

Introdução ao número especial sobre o caso “Mensalão”

Por Prof. Dr. Dr. h. c. Kai Ambos, Eneas Romero de Vasconcelos, M. Juris, Göttingen

A ZIS vem contribuindo para o debate da dogmática penal internacional e comparada ao discutir os principais problemas da doutrina e da jurisprudência penal e processual penal e a relação entre teoria e prática penal.¹ Dando seguimento ao debate sobre decisões de tribunais nacionais de grande relevância nacional e internacional, como ocorreu no especial da ZIS sobre o caso Fujimori,² o presente número trata, principalmente, da Ação Penal 470, o caso conhecido como “Mensalão”. O caso “Mensalão” foi o maior julgamento de corrupção da história do Brasil em que foram processados e condenados importantes políticos e membros do executivo e do legislativo federal do Brasil após decisão penal em última e única instância do Supremo Tribunal Federal (doravante STF), o mais alto Tribunal do Brasil.

I. Domínio do fato na jurisprudência brasileira

O caso “Mensalão” foi um episódio de corrupção no Brasil revelado ao público em 2005 durante o mandato do Presidente Lula. Na ocasião, o deputado Roberto Jefferson revelou que o governo federal estaria pagando clandestinamente um “salário” mensal (daí “Mensalão”) no valor de R\$ 30.000,00 para obter apoio em votações importantes na Câmara dos Deputados entre o final de 2002 e junho de 2005.

Segundo a Constituição Federal do Brasil (art. 102 alínea b e alínea c da CF), algumas autoridades federais dos três poderes (inclusive Ministros e membros do Congresso Nacional) possuem foro por prerrogativa de função em razão do qual os processos criminais contra essas autoridades serão julgados em primeira e única instância pelo STF. O caso foi então investigado sobre a supervisão do Procurador Geral da República, que, no final, apresentou denúncia imputando a membros da cúpula do governo federal (entre eles o Ministro Chefe da Casa Civil, José Dirceu) e a membros da cúpula do Partido dos Trabalhadores (o Presidente e o tesoureiro do Partido dos Trabalhadores), o denominado núcleo político, a criação de um grande esquema de corrupção para compra de apoio político de parlamentares da base aliada.

Para conseguir o dinheiro para financiar a compra ilícita de votos, os referidos membros do núcleo político atuaram perante empresários (núcleo financeiro) para oferecer vantagens financeiras concedidas por instituições públicas e privadas controladas direta ou indiretamente pelo Governo Federal em troca do repasse dos valores necessários para financiar o sistema de compra de votos.

O Procurador Geral da República denunciou 40 pessoas por diversos crimes como lavagem de dinheiro (art. 1 V, VI e VII da Lei 9.613/98), corrupção ativa (art. 333 do CP), corrupção passiva (art. 317 do CP), peculato (art. 312 do CP) e formação de quadrilha (art. 288 do CP). Em agosto de 2007, foi recebida a denúncia contra 40 acusados, dentre eles o Presidente da Câmara dos Deputados, João Paulo Cunha,

diversos deputados federais, o Ministro Chefe da Casa Civil e o Tesoureiro e o Presidente do Partido dos Trabalhadores.

A instrução criminal dos 40 réus foi muito demorada e complexa. Além da oitiva de todos os acusados, foram ouvidas mais de 600 testemunhas. Os autos do processo chegaram ao número de 51.615 páginas aos quais se somou ainda um acórdão de 8.405 páginas e outros acórdãos relativos ao julgamento de recursos para o mesmo tribunal, que reverteu parte do julgamento para alguns réus.³

Dos 40 acusados, um, José Mohamed Janene, teve extinta a sua punibilidade em razão da sua morte durante a instrução e um outro acusado, Sílvio José Pereira, teve extinta a sua punibilidade após cumprimento de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 para. 5 da Lei 9.099/95. O julgamento final, do qual participou o plenário do Supremo Tribunal Federal, foi feito pelo voto de todos os ministros do STF. Foi reconhecido cerceamento do direito de defesa por falta de intimação de seu advogado em relação ao réu Carlos Alberto Quaglia e, como o processo já estava sendo julgado em seu mérito e o referido réu não tinha foro por prerrogativa, o processo foi remetido para a 1ª instância da justiça federal para instrução. Os outros réus foram julgados no mérito, tendo sido absolvidos alguns dos réus, como os publicitários José Eduardo Cavalcanti de Mendonça (Duda Mendonça), Zilmar Fernandes Silveira, Luiz Gushiken (Secretário de Comunicação na data do crime) e Anderson Aduino Pereira (Ministro dos Transportes na data do crime).⁴

