

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA,
PRESIDENTE DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
E RELATOR DA AP 470**

JOSÉ ROBERTO SALGADO, por seus defensores infra-assinados e à base dos preceitos inscritos nos artigos 8º, item 2, alínea *b*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, conjugado com o artigo 5º, §2º, da Constituição da República, e 333, inciso I, do RISTF, vem opor **EMBARGOS INFRINGENTES** ao v. acórdão proferido no julgamento da *Ação Penal* em epígrafe, e ao qual se incorpora o lavrado nos embargos declaratórios a ele opostos, nos pontos em que se estabeleceu divergência minoritária em prol do ora embargante, pelas razões aduzidas nas laudas anexas.

Termos em que, juntando-se, para os devidos e oportunos fins e efeitos de direito,

Pede deferimento.

Brasília, 10 de novembro de 2013.



Márcio Thomaz Bastos
OAB/SP – 11.273

Maíra Beauchamp Salomi
OAB/SP – 271.055

EMBARGOS INFRINGENTES DE JOSÉ ROBERTO SALGADO

Colendo Supremo Tribunal Federal

Excelentíssimos Senhores Ministros

“Mas, se neste ir e vir contínuo e nesse incessante mudar giram todos os viventes, como todas as coisas, não haverá, talvez, nenhum domínio da vida, em que tanto suba de ponto a instabilidade, quanto nessas incomensuráveis regiões onde impera o direito, nas circunstâncias que o realizam, nos elementos que o definem, nas fórmulas que o regem, nas interpretações que o esclarecem, nas soluções que o aplicam. Por isto, não muda somente a jurisprudência nacional, com o variar dos tribunais, não muda só a de cada tribunal com a mudança de seus membros, senão também a de cada juiz, muitas vezes, na mesma causa, de um a outro julgamento, e não raras com toda a razão; pois justamente para isso é que a lei nos assegura, não só as apelações, de uma a outra instância, mas os embargos, decididos pelo mesmo magistrado, a cuja sentença as opomos”¹

“Onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para a debelação da injustiça; este, o princípio fundamental de todas as Constituições livres.”²

I. QUADRO PROCESSUAL CONCERNENTE AO ORA EMBARGANTE E OBJETO DO RECURSO

Ao cabo de julgamento que consumiu praticamente cinco meses, **decretou** essa augusta Suprema Corte:

*i) “O Tribunal, **concluindo** o julgamento quanto ao **item V** da denúncia, julgou **procedente** a ação para **condenar**, por unanimidade, pela prática do*

¹ RUI BARBOSA. “Questão Minas x Werneck” (1918). Obras Completas, vol. XLV, t. 5.

² RUI BARBOSA. Obras Completas, v. XIX, t. 3, 1892. P. 42.

delito previsto no caput do **art. 4º da Lei nº 7.492/86**, os réus **Kátia Rabello e José Roberto Salgado (...)**”;

ii) “Concluindo o julgamento quanto ao item IV da denúncia, o Tribunal julgou *procedente* a ação para *condenar* pelo delito de *lavagem de dinheiro* os réus Marcos Valério Fernandes de Souza, Ramon Hollerbach Cardoso, Cristiano de Mello Paz, Simone Reis Lobo de Vasconcelos, José Roberto Salgado e Kátia Rabello, por unanimidade (...)”;

iii) “Apreciando o item VIII da denúncia, o Tribunal, preliminarmente, rejeitou a emendatio libelli suscitada nas alegações finais do Procurador-Geral da República. A Ministra Rosa Weber votou no sentido de não conhecê-la. No mérito, o Tribunal proclama provisoriamente que *julgou procedente* em parte a ação para *condenar* os réus Marcos Valério Fernandes de Souza, Ramon Hollerbach Cardoso, Simone Reis Lobo de Vasconcelos, por unanimidade, pelo crime de *evasão de divisas* previsto na primeira parte do parágrafo único do artigo 22 da Lei nº 7.492/1986, ocorrido 53 vezes em continuidade delitiva, e, pelo cometimento do *mesmo delito* verificado 24 vezes em continuidade delitiva, *condenar, por maioria*, os réus Kátia Rabello e José Roberto Salgado, *vencida* a Ministra Rosa Weber (...)”;

iv) “Prosseguindo no julgamento quanto ao item II da denúncia, o Tribunal, *por maioria*, julgou *procedente* a ação para *condenar* pelo delito de *formação de quadrilha* (art. 288 do Código Penal) os réus José Dirceu de Oliveira e Silva, Delúbio Soares de Castro, José Genoíno Neto, Ramon Hollerbach Cardoso, Cristiano de Mello Paz, Rogério Lanza Tolentino, Simone Reis Lobo de Vasconcelos, José Roberto Salgado, Kátia Rabello e Marcos Valério Fernandes de Souza, *vencidos* os Ministros Ricardo Lewandowski (Revisor), Rosa Weber, Cármen Lúcia e Dias Toffoli (...)”;

v) “Prosseguindo no julgamento, com relação ao réu **José Roberto Salgado**, pelo cometimento do delito de **formação de quadrilha** (art. 288 do CP), descrito no **item II** da denúncia, o Tribunal fixou a pena em **2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão**, nos termos do voto do Ministro Joaquim Barbosa (Relator), **não** havendo participado da votação os Ministros Ricardo Lewandowski (Revisor), Rosa Weber, Cármen Lúcia e Dias Toffoli; pelo cometimento do delito de **lavagem de dinheiro** (art. 1º, incisos V e VI, da Lei nº 9.613/1998), descrito no **item IV** da denúncia, o Tribunal fixou a pena em **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, vencidos** em parte os Ministros **Revisor, Rosa Weber e Dias Toffoli** e, em **maior extensão**, o Ministro **Marco Aurélio**, e fixou em 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor de 10 (dez) salários mínimos cada, tudo nos termos do voto do Relator; pelo cometimento do delito de **gestão fraudulenta** (art. 4º, caput, da Lei nº 7.492/1986) descrito no **item V** da denúncia, o Tribunal fixou a pena em **4 (quatro) anos de reclusão, vencidos** em parte os Ministros **Revisor, Rosa Weber, Dias Toffoli e Cármen Lúcia**, e em 120 (cento e vinte) dias-multa, no valor de 10 (dez) salários mínimos cada, **vencidos** em parte os Ministros **Revisor e Cármen Lúcia**, tudo nos termos do voto do Relator; e, pelo cometimento do delito de **evasão de divisas** (art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/1986), descrito no **item VIII** da denúncia, o Tribunal fixou a pena de reclusão em **4 (quatro) anos e 7 (sete) meses, vencidos** em parte os Ministros **Revisor, Dias Toffoli e Marco Aurélio**, e, quanto à pena de **multa**, fixou-a em 100 (cem) dias-multa, no valor de 10 (dez) salários mínimos cada, tudo nos termos do voto do Relator, **vencido** em parte o Ministro Revisor, **não** havendo participado da votação a Ministra **Rosa Weber (...)**”³

Manejados embargos declaratórios, “ante os votos ora reajustados, o Tribunal proclama que, por maioria, rejeitou os embargos de declaração, **vencidos** os Ministros Teori Zavascki, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Dias Toffoli quanto à

³. DJe 74/2013, divulgação 19/04/2013, publicação 22/04/2013, páginas 41/46. Realces gráficos pela transcrição.

fixação da pena base pelo delito de formação de quadrilha. Presidência do Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 05.09.2013.”⁴

Este, no essencial, o quadro jurídico-processual em face do qual opõe o acusado JOSÉ ROBERTO SALGADO os presentes embargos infringentes, aspirando e esperando vê-los processados e ao final providos para que prevaleçam as relevantes teses a ele favoráveis até agora minoritariamente sufragadas.

Antes, porém:

II. AS MÚLTIPLAS E INCOERCÍVEIS CAUSAS DETERMINANTES DO CABIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES EM AÇÃO PENAL DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL INDEPENDENTEMENTE DA QUALIFICAÇÃO NUMÉRICA DA DIVERGÊNCIA PRÓ-RÉU

Por votação majoritária, proclamou o Pleno desse colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do 26º Agravo Regimental na AP 470, a vigência e a eficácia do preceito que, esculpido no *caput* do artigo 333 do RISTF, contempla, em conjunto com seu inciso I, o cabimento do recurso de embargos infringentes contra “*decisão não unânime do Plenário ou da Turma: I – que julgar procedente a ação penal*”.

Certo é haverem alguns dos insignes Ministros que assim votaram (*v.g.*: CELSO DE MELLO e LUÍS ROBERTO BARROSO) assinalado

⁴. *DJe* 200/2013, divulgação 09.10.2013, publicação 10/10/2013, pg. 27.

condicionar-se a admissibilidade do recurso em tela, em hipótese tal (decisão condenatória do Plenário em ação penal), ao **específico – e heteróclito** – requisito de, ao menos, **quatro votos** divergentes em benefício do acusado (parágrafo único do art. 333 do RISTF).

A partir, entretanto, das **razões por eles próprios perfiladas**, em especial no que concerne à recepção do artigo 333, I, do RISTF pela atual Constituição da República, à consagração, pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José, do **direito de recorrer como garantia mínima de todo e qualquer acusado** e à intelecção de que o “(...) *Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos (...)*”⁵, manifesta irrompe a ineficácia da supracitada norma regimental. Tanto mais, porque, ao fixar – e justamente em caso de condenação criminal proferida em única e última instância – pressuposto recursal adicional, restringe em larga medida, quando não, a rigor, a suprime mesmo, sobredita prerrogativa processual mínima.

II.1. A INSUBSISTÊNCIA, NA ORDEM JURÍDICO-CONSTITUCIONAL, DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 333 DO RISTF

Ao esquadrihar o tema da recepção da norma regimental inserta no artigo 333, *caput* e inciso I, do RISTF – editada sob a égide de Lei Fundamental que outorgava ao STF “*poder normativo primário*” em matéria

⁵. Voto Ministro CELSO DE MELLO no 26º Agravo Regimental, pg. 29.

processual – pela superveniente Constituição de 1988, o eminente Ministro CELSO DE MELLO – não sem antes enfatizar “(...) *que o direito ao recurso qualifica-se* como prerrogativa jurídica *intimamente vinculada* ao direito do interessado à observância e ao respeito, **pelo Poder Público**, da fórmula inerente ao “*due process of law*”, **consoante adverte expressivo magistério doutrinário** (...), **valendo observar, ainda, que alguns autores situam o direito de recorrer na perspectiva** da Convenção Americana de Direitos Humanos, **como o faz GERALDO PRADO** (...), **ou, até mesmo, invocam, como suporte dessa prerrogativa fundamental**, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a que o Brasil aderiu em 1992 (...)”⁶ – pontuou:

“**Com a superveniência** da Constituição de 1988, o **art. 333, n. I**, do RISTF **foi recebido**, *pela nova ordem constitucional*, com força, valor, eficácia e autoridade de lei, **o que permite conformá-lo à exigência** fundada *no postulado da reserva de lei*.”

Não se pode desconhecer, *neste ponto*, **que se registrou, na espécie, com o advento** da Constituição de 1988, **a recepção**, *por esse novo estatuto político*, **do mencionado** preceito regimental, veiculador de norma de direito processual, **que passou, a partir** da vigência da **nova** Lei Fundamental da República, *como já assinalado*, **a ostentar** força, valor, eficácia e autoridade **de norma legal**, **consoante tem proclamado a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal (**RTJ 147/1010**, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI – **RTJ 151/278 - 279** , Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RTJ 190/1084**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

O fenômeno da recepção, *bem o sabemos*, **assegura a preservação** do ordenamento infraconstitucional existente **antes** da vigência do **novo** texto fundamental, **desde que com este guarde relação de**

⁶. Página 09 do voto proferido no 26º Agravo Regimental na AP 470.

estrita fidelidade no plano jurídico-material, em ordem a garantir a prevalência da continuidade do direito, pois, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, “a Constituição, por si só, não prejudica a vigência das leis anteriores (...), desde que não conflitantes com o texto constitucional (...)” (RTJ 71/289-293).

Esta Suprema Corte, **fazendo aplicação** do mecanismo da recepção, **proclamou permanecerem válidas e eficazes** as regras ordinárias anteriores à Constituição, “desde que não contrastantes com os seus princípios e normas, ou com o seu espírito” (RTJ 77/657-659).⁷

Ou seja, exatamente o **inverso** do que *prima facie* se vê no tocante ao **parágrafo único** do artigo 333 do RISTF, eis que a **singular**, por demais **restritiva** e, portanto, **excepcional** condição de admissibilidade – “quórum minoritário qualificado” (quatro votos divergentes) – por ele instituída para os embargos infringentes contra decisão do Plenário **mistura-se**, na subsequente definição da hipótese de exceção, com modalidade de “**juízo criminal**” – “**sessão secreta**” – radicalmente **contrastante** com explícito mandamento constitucional:

“**todos** os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário **serão públicos**, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, **podendo** a lei **limitar a presença** em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, e, casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”⁸

⁷. Páginas 17/18 do voto anteriormente mencionado. Alguns destaques gráficos pela transcrição.

⁸. Artigo 93, IX, na redação determinada pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Destarte e se, por força de sobredito imperativo constitucional, o **único** critério informativo (julgamento em sessão secreta) da igualmente **única** distinção, em **todo** o ordenamento jurídico, entre expressão numérica da votação **minoritária** para efeito de cabimento dos embargos **infringentes**, **não** sobrevive, a **exigência** de **quatro votos divergentes** – **extravagante**, com efeito, visto que **jamais** agasalhada por **qualquer outro** normativo atinente à espécie recursal em pauta⁹, mas com ela (“sessão secreta”) desde sempre imbricada pelo RISTF¹⁰ – resulta **gravemente mutilada** na perspectiva de sua **higidez lógico-jurídica** e, por conseguinte, **desprovida** de **vigência material**, de **eficácia**.

A valer, na decisão pela qual negou seguimento aos embargos infringentes opostos pelo codenunciado DELÚBIO SOARES e contra qual interpôs ele o 26º Agravo Regimental na AP 470, o próprio relator, eminente Ministro JOAQUIM BARBOSA, reportando-se a “dispositivos regimentais ultrapassados”, averbou:

“Mesmo tendo sido recepcionado como lei ordinária, o Regimento Interno do STF vem sendo constantemente alterado por esta Corte, já havendo mais de 47 emendas regimentais. E essa revisão deve continuar, **tendo em vista a existência, ainda hoje, de inúmeros dispositivos regimentais manifestamente ultrapassados (...). O próprio dispositivo regimental que abriga o recurso ora reivindicado ainda faz alusão a julgamento secreto, o que é, **no mínimo, uma obsolescência**” (Nossos os reais gráficos).**

⁹. Todos requestam **apenas** decisão “*não unânime*” ou por “*maioria de votos*”, **sem** qualquer referência a número **mínimo**.

¹⁰. Desde o **primogênito** dispositivo sobre o tema: **artigo 333** do Regimento Interno de 15/10/1980 (*DJ* de 27/20/1980, vigência 1º de dezembro de 1980), cujo **parágrafo único** aludia a **três** – e não quatro – **votos**.

Só que o “*dispositivo que ainda faz alusão*” à “*obsolescência*” do “*julgamento secreto*” NÃO é o que “*abriga o recurso ora reivindicado*” (art. 333, *caput* e inciso I), MAS o que, concebendo singular exceção, o confrange (parágrafo único do art. 333).

Esta, uma das ponderosas razões pelas quais FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, sem dúvida e sem favor um dos mais provetos e consagrados processualistas brasileiros, produziu espessa e densa doutrina sobre o tema:

“Os embargos na Suprema Corte

A Suprema Corte não os conhecia, mesmo porque pressupunham decisão não unânime dos julgamentos da apelação e do recurso em sentido estrito, recursos estranhos a essa Augusta Corte. Contudo, a Carta Constitucional de 1969, no seu art. 119, § 3º, alínea c, conferiu-lhe atribuição normativa primária para prever em seu regimento interno “o processo e o julgamento dos feitos da sua competência originária e recursal”, poderes estes reafirmados pela EC 7/77. Em face dessa atribuição normativa constitucionalmente conferida à Suprema Corte, esta, **no seu Regimento Interno, elaborado em 1980, com a redação dada pela Emenda Regimental n. 2, de 1985**, trouxe algumas **inovações importantes**:

- a) aumentou de dois para cinco dias o prazo para a interposição dos embargos declaratórios;
- b) estabeleceu procedimento para as ações penais originárias bem diverso do previsto nos arts. 556/562 do CPP, posteriormente revogados pela Lei n. 8.038/90; e, **finalmente**,

c) no art. 333, estabeleceu: “Cabem embargos infringentes à decisão não unânime do Plenário ou da Turma: I) que julgar procedente a ação penal; II) que julgar improcedente a revisão criminal; III) que julgar a ação rescisória; IV) que julgar a representação de inconstitucionalidade; V) que, em recurso criminal ordinário, for desfavorável ao acusado”.

A hipótese prevista no inciso IV foi revogada pelo art. 26 da Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade de 10-11-1999, que nessa hipótese não admite embargos infringentes, pouco importando se a decisão foi ou não unânime.

Embora o caput do art. 333 do RISTF estabeleça a oponibilidade de embargos infringentes quando nas hipóteses retrocitadas a decisão do Plenário ou da Turma não for unânime, seu parágrafo único dispõe: “O cabimento dos embargos, em decisão do Plenário, depende da existência, no mínimo, de quatro votos divergentes, salvo nos casos de julgamento criminal em sessão secreta”.

Quando o caput fala em decisão não unânime, o parágrafo único, que deve manter estrita relação com o artigo a que está atrelado, esclarece que não haverá unanimidade, se do Plenário a decisão, quando houver quatro votos divergentes. E o mesmo parágrafo ainda excepciona: “salvo nos casos de julgamento criminal em sessão secreta”. Assim, se a competência fosse da Turma, bastaria um voto divergente para que se pudesse opor embargos infringentes. A divergência de quatro votos, por óbvio, somente poderia ocorrer quando o julgamento estivesse afeto ao Plenário, a menos que a decisão fosse realizada secretamente, mesmo porque, nessa hipótese, não se poderia saber quantos divergiram.

Essa a disposição do RISTF elaborado em 1980, com a redação dada pela Emenda Regimental 2, de 4/12/1985.

Todavia, tendo a nossa *Lex Mater* de 1988, no art. 93, IX, proclamado que **todos** os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão **públicos**, podendo a lei, em determinados casos, estabelecer uma publicidade restrita, **não** permitindo, assim, julgamento **secreto** – a menos que o próprio Pacto Fundamental (que pode excepcionar a si próprio) autorize –, como é a hipótese do Tribunal do Júri, e cabendo ao Plenário o julgamento das ações penais originárias, **como deverá proceder hoje, uma vez arredada a exceção do julgamento secreto?**.

Quando o julgamento das ações penais originárias era secreto, a divergência podia ocorrer, mesmo que um dos eminentes Ministros divergisse dos demais, porque a sessão era secreta e não se podia quantificar os votos divergentes.

Hoje, como os julgamentos devem ser públicos – apenas com aquela ressalva de que a lei poderá limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados ou somente a estes, como o fez, também, o legislador ordinário, no art. 12, II, da lei 8.038/90 –, **pergunta-se: se no julgamento das ações penais originárias, em que, com a divergência apenas de um voto, os embargos eram oponíveis, à dicção da última parte do parágrafo único do art. 333 do RISTF, em face do segredo do ato, como deve ser atualmente?** Dever-se-á manter aquela excepcionalidade, arredando-se apenas a sigilação?

Aqui podem surgir **duas correntes**:

a) como a sessão era secreta e havia impossibilidade de saber se quatro ou menos Ministros dissentiram dos demais, natural a ressalva. Agora, como a sessão é pública, há de vigorar a primeira parte do parágrafo único: “O cabimento dos embargos, em decisão do Plenário, depende da existência, no mínimo, de quatro votos divergentes”;

b) observe-se que a regra geral está contida no caput do art. 333 do RISTF: cabem embargos infringentes à decisão não unânime do Plenário ou da Turma: I) que julgar procedente a ação penal; II) que julgar improcedente a revisão criminal; III) que julgar a ação rescisória; IV (revogado) e V) que, em recurso criminal ordinário, for desfavorável ao acusado. Contudo, o parágrafo único, na sua parte inicial, exigiu uma divergência qualificada (quatro votos) quando a decisão fosse do Plenário, salvo se o julgamento devