



## **MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RELATOR  
DOS EMBARGOS INFRINGENTES NA AÇÃO PENAL  
Nº 470 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL  
(Min. LUIZ FUX)

Arnaldo Malheiros Filho  
Flávia Rahal Bresser Pereira  
Daniella Meggiolaro

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

DELÚBIO SOARES DE CASTRO, por seus advogados, nos autos do processo em referência, tendo sido intimado do v. acórdão de fls. 64.031/64.173, vem à presença de V. Exa., com fundamento no art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal e no art. 333, n. I, parágrafo único, do RI/STF, *ratificar e aditar os embargos infringentes* opostos em 7 de maio último, requerendo, quanto ao aditamento, a prevalência dos votos vencidos proferidos no julgamento dos embargos de declaração pelos ilustres Ministros TEORI ZAVASCKI, RICARDO LEWANDOWSKI, MARCO AURÉLIO e DIAS TOFFOLI, no tocante à fixação da pena relativa à alegada infração ao art. 288 do Código Penal, por seus próprios e jurídicos fundamentos, conforme a seguir se expõe.

Outrossim, sabe-se que o eminente Ministro MARCO AURÉLIO, durante o julgamento dos embargos declaratórios, entendeu que a interposição dos infringentes antes do julgamento daqueles gerava a preclusão consumativa, o que foi afastado pelo Plenário. Seja como for, com intuito de eliminar qualquer



## **MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

discussão a respeito, o peticionário ratifica neste ato os embargos infringentes antes opostos, cuja cópia integral segue anexa para que integre o presente aditamento.

### **1. A NECESSIDADE DE PREVALÊNCIA DOS VOTOS VENCIDOS: O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO NORTEADOR DA FIXAÇÃO DA PENA**

Garantido por maioria dessa Colenda Corte, o direito aos embargos infringentes, bem como diante do acolhimento dos embargos de declaração, por parte de quatro dos insignes integrantes do Pleno, no tocante à dosimetria da pena, importa levar à rediscussão mais uma relevante questão, subsidiária daquela já exposta nos infringentes antes opostos pelo peticionário.

É que, ao ser confrontado com o acolhimento de embargos para sanar “incoerência objetiva do acórdão” (fls. 64.139), o Ministro TEORI ZAVASCKI reconsiderou seu voto para, por “dever de coerência lógica e de consciência jurídica”, reconhecer que “com igual ou até maior razão deverá considerar contraditório o acórdão que, a partir das mesmas ou assemelhadas premissas fáticas, atribui conseqüências jurídicas extremamente diferentes para o mesmo réu.” Então, assentou:

“4. (...) 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 outros delitos imputados, atribuiu



## **MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

conseqüências 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.

“(…)

“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.

“(…)

“8. Faço, no entanto, um acréscimo. Constatada a contradição no acórdão embargado, cumpre que se apresente a adequada solução harmonizadora, como se fez, aliás, em relação ao réu Breno Fischberg, em situação assemelhada. Isso não significa que se deva promover um novo juízo a respeito dos critérios gerais ou especiais que nortearam a fixação da pena e muito menos a sua imposição. Não se põe em causa, portanto, a justiça ou injustiça do juízo de condenação pelo crime de formação de quadrilha, que permanece íntegro. O que se impõe, tão somente, é que se desfaça a contradição verificada, adotando para tanto os parâmetros já estabelecidos no próprio acórdão embargado. Ora, relativamente ao réu Breno Fischberg, a solução adotada pelo Tribunal para desfazer a contradição lá verificada foi a de fixar a pena levando em consideração, à luz das premissas de fato



## **MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

consideradas (que eram as mesmas), o mesmo critério objetivo que norteou a fixação da pena do outro réu, em relação ao qual se verificou a injusta discrepância de tratamento. Mutatis mutandi, é o que se propõe para a situação aqui examinada, para desfazer a discrepância na fixação da pena-base para os crimes de formação de quadrilha: considerando que são semelhantes e homogêneas as circunstâncias judiciais desfavoráveis, o avanço em relação à pena mínima cominada para esse crime deve ser estabelecido segundo os parâmetros adotados para a fixação da pena-base dos demais delitos praticados pelo mesmo réu. Ademais, considerando que, embora semelhantes, esses avanços não foram iguais em todos os casos, o critério que, no meu entender, guarda maior fidelidade à orientação geral que se extrai do acórdão (que foi a de exacerbar a pena para o delito de quadrilha) é o de fixar a pena-base desse delito mediante um avanço, em relação à pena mínima cominada, equivalente ao do maior percentual de avanço adotado para os outros delitos imputados ao mesmo réu.

“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)” (fls. 64.140/64.143, grifamos).

Como se vê, a questão aqui não diz com a legalidade da condenação em si (esta atacada na petição anteriormente apresentada), nem mesmo com a valoração das circunstâncias judiciais promovida pelo voto condutor. O conflito reside



## **MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

exclusivamente na quantidade de pena aplicada, ou seja, no cálculo que orientou a sua fixação, caso confirmada a condenação por quadrilha.

Embora não seja o Direito uma ciência exata, é certo que diversos princípios orientam o magistrado no processo e, em caso de condenação, na fixação da pena de forma lógica. Já ensinava, a propósito, MAGGIORE: “ninguna pena puede infligirse sin que la sentencia respectiva refleje el proceso lógico que ha llevado a afirmar la delincuencia de que se trata, com referencia a las bases establecidas pela ley”<sup>1</sup>.

A fixação da pena pode não ser formada de critérios exatos, dado o poder discricionário do juiz, mas há de ser lógica. E, para se lógica, há de ser coerente.

Ademais, se o que se persegue por meio do processo é um ideal de justiça, o estabelecimento de uma reprimenda deve, também, ser proporcional à gravidade da conduta, como há muito ensinou BECCARIA: “se os cálculos exatos pudessem ser aplicados a todas as combinações obscuras que fazem os homens agirem, seria mister procurar e fixar uma progressão de penas correspondente à progressão dos crimes”. E arrematou: “que o legislador sábio estabeleça divisões principais na distribuição de penas proporcionadas aos delitos”<sup>2</sup>.

A doutrina ressalta que o legislador brasileiro consagrou a proporcionalidade “pois o artigo 59 do CP determina que o juiz determine a qualidade e quantidade da pena conforme seja necessário e suficiente à reprovação do delito”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup>. GIUSEPPE MAGGIORE, *Derecho Penal*, 5ª ed., Editorial Temis Bogotá, 1954, p. 316, grifamos.

<sup>2</sup>. CESARE BECCARIA, *Dos Delitos e das Penas*, Edipro, 2013, p. 72/73.

<sup>3</sup>. SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA e ALCEU CORRÊA JÚNIOR, *Teoria da Pena*, RT, São Paulo, 2002, p. 90.



## **MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

No julgamento da ação penal o embargante *foi* condenado pela prática de formação de quadrilha. Mas, na remota hipótese de que se mantenha esse resultado, o único propósito dessa Colenda Corte será o de estabelecer uma punição lógica, justa, adequada e proporcional.

Como se disse, o Direito não é exato, nem a reprimenda pode ser “resultado de meras operações matemáticas”, para usar expressão do então Presidente AYRES BRITTO no julgamento do caso concreto (fls. 59.048). É indiscutível que a aferição da pena depende da apreciação conjunta das circunstâncias judiciais e pessoais do acusado.

Mas o valor ou desvalor atribuído a uma determinada circunstância judicial, quando utilizada identicamente como critério de fixação de penas diversas para o mesmo acusado, há de configurar uma *constante*, nunca uma variável! Sem isso, compromete-se a lógica.

E a quantidade de pena imposta pelo delito de formação de quadrilha precisa ser modificada para ser justa e lógica. E isso quem o diz não é o só embargante, nem apenas a “comunidade acadêmica jurídica” (fls. 64.169): Quatro dos mais íclitos magistrados, da mais elevada Corte pátria, já conseguiram, ainda que por meio da matemática pura, evidenciar a grave ilegalidade na resposta penal.

Especificamente em relação ao embargante, e na mesma linha de pensamento do insigne Ministro TEORI ZAVASCKI, o eminente Revisor RICARDO LEWANDOWSKI fez um raciocínio bastante elucidativo:

“O Tribunal, das oito circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do CP, considerou que quatro eram desfavoráveis



## **MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

ao embargante (culpabilidade, motivos, circunstâncias e conseqüências do delito). Fixou, por essa razão, a pena-base em 2 anos e 3 meses de reclusão para o delito de quadrilha.

“Ora, o delito do art. 288 do CP tem pena cominada de 1 (um) a 3 (três) anos de reclusão, ou seja, o intervalo no qual o julgador pode ‘caminhar’ é de dois anos. A Corte, como dito, levando em conta que o condenado possuía metade das circunstâncias desfavoráveis, aumentou a pena-base em 1 (um) ano e 3 (três) meses, quer dizer, elevou-a 63% do intervalo possível, o que não se mostra proporcional.

“(…)

“Não é disso que se trata, mas, sim, de uma desproporção existente entre as circunstâncias judiciais elencadas como desfavoráveis e a pena-base fixada. E essa desproporção, quanto ao delito de formação de quadrilha fica mais evidente se compararmos a pena-base aplicada a DELÚBIO SOARES pelo crime de corrupção ativa.

“(…)

“Para o delito do art. 333 do CP, que possui pena cominada de 2 (dois) a 12 (doze) anos de reclusão, ou seja, um intervalo de 10 (dez) anos, o Tribunal, tendo em conta as mesmas quatro circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixou a pena-base 2 anos acima do mínimo legal. ‘Caminhou’, assim, 20% do total possível.

“Como se observa, o Supremo Tribunal Federal, ao elaborar a dosimetria do crime de corrupção ativa, aumentou apenas 20% do total possível na pena-base do embargante, tendo em conta as mesmas quatro circunstâncias judiciais valoradas como desfavoráveis para o delito de quadrilha (culpabilidade, motivos, circunstâncias e conseqüências do delito).

“Dessa forma, como poderia, quanto ao delito do art. 288 do CP, ‘caminhar’ 63% dos 2 anos de intervalo previsto?

“Como se percebe, há uma injustificável diferença entre os percentuais de aumento utilizados, 20% para a corrupção ativa, ante os 63% ‘caminhados’ na quadrilha.



## **MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

“Vale observar, ainda, que o delito do art. 288 do CP, tipo de perigo abstrato, não tem conseqüências mais graves para a sociedade do que o delito de corrupção ativa. Até mesmo a pena abstratamente cominada revela que o desvalor da conduta é menor em relação ao crime de quadrilha.

“Isso posto, entendendo presente manifesta desproporcionalidade na fixação da pena-base para o delito do art. 288 do CP, retifico meu voto, para acolher os embargos, com efeitos infringentes, a fim de que o Tribunal proceda ao reajuste na dosimetria da pena de quadrilha” (fls. 64.151/64.153, grifamos).

O ilustre Ministro DIAS TOFFOLI fez raciocínio semelhante, chegando ao mesmo resultado do Ministro TEORI ZAVASCKI:

“Diante 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 cominada, equivalente ao do maior percentual de avanço adotado para os outros delitos imputados ao mesmo réu.’

“Ressalto que não estou fazendo um juízo de valor a respeito das circunstâncias judiciais utilizadas na fixação das penas-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, parâmetros aritméticos, entre o mínimo e o máximo cominados, a serem utilizados na dosimetria do crime em questão. Partindo da análise do art. 59 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 de quadrilha (CP, art. 288), constato que





## **MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

existem aqueles que se inserem dentro dessa perspectiva trazida pelo eminente Ministro Teori Zavascki.

“Destaco os seguintes casos, por ordem de interposição dos embargos:

“(…)”

“4) Delúbio Soares de Castro (7º ED)

“4.1) Crime de Quadrilha – Cap. II (CP, art. 288) – mín. de 1 e máx. de 3.

“Pena-base fixada (1ª Fase): Pena do Relator – 2 anos e 3 meses.

“Percentual de aumento utilizado: 63% do intervalo entre o mín. e o máx.

“4.2) Crime de Corrupção Ativa – Cap. VI (CP, art. 333) – mín. de 2 e máx. de 12 (Lei nº 10.763/03)

“Pena-base fixada (1ª Fase): Pena do Relator – 4 anos.

“Percentual de aumento utilizado: 20% do intervalo entre o mín. e o máx.

“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, 20% – para majorar a pena-base (1ª fase) do embargante acarretaria a pena inicial de 1 ano, 4 meses e 24 dias de reclusão. Não sendo aplicada pelo Relator nenhuma causa de aumento ou diminuição de pena nas fases seguintes, essa seria a pena final para o delito” (fls. 64.157/64.163, grifamos).

Tal raciocínio, E. Tribunal, é consolidado na jurisprudência pátria. Vale citar importantes julgamentos do Superior Tribunal de Justiça que abordaram justamente a proporcionalidade na valoração das circunstâncias judiciais em casos de concurso material. Eis as decisões, uma delas até recente:

“1. A referência genérica à culpabilidade, desprovida de fundamentação objetiva, conduz à nulidade da decisão judicial neste ponto. Precedentes.

“2. A invocação genérica dos motivos e circunstâncias da prática do delito, relacionados ao elementos inerentes ao



## MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

tipo penal, não constitui fundamentação idônea para o incremento da pena-base.

“3. ‘Em sede de condenação pela prática de crimes em concurso material, se examinadas as circunstâncias judiciais num só contexto, impõe-se a fixação da pena-base na mesma linha quantitativa, pois a aplicação diferenciada afasta-se do princípio da proporcionalidade, relevante no processo de individualização da pena’ (REsp-264.042, Ministro Vicente Leal, DJ de 7.10.02).

“4. Ordem concedida para reduzir a pena-base dos três delitos ao mínimo legal e estabelecer a pena definitiva em 12 anos e 4 meses de reclusão, com 39 dias-multa, mantidas as demais condições do acórdão impugnado”<sup>4</sup>.

Mas a acertada fundamentação se encontra mesmo no precedente invocado naquele aresto:

“A questão é relevante, sabido que é ser a **individualização da pena** matéria entronizada em princípio de dignidade constitucional.

“Acentua-se no recurso que o Tribunal, ao **eleger a pena-base** para o crime de estelionato, fixou-a em **2 anos, o dobro do mínimo legal**, ao passo que no tocante ao crime de peculato foi fixada em **6 anos, o triplo do mínimo legal**.

“(…)

“Como visto, o Tribunal efetivamente, ao eleger a pena-base para o estelionato, fixou-a no dobro do mínimo legal. Todavia, quanto ao peculato, fixou-a no triplo do mínimo, sem explicar os motivos de tal exasperação.

“Ora, o processo de individualização da pena tem como uma das mais importantes fontes de orientação o princípio da proporcionalidade.

“O recorrente, por meio de artifícios fraudulentos, apropriou-se de valores de depósitos judiciais.

---

<sup>4</sup>. STJ, HC 174.850/PR, Rel. Min. CELSO LIMONGI, DJe 4.10.2010, grifamos.



## **MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

Posteriormente, restituiu tais valores. Não se vê da motivação circunstâncias que ensejariam a imposição de pena mais severa a um dos delitos.

“As circunstâncias judiciais examinadas na individualização das penas foram compreendidas num só contexto. Foram feitas referências aos seus maus antecedentes, por haver respondido a uma sindicância administrativa; afirmou-se sua boa conduta social, preocupado com a família e com a eficiência no trabalho e, no mais, teceu-se considerações sobre sua personalidade em razão da prática dos delitos.

“Todavia, não há qualquer consideração tendente a justificar a fixação de penas-base diferenciadas para punir os dois delitos. Houve quebra do princípio da proporcionalidade, passível de correção pela via do recurso especial, já que se trata de conferir ao preceito de lei federal a melhor exegese.

Impõe-se, assim, neste ponto, a correção da sanção imposta para ajustar a pena-base fixada para o crime de peculato na mesma linha adotada para o crime de estelionato, seja, o dobro da pena mínima cominada ao delito” (grifos nossos e do original).

No presente caso, embora tenha o voto condutor procedido à análise individualizada das circunstâncias judiciais de cada crime, não é difícil extrair de seu conteúdo que o contexto é único: a “conspuração do sistema representativo” e o fim de “dominar o poder político” do Partido dos Trabalhadores foram (segundo quem alega) o móvel não só da imaginada corrupção ativa, mas da própria quadrilha, cujo objetivo exclusivo (ainda segundo esta linha de raciocínio) era justamente o de “viabilizar o esquema criminoso de desvio de recursos públicos, bem como de compra de apoio político, pagamento de dívidas eleitorais passadas e financiamento de futuras campanhas daqueles que integravam o esquema” (fls. 57.919 e 57.922). É simplesmente impossível dissociar um delito do outro!



## **MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

E outra decisão daquela Colenda Corte Superior merece destaque, já que parece ter sido pensada para o caso dos autos:

“Se as circunstâncias judiciais que, concretamente, informaram a pena-base de um dos delitos, levaram a resposta penal a um determinado nível, então, a solução para a pena-base do outro, sem qualquer especificidade em sede de diretrizes judiciais, deve guardar certa proporcionalidade”<sup>5</sup>.

