma ótica diferenciada da maioria que se formou, quantos aos fatores “consumação do delito de corrupção ativa/passiva e exaurimento”, não vislumbro, na espécie, contradição interna ao julgado, que me autorize agir dentro dos limites dos embargos de declaração.

Rejeito a alegação.

f) CONTRADIÇÃO na fixação dos dias-multa pelo crime de corrupção ativa (art. 333 do CP)

g) OMISSÃO na fixação dos dias-multa pelo crime de corrupção ativa (art. 333 do CP).

Em ambos os casos, verifico que as penas fixadas foram aplicadas com a observância das circunstâncias judiciais elencadas no art. 60 do Código Penal, estando demonstrada, portanto, a congruência lógico-jurídica entre os motivos declarados e a sua conclusão.

Com efeito, a fixação da pena dosimetria da reprimenda é tema dos mais dificultosos no âmbito penal, por demandar, em regra, exame quanto à sua adequação ao caso concreto. De outra parte, essa análise está circunscrita à discricionariedade do julgador, que, de forma fundamentada, explicita suas razões. Aliás, conforme leciona **Guilherme Nucci**, em doutrina de grande prestígio, “o juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e máximo, abstratamente fixados para a pena), deve eleger o quantum ideal, valendo-se do seu livre convencimento (...)” (Código Penal Comentado, 12ª ed., São Paulo: RT, 2012, p. 419).

Nesse contexto, o método brasileiro permite ao magistrado, em casos como o presente, onde há condenação em mais de um delito, que se possa calibrar cada pena do modo individualizado no intuito de se chegar ao montante que entenda necessário e suficiente à reprovação e prevenção da conduta criminosa, sem que se verifique afronta ao princípio da

proporcionalidade e razoabilidade.

Do mesmo modo que não vislumbro omissão do julgado, que, a meu ver, apresenta motivação explícita quanto à calibragem das penas de multa que foram estipuladas pela Corte.

Rejeito as alegações.

CONCLUSÃO FINAL:

Assim, **acolho parcialmente os embargos** para fixar ao réu **José Dirceu de Oliveira e Silva** a pena de **dois (2) anos, cinco (5) meses e vinte e dois (22) dias de reclusão** para o delito de formação de quadrilha (CP, art. 288, **caput**).

É como voto.