Dos 37 réus julgados no mérito, no final, 24 foram condenados e 13 absolvidos. A pena mais alta foi para o empresário e publicitário Marcos Valério Fernandes de Sousa, principal responsável pelo sistema de financiamento ilícito do esquema de corrupção, que foi condenado a uma pena de prisão de mais de 40 anos. Foram condenados importantes ocupantes de cargos públicos e políticos, dentre outros:

- 1. José Dirceu de Oliveira e Silva pelo crime de corrupção ativa (art. 333 do CP) e de formação de quadrilha (art. 288 do CP), Ministro Chefe da Casa Civil na época dos fatos, sendo posteriormente absolvido desse último crime em julgamento de Embargos Infringentes pelo próprio STF;
- 2. Delúbio Soares de Castro, Tesoureiro do PT na data do cometimento dos crimes, pelo crime de corrupção ativa

³ Para o inteiro teor do acórdão, ver <http://s.conjur.com.br/dl/ap470.pdf> (13.6.2014). Para uma versão resumida, ver <http://s.conjur.com.br/dl/ementa-acordao-mensalao.pdf> (13.6.2014).

⁴ 9 outros acusados também foram absolvidos: Paulo Rocha (ex-deputado federal), Luiz Carlos da Silva, conhecido como Professor Luizinho (ex-deputado federal), José Luiz Alves, João Magno (ex-deputado federal), Anita Leocádia, Antônio de Pádua de Souza Lamas, Ayanna Tenório Torres de Jesus, Geiza Dias dos Santos e João Cláudio Genu (absolvido em um novo julgamento após o deferimento de Embargos Infringentes e beneficiado também pela prescrição).

¹ Rotsch, ZIS 2009, 89.

² ZIS 2009, 549-690.

(art. 333 do CP) e de formação de quadrilha (art. 288 do CP), sendo posteriormente absolvido desse último crime em julgamento de Embargos Infringentes pelo próprio STF;

- 3. José Genoíno Neto, Presidente do PT na época do fato, pelo crime de corrupção ativa (art. 333 do CP) e de formação de quadrilha (art. 288 do CP), sendo posteriormente absolvido desse último crime em julgamento de Embargos Infringentes pelo próprio STF;
- 4. João Paulo Cunha, Presidente da Câmara dos Deputados na época do crime, pelo crime de corrupção passiva (art. 317 do CP), peculato (art. 312 do CP) e lavagem de dinheiro (art. 1 V, VI e VII da Lei 9.613/98), sendo posteriormente absolvido desse último crime em julgamento de Embargos Infringentes pelo próprio STF.

A complexidade e a extensão da decisão impedem uma análise mais detalhada do caso. No presente número da ZIS serão discutidos, porém, relevantes aspectos procedimentais e materiais do acórdão e do processo do STF.

II Aspectos procedimentais e probatórios no caso “Mensalão”

No presente número da ZIS, foram analisados aspectos procedimentais e probatórios. Nesse sentido, *Eneas Romero de Vasconcelos* discorrerá sobre o papel do Supremo Tribunal Federal enquanto tribunal penal e o devido processo legal o direito ao fair trial e a ser ouvido.

Em seu artigo, o *autor* questionará o papel do STF como Corte Penal. Apesar de todos os Ministros do STF no caso “Mensalão” atuarem como juízes penais, nenhum deles ouviu diretamente qualquer dos acusados ou das testemunhas, que foram ouvidos por delegação por outros juízes. Esse procedimento contaria o procedimento processual penal aplicado aos demais acusados para os quais vigoram os princípios da oralidade e da imediação, que somente excepcionalmente poderiam não serem aplicados. O direito a ser ouvido durante a instrução pelo mesmo juiz que julgará o caso além de estar protegido pelo CPP ainda é reconhecido como um direito decorrente dos tratados de direitos humanos vigentes no Brasil, como a CADH e o CICP. Last but not least, o procedimento adotado pelo STF também reduz a capacidade de cognição probatória e pode interferir no resultado do julgamento. O *autor* defende, então, que o STF, enquanto Corte Penal, deverá nos casos futuros colher diretamente todas as provas, inclusive as testemunhais, segundo o princípio da oralidade e da imediação por razões normativas e epistêmicas. Este artigo será publicado em um dos próximos números da ZIS.

*Marcos Zilli*⁵ analisou o valor probatório dos depoimentos colhidos em CPI no caso “Mensalão” em artigo intitulado: “O convencimento judicial em face dos depoimentos colhidos durante as atividades de Comissão Parlamentar de Inquérito, Uma análise à luz da Ação Penal 470.”

Nesse artigo, foram examinadas “as implicações decorrentes do aproveitamento da prova oral obtida no curso das

atividades das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI) quando do julgamento da ação penal 470, pelo Supremo Tribunal Federal. A partir da Lei 11.690/2008, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal de 1941, distinguiram-se as ‘provas’ dos ‘elementos informativos’. As primeiras são obtidas em contraditório judicial, enquanto as últimas são colhidas na fase preliminar do inquérito sem, portanto, a participação das partes. O juiz pode valer-se das provas para o seu convencimento, porém, não pode fundar-se, exclusivamente, nos elementos informativos. A prova testemunhal colhida perante a CPI é elemento informativo, se e quando, o inquérito parlamentar tiver subsidiado a acusação promovida pelo Ministério Público. De qualquer modo, em razão dos princípios da oralidade, da imediação e do contraditório, deverá o depoimento ser repetido em juízo, prevalecendo a narrativa aqui apresentada quando em confronto com os relatos fornecidos perante a CPI.”

III A teoria do direito penal e o caso do mensalão: a teoria do domínio do fato e o aparato organizado de poder no caso “Mensalão”

Um dos pontos mais discutidos no julgamento do caso “Mensalão” foi a aplicação da teoria do direito penal e a aplicação das teorias relativas à autoria e à participação. Diferentemente da Alemanha, o Brasil adota uma teoria unitária e um conceito extensivo de *autor*, segundo o qual “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.” (Art. 29 do CP). Distingue-se o *autor* do partícipe (um *autor* de menor importância) apenas para fins de diminuição da pena no momento da dosimetria da pena, pois segundo o Art. 29 para. 1 do CP “Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.” Nesse sentido, é questionável a transplantação da teoria do domínio do fato por aparato organizado de poder que provém do sistema jurídico alemão em que há clara distinção entre autor e partícipe em que o Código Penal distingue expressamente entre autor (Täter, § 25 StGB), instigador (Anstifter, § 26 StGB) e cúmplice (Gehilfe, § 27 StGB). Dois artigos analisaram o caso “Mensalão” a partir dessa perspectiva.

*Pablo Rodrigo Alflen*⁶ analisou o “Domínio do fato como critério de delimitação da autoria e a Ação Penal N. 470 do STF”. O *autor* sustenta que “a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Penal n. 470/MG, não adotou a teoria do domínio final do fato, desenvolvida por *Welzel*, nem a teoria do domínio do fato, desenvolvida por *Roxin*, mas sim, utilizou uma anomalia resultante da conjugação dos critérios de ambas as concepções, o que conduziu a uma absoluta contradição.” *Alflen* conclui, então, que “tal equívoco foi decorrente da própria dificuldade que a doutrina brasileira apresentou no tocante à compreensão de ambas as concepções e de suas diferenças, o que, inevitavelmente, se refletiu em uma decisão absolutamente incorreta.”

*Luís Greco e Alaor Leite*⁷ trataram da recepção da teoria do domínio do fato e do domínio por meio de um aparato

⁵ *Zilli*, ZIS 2014, 264.

⁶ *Alflen*, ZIS 2014, 274.

⁷ *Greco/Leite*, ZIS 2014, 285.

organizado de poder e o seu reconhecimento no julgamento do mensalão pelo STF no caso de corrupção em artigo intitulado: “Die „Rezeption“ der Tat- und Organisationsherrschaft im brasilianischen Wirtschaftsstrafrecht – Anmerkungen zur Beteiligungsdogmatik im Urteil des brasilianischen Obersten Bundesgerichts über den Korruptionsskandal in der Bundesregierung („Mensalão-Fall“, Ação Penal Nr. 470, Supremo Tribunal Federal)”.

Após criticar o método de decisão do STF (em que todos os Ministros apresentam votos individuais em cada caso), a dificuldade de compreender a *rationale* da decisão e a transplantação do direito estrangeiro usado como argumento retórica e não como fundamento do acordo, *Alaor Leite* e *Luis Greco* criticam a utilização da teoria do domínio do fato por aparato organizado de poder no caso “Mensalão” e a imputação de responsabilidade penal em crimes de ação dolosos derivada de posições estruturais sem uma ação ou omissão ou dolo que a fundamente.

IV. Conclusão

O bom funcionamento do sistema de justiça penal é importante para o Estado de Direito e a consolidação da Democracia em qualquer país. O direito comparado é um importante instrumento para o desenvolvimento dos ordenamentos jurídicos nacionais e do direito internacional. A transplantação do direito internacional deve ser feita, contudo, com muita cautela e com bastante rigor científico para que o direito comparado, mais do que um mero instrumento de retórica, contribua efetivamente para um sistema que responsabilize rápida e efetivamente os autores de crimes de corrupção e ao mesmo tempo respeite integralmente os direitos humanos e o direito internacional.