

MEMORIAL PELO 5º DENUNCIADO

MARCOS VALÉRIO FERNANDES DE SOUZA.

AÇÃO PENAL nº 470-MG

TEMA: DOSIMETRIA DE PENAS

Eminentes Senhores Ministros do Supremo Tribunal Federal,

I – A grande de divergência entre a proposta de pena-base no voto do Ministro CÉZAR PELUSO e do voto do Ministro JOAQUIM BARBOSA.

1 – Nesta fase final do julgamento da Ação Penal nº 470, a defesa do 5º denunciado MARCOS VALÉRIO FERNANDES DE SOUZA apresenta este Memorial sobre a DOSIMETRIA DAS PENAS, apenas em virtude da **grande divergência** evidenciada entre a orientação adotada pelo Ministro CÉZAR PELUSO, quanto a dosimetria de penas proposta no item III. da denúncia (desvio de recursos públicos – condenações por peculato e corrupção ativa), e aquela outra orientação adotada pelo Ministro JOAQUIM BARBOSA, quanto a dosimetria de penas proposta no item IV (lavagem de dinheiro), que foi divulgada no *site* do STF, ao final de seu voto sobre este tópico do julgamento.

Enquanto o voto do Ministro CÉZAR PELUSO, magistrado de carreira com 45 anos de experiência na elaboração de sentenças penais, contém **proposta de fixação da pena base no mínimo legal** para os crimes de peculato e corrupção ativa (02 anos), o voto do Ministro JOAQUIM BARBOSA, para o crime de lavagem de dinheiro, cuja pena cominada varia de 03 a 10 anos de prisão, contém proposta de fixação da pena base em 06 anos e 06 meses, o que corresponde à **semi-soma do mínimo com o máximo**, o que era previsto na redação original do Código Penal de 1940 como a pena justa para o reincidente específico!

II – Critérios legais de fixação de pena:

2 – A Constituição da República determina que se proceda “a *individualização da pena*” (artigo 5º, inciso XLVI). Por isso, o Código Penal, sobre o tema da individualização da pena e, especialmente, sobre as circunstâncias judiciais para a fixação da pena base, estabelece o seguinte:

Fixação da pena

Art. 59. *O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário o suficiente para reprovação e prevenção do crime:*

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Critérios especiais da pena de multa

Art. 60. Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu.

Concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes

Art. 67. No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas **circunstâncias preponderantes**, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

Cálculo da pena

Art. 68. A **pena-base** será fixada atendendo-se ao critério do artigo 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Como se vê, pelo texto do artigo 59, são 08 (oito) as **circunstâncias judiciais** (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime e comportamento da vítima) que devem ser levadas em conta na fixação da pena base, sendo que são 03 (três) as **circunstâncias preponderantes**, conforme o artigo 67: motivos, personalidade e reincidência.

“Diante de vida pregressa irreprovável (réu primário e de bons antecedentes), o Juiz deve, tanto quanto possível e quase sempre o será, fixar a pena-base no mínimo previsto para o tipo, contribuindo, com isso, para a desejável ressocialização do condenado” (STF: RT 731/497).

III – Conceito de “maus antecedentes” e sua influência na fixação da pena base. Conduta social e personalidade do acusado.

3 – O Senhor Ministro JOAQUIM BARBOSA, em seu voto sobre dosimetria de penas (divulgado antecipadamente no *site* do STF), afirmou que fixava a pena base acima do mínimo legal, ao fundamento de que o 5º denunciado teria **“maus antecedentes”** afirmando que *“há contra MARCOS VALÉRIO ao menos onze ações penais, duas delas com sentença condenatória ... Por essa razão, considero que MARCOS VALÉRIO ostenta maus antecedentes”*.

Data máxima vênua, a mera existência de ações penais em andamento, todas **posteriores** aos fatos objeto desta Ação Penal 470, não pode servir de fundamento para consideração de *“maus antecedentes”*, com vistas à agravação da pena base, conforme jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal e orientação do Superior Tribunal de Justiça cristalizada na sua Súmula nº 444, em homenagem a **presunção de inocência**, que tem suporte na Constituição:

Artigo 5º:

Inciso LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

“Súmula nº 444 do STJ: É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena base”.

Fiel a esta orientação jurisprudencial, este Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente decidido neste sentido. No caso concreto, antes de 2003/2005 (época dos fatos objeto desta AP 470), o 5º denunciado MARCOS VALÉRIO não respondia a nenhum inquérito policial ou ação penal, e, por isso, deve ser tratado como **réu primário e sem antecedentes criminais**. Após a eclosão do chamado “escândalo do mensalão”, passou a sofrer implacável perseguição da Polícia Federal, da Receita Federal e do Ministério Público Federal, o que motivou a instauração de diversos procedimentos criminais e ações penais contra ele. Entretanto, o mesmo MARCOS VALÉRIO não tem nenhuma condenação penal definitiva. Nos dois casos citados pelo Ministro Relator, houve interposição de apelação para o TRF-1 contra as respectivas sentenças de primeira instância.

É deste Supremo Tribunal Federal o seguinte precedente da lavra do ilustre decano, Ministro **CELSO DE MELLO**, que sintetiza com clareza solar a orientação consagrada neste Excelso Pretório:

“A submissão de uma pessoa a meros inquéritos policiais, ou, ainda, a persecuções criminais de que não haja derivado qualquer título penal condenatório, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica para justificar ou legitimar a especial exacerbação da pena. Tolerar-se o contrário implicaria admitir grave lesão ao princípio constitucional consagrador da presunção de não-culpabilidade dos réus ou dos indiciados (CF, art. 5º, LVII). É inquestionável que somente a condenação penal transitada em julgado pode justificar a exacerbação da pena, pois, com ela, descaracteriza-se a presunção "juris tantum" de não-culpabilidade do réu, que passa, então - e a partir desse momento - a ostentar o "status" jurídico-penal de condenado, com todas as conseqüências legais daí decorrentes. Não podem repercutir contra o réu situações jurídico-processuais ainda não definidas por decisão irrecorrível do poder judiciário, especialmente naquelas hipóteses de inexistência de título penal condenatório definitivamente constituído.”
STF – HC nº68.465/DF – Relator Ministro CELSO DE MELLO – DJ 21/02/1992.

Neste mesmo sentido, lição do saudoso Professor de Direito Penal LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, então Ministro do Superior Tribunal de Justiça:

*A simples instauração de processo criminal ou de inquérito policial é insuficiente, impróprio mesmo, para recrudescer a pena. Um e outro são hipóteses de trabalho, cuja conclusão poderá demonstrar a inexistência do fato, negativa de autoria ou exclusão de ilicitude. Afronta, sem dúvida, o princípio da presunção de inocência (Const., art. 5º LVII) **STJ – RHC 1772-SP – Relator Ministro VICENTE CERNICCHIARO – J. 30.03.92.***

No caso concreto, observado o conceito de “*antecedentes*” ou de vida “*pregressa*”, isto é, o que vem **antes**, o que **antecede**, nada se pode apontar como negativa na conduta social e personalidade do denunciado MARCOS VALÉRIO, pois, considerada a data dos fatos (2003/2005), antes deles o mesmo não respondia a nenhum inquérito ou ação penal.

Ademais, respeitáveis profissionais ouvidos durante a instrução criminal, deram testemunho da **boa conduta social, profissional e familiar** do 5º denunciado junto à comunidade de Belo Horizonte: Alírio Soares Barroso Filho, fls. 21.259, José Eduardo Monteiro de Moura, fls. 21.260 e Jairo Azevedo, fls. 21.261 (vol. 98, Carta de Ordem de Belo Horizonte), além do Padre Décio Márcio Magela de Abreu, Pároco em Sete Lagoas, Minas Gerais (fls. 21.940 – vol. 101).

Várias destas testemunhas atestam o louvável comportamento social e personalidade elogiável do acusado MARCOS VALÉRIO, inclusive no apoio e assistência paterna ao filho menor que foi vítima de câncer, vindo a falecer após longo período de sofrimento.

IV – Inocorrência da agravante do artigo 62, inciso I. Suposta posição de liderança e comando do acusado. Limitação desta agravante ao crime de formação de bando ou quadrilha.

4 – Os votos proferidos nas diferentes “fatias” do julgamento pelo Ministro Relator evidenciam que os três sócios e diretores da SMP&B Comunicação Ltda. (Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach) agiam na empresa em conjunto, como disse repetidas vezes o Ministro JOAQUIM BARBOSA administravam a empresa “**a três mãos**”, sendo absolutamente divorciada da prova a afirmação de que MARCOS VALÉRIO exercia função de liderança no núcleo publicitário.

A classe política que compunha a base de sustentação do Governo do Presidente LULA, diante do início das investigações do chamado “mensalão”, a partir da primeira e famosa entrevista do então Presidente Nacional do PTB, hoje ex-deputado federal Roberto Jefferson, à jornalista Renata Lo Prete, no jornal Folha de S. Paulo, no início de junho de 2005, habilidosamente, deslocou o foco da mídia das investigações dos protagonistas políticos (Presidente LULA, seus Ministros, dirigentes do PT e partidos da base aliada e deputados federais), para o empresário mineiro MARCOS VALÉRIO, do ramo de publicidade e propaganda, absoluto desconhecido até então, dando-lhe uma dimensão que não tinha e não teve nos fatos objeto desta ação penal.

Quem não era presidente, ministro, dirigente político, parlamentar, detentor de mandato ou liderança com poder político, foi transformado em peça principal do enredo político e jornalístico, cunhando-se na mídia a expressão “*valerioduto*”, martelada diuturnamente, como forma de condenar, por antecipação, o mesmo, em franco desrespeito ao princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana.

Analisada a versão dada aos fatos na própria denúncia oferecida pelo Procurador Geral da República (PGR), o empresário MARCOS VALÉRIO seria, apenas, o *operador do intermediário* dos repasses de recursos

financeiros, sempre sob orientação do ex-tesoureiro do PT Delúbio Soares, a Partidos Políticos e parlamentares da base aliada do Governo Federal – segundo a mesma denúncia – com o objetivo de “*compra de suporte político de outros Partidos Políticos e do financiamento futuro e pretérito (pagamento de dívidas) das suas próprias campanhas eleitorais*”.

Assim, no *iter criminis* descrito na inicial, relevantes seriam as condutas dos interessados no suporte político “*comprado*” (Presidente LULA, seus Ministros e seu partido) e dos beneficiários financeiros (Partidos Políticos da base aliada), sendo o PT – Partido dos Trabalhadores o verdadeiro **intermediário** do “*mensalão*”.

É absurdo e injusto que o mero operador do intermediário seja a pessoa punida de forma mais severa nesta ação penal, ao lado do tratamento brando que se pretende dar aos verdadeiros chefes políticos e interessados diretos no esquema admitido pelos votos condenatórios proferidos.

Aliás, a circunstância agravante (art. 62, I, CP: *promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes*) **não foi descrita na denúncia** e nem pedida pelo MPF nas alegações finais, pois o Procurador Geral da República limitou-se a apontar o acusado JOSÉ DIRCEU como chefe da quadrilha ou organização criminosa.

Quanto ao núcleo publicitário, os três diretores da SMP&B sempre foram tratados no mesmo nível. Aliás, MARCOS VALÉRIO jamais dirigiu a atividade de CRISTIANO PAZ, que era fundador da SMP&B e seu “**Presidente**”, bem como jamais dirigiu a atividade de RAMON HOLLERBACH, que era sócio da empresa desde 1986 e seu diretor de operações. Duas pessoas que, por sua história na empresa e personalidades fortes, jamais seriam liderados pelo outro sócio e diretor, o acusado Marcos Valério.

No caso relativo à acusação de corrupção ativa envolvendo Henrique Pizollato, diretor do Banco do Brasil, quem assinou o cheque relativo ao repasse de cerca de trezentos mil reais ao mesmo foi CRISTIANO PAZ. E, no caso do contrato de publicidade com a Câmara, na execução do contrato, foi RAMON HOLLERBACH quem teve contatos com o diretor-geral e o diretor da Secom da Câmara.

Assim, não está de acordo com a versão admitida pelos votos condenatórios proferidos, que o acusado MARCOS VALÉRIO tenha agido como quem dirige a atividade dos demais sócios da SMP&B.

De qualquer sorte, caso se afirme que estava presente a agravante referida (art. 62, I, CP), **a mesma somente pode ter incidência uma única vez, quanto ao tipo da formação de bando ou quadrilha**. Não tem sentido, a mesma agravante ser aplicada em relação aos outros tipos penais objeto da condenação, não só por não estar a mesma caracterizada em relação a cada um deles, como para evitar um intolerável ***bis in idem***.

V – Conduta de réu colaborador. Direito a redução de pena.

5 – É relevante considerar, também, na dosimetria das penas, por quaisquer das infrações penais objeto das condenações, que o 5º denunciado, MARCOS VALÉRIO, desde o início das apurações dos fatos, teve decisiva atuação como “**réu colaborador**”, o que ficou evidente quando compareceu perante a Procuradoria Geral da República, prestou espontâneas e sucessivas **declarações** narrando os fatos [em 14 de julho de 2005 (fls. 355/360 – vol. 002) e em 02 de agosto de 2005 (Apenso 045, fls. 07/15)] e forneceu a **LISTA** de todas as pessoas que receberam recursos financeiros, indicadas pelo PT, por intermédio de Delúbio Soares (Apenso 045, fls. 22/25), sendo que entre os quarenta denunciados, não há um só **beneficiário** que ali não constasse, sendo de se registrar, ainda, que a Polícia Federal e o MPF, quer na fase do inquérito, quer no curso da ação penal, não apontaram nenhum beneficiário que não estivesse naquela lista, que foi, inclusive, acompanhada de documentos apresentados pelo acusado MARCOS VALÉRIO, a saber, comprovantes bancários e **recibos** (fls. 64/189 - Apenso 045).

Prestadas as declarações, fornecida a **LISTA** e entregues os documentos por MARCOS VALÉRIO na Procuradoria Geral da República, em 02 de agosto de 2005 (Apenso 045), o PGR no mesmo dia 02 de agosto de 2005 disparou dois ofícios dirigidos aos bancos citados requisitando informações e documentos bancários.

A partir da documentação encaminhada pelos bancos, obtida a partir das declarações espontâneas e dos dados fornecidos por Marcos Valério, o PGR ofereceu a denúncia.

Desta sorte, o 5º denunciado MARCOS VALÉRIO faz jus aos benefícios previstos na Lei nº 9.807/1999:

*Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade **ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal**, desde que dessa colaboração tenha resultado:*

*I - a **identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa**;*

*II - a **localização da vítima com a sua integridade física preservada**;*

*III - a **recuperação total ou parcial do produto do crime**.*

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

*Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na **identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá **pena reduzida de um a dois terços****.*

VI – Absurdo aumento de pena para evitar prescrição.

6 – A derradeiro cumpre registrar, o absurdo que seria o Supremo Tribunal Federal proceder a aumento de penas com o só propósito de evitar

prescrição. Afinal, este objetivo – evitar prescrição – não está previsto na lei penal como fundamento para se proceder a aumento de penas!

Os acusados não são responsáveis pela demora do andamento do processo. Especialmente, o acusado MARCOS VALÉRIO que foi o único denunciado que, desde a fase do inquérito, formulou reiterados pedidos de desmembramento do processo, que, entre outros objetivos, visava reduzir o número de acusados na ação penal e, conseqüentemente, reduzir o prazo de duração do processo.

De outro lado, como verbalizou o Ministro **MARCO AURÉLIO** o juiz, em caso de condenação, deve fixar a **pena justa**, não se admitindo que o magistrado agrave a pena a ser aplicada na sentença para evitar ocorrência de prescrição. O Ministro **GILSON DIPP**, do STJ, já teve oportunidade de afirmar: *“os réus submetidos à ação penal têm o direito subjetivo a uma prestação jurisdicional eficiente, que os livre da angústia de uma situação jurídica indefinida. Se o Judiciário não apresenta uma resposta mais ou menos ágil, não podem os processados ser penalizados com esta demora. A fixação da pena-base deve atender aos vetores insculpidos no art. 59 do CP, mesmo que venham a incidir os prazos da prescrição retroativa”* (RTJE 152/267).

Quando em junho de 2011, acolhendo pedido do Procurador Geral da República, o Ministro **JOAQUIM BARBOSA**, como relator, proferiu decisão concedendo prazo de trinta dias para o oferecimento das alegações finais da acusação e, após o decurso do prazo do Ministério Público, igual prazo de trinta dias para as defesas oferecerem suas alegações finais, todos os que acompanhavam esta AP 470, com conhecimentos de Direito Penal, ficaram certos de que o prazo de quatro anos, sem julgamento, seria atingido, como foi. Assim, desde aquele momento ficou clara a possibilidade legal de prescrição em relação a alguns dos crimes imputados na denúncia do PGR, se fixadas as penas no mínimo legal, como consta do voto sobre dosimetria das penas apresentado pelo Ministro **CÉZAR PELUSO**.

VII – Inaplicabilidade do “concurso material”. Caso de “continuidade delitiva” quanto aos diferentes tipos penais objeto das condenações.

7 – A derradeiro cumpre registrar que não tem qualquer sentido o acolhimento do pedido formulado pelo Ministério Público, para aplicação da regra do “concurso material” (artigo 69, CP), para multiplicação das condenações e soma de penas.

No caso concreto, as diferentes condutas objeto das condenações impostas pelo Pleno do STF foram praticadas, conforme a própria narrativa admitida nos votos vencedores, em **continuidade delitiva** (artigo 71, CP).

Todos os casos de **corrupção ativa e peculato**, como crimes contra a administração pública (mesma espécie) devem ser tratados como integrantes de **uma única série** de continuação, para fins de aplicação da regra do artigo 71 do Código Penal, pois, segundo a versão admitida pelos

votos condenatórios, faziam parte do esquema único destinado ao desvio de recursos e compra de apoio parlamentar no Congresso Nacional.

Em todos os casos, dos diferentes tipos penais objeto das condenações (corrupção ativa, peculato, lavagem de dinheiro, evasão de divisas) a reiteração das condutas era nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução e, por isso, devem sempre ser consideradas como **crime continuado**.

8 – Em resumo, a defesa do 5º denunciado MARCOS VALÉRIO pede sejam observadas com Justiça, as circunstâncias legais na dosimetria das penas.

Brasília, segunda-feira, 22 de outubro de 2012.

MARCELO LEONARDO
OAB/MG nº 25.328
defensor