A semelhança com o resultado proposto pelos respeitáveis votos aqui invocados é incrível e comprova a sua pertinência:

“Já o recurso especial de Antonio Jairo de Palma Abreu, em parte, procede. A r. decisão condenatória de primeiro grau, em feito, fática e juridicamente, complexo, apresenta na parte da dosimetria e na escolha do regime inicial de execução da pena lapsos pertinentes à proporcionalidade e ao tratamento dado aos sentenciados.

“Primeiro, se a pena-base, para o delito de estelionato majorado foi fixada em 02 anos de reclusão (o mínimo é de 1 ano e o máximo é de 5 anos), não poderia, com as mesmas circunstâncias ou diretrizes judiciais (art. 59 do CP), fls. 1.081/1.087, sem qualquer alteração ou especificidade relevante, ensejar a pena-base (e final), de 2 anos e 8 meses de reclusão para o crime de quadrilha (art. 288 do CP), cujos limites são 1 a 3 anos. Para a primeira infração acima, estabeleceu-se a pena-base no ponto da semi-soma entre o mínimo (1 ano) e o médio (3 anos). Se o raciocínio fora – como deveria ter sido – o mesmo para a segunda infração (quadrilha), a pena-base (aí, final) deveria ter sido estabelecida em 1 ano e 6 meses de reclusão. O error iuris in iudicando é manifesto.

---

<sup>5</sup>. STJ, REsp 225.398/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 28.2.2000, p. 112.



## **MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

Conseqüentemente, a pena privativa de liberdade para o injusto indicado no art. 288 do CP deve ser, para o réu-recorrente, de 1 ano e 6 meses de reclusão. O total da pena (estelionato majorado e quadrilha) privativa de liberdade passa a ser, então, de quatro anos e dois meses de reclusão” (grifamos).

Afinal, E. Tribunal, a proporcionalidade na fixação da pena “se revela como sendo uma verdadeira garantia humana fundamental, uma vez que todo condenado possui o direito de obter uma pena justa, proporcional ao ato ilícito praticado e em sintonia com sua condição pessoal individualizada. Pois, na clássica afirmação de FRANZ VON LISZT, ‘a pena correta, a pena justa, é a pena necessária’”<sup>6</sup>.

Realmente, no caso dos autos, em aditamento ao seu voto, o eminente Revisor reitera seu inconformismo com a desproporcionalidade da pena:

“Por outro lado, na quadrilha, José Dirceu teve a sua pena-base aumentada em 75%. Por quê? Houve não só essa exacerbação inexplicável na primeira fase, como houve também, registrou-se, o *bis in idem*, que o Ministro Toffoli tão bem explicou. José Genoíno, na corrupção ativa, teve um aumento de 15%;na pena-base de quadrilha, o foi em 63%; e Delúbio, que teve a pena-base por corrupção ativa aumentada em 20%, acabou sendo apenado na quadrilha em 63%. Por que isso? Claro que isso foi para superar a prescrição, impor o regime fechado a determinados réus. Essa é a única explicação que encontro.

“(…) Quer dizer, houve uma desproporção inaceitável na fixação da pena-base de todos esses réus para exatamente superar a prescrição.

(…)

---

<sup>6</sup>. RICARDO AUGUSTO SCHMITT, *Sentença Penal Condenatória*, 3ª ed., Editora Jus Podivm, 2008, p. 70/71.



## **MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

“E acompanho, também, a solução dada por Sua Excelência com relação a todos esses outros réus que mencionei, porque aqui a evidência matemática ou aritmética, se quiserem, é claríssima. Como o Ministro Gilmar, que é um ilustre germanista, sabe muito bem, os alemães dizem: *Tatsachen sprechen*, os fatos falam por si só” (fls. 64.155/64.156, grifamos).

O eminente Ministro MARCO AURÉLIO, por sua vez, além de repelir a desproporcionalidade na fixação da pena-base, ainda se vê obrigado a recordar que o acusado não pode pagar pela morosidade da Justiça:

“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 eu 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. 64.169, grifamos).



## **MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

Ou seja, está clara a falta de proporcionalidade na fixação da pena-base para o delito de quadrilha ou bando.

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

“A sentença não é um ato de fé, mas um documento de convicção racionalizada e as fases do cálculo de pena devem ser muito claras para que defesa e Ministério Público tenham ciência do julgado e possam dele recorrer. O Réu, especialmente ele, não tem apenas o direito de saber por que é punido, mas, também, o direito de saber porque lhe foi imposta esta ou aquela pena.

Esse mesmo entendimento é também perfilhado por Gilberto Ferreira (‘Aplicação da Pena’, p. 66, 1995, Forense), para quem se mostra imprescindível que o magistrado sentenciante deixe muito claro, na concretização da pena imposta, qual o método, quais os critérios e quais as circunstâncias de que se valeu para a determinação final da pena a ser aplicada ao réu



## **MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

condenado: ‘Não se pode perder de vista, todavia, que o juiz, ao estabelecer a pena-base, deverá esclarecer a quantidade de pena que utilizou em relação a esta ou àquela circunstância. Não basta dizer, genericamente, que, levando em consideração tais e tais circunstâncias, fixou a pena-base em tanto (...)’” (fls. 58.663, grifamos).

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

“Cabe insistir, neste ponto, consideradas as razões precedentemente expostas, que a aplicação da pena, em face do sistema normativo brasileiro, não pode converter-se em instrumento de opressão judicial nem traduzir exercício arbitrário de poder, eis que o magistrado sentenciante, em seu processo decisório, está necessariamente vinculado aos fatores e aos critérios que, em matéria de dosimetria penal, limitam-lhe a prerrogativa de definir a pena aplicável ao condenado” (fls. 58.666).

Vale reiterar que na estipulação da pena para o crime de quadrilha, apenas três das oito circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal foram sopesadas em desfavor do embargante. E, no caso, a sanção imposta não só é mais do que o dobro da pena mínima, como também se aproxima da pena máxima, de três anos. Como lembrou o eminente Ministro MARCO AURÉLIO, quando discutia a punição para o réu CRISTIANO PAZ: “geralmente, reservamos essa aproximação [ao teto] àqueles casos em que há número maior de circunstâncias judiciais que se apresentem negativas” (fls. 58.778).





## **MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

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

A diferença entre as contas realizadas para os dois delitos gera perplexidade, já que revela a falta de proporcionalidade entre esses aumentos.

E ainda outro alerta do ilustre Revisor merece destaque, por sua total pertinência à questão ora em debate:

“Inovou-se, também, ao meu ver, com todo o respeito, no que tange ao superdimensionamento de certas penas, para evitar a prescrição, com o objetivo de afastar, ou de ultrapassar, ou de compensar a mora na prestação jurisdicional do Estado. Esse julgamento não tem precedentes, também, considerada a inaudita gravidade das penas corporais e pecuniárias aplicadas aos réus. Estes são alguns fatos distintivos que caracterizam este julgamento, e que – ao meu ver – o apartam de todos os demais já levados a efeito nesta colenda Corte” (fls. 59.548/59.549, grifamos).

Portanto, embora esteja o embargante convicto do acolhimento dos infringentes para desconstituir a injusta condenação por formação de quadrilha, não podia ele deixar de argüir a patente ilegalidade da reprimenda aplicada em resposta ao imaginado delito, até mesmo em homenagem aos eminentes Ministros que já reconheceram, concisa e irrepreensivelmente, a desproporcionalidade na fixação da pena-base.

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

**2. CONCLUSÃO**

O âmbito dos embargos infringentes é sabidamente restrito, não podendo superar os votos vencidos que os ensejam.

Assim o pedido ora formulado é no sentido da prevalência dos votos vencidos na ação penal, para que seja o embargante absolvido do crime do art. 288 do Código Penal, pelos fundamentos da petição antes apresentada, que faz parte integrante da presente.

Caso assim não delibere a Suprema Corte, pede-se subsidiariamente a prevalência dos votos vencidos em embargos declaratórios, para ajustar a fixação da pena para tal delito.

Com o acolhimento dos embargos infringentes o Supremo Tribunal Federal dará ao País mais uma demonstração de justiça, independência e humildade.

Pede deferimento.

Brasília, 11 de novembro de 2013.

ARNALDO MALHEIROS FILHO  
OAB/SP 28.454

FLÁVIA RAHAL  
OAB/SP 118.584

CELSO VILARDI  
OAB/SP 120.797

P:/Delúbio-Mensalão-Infringentes-Aditamento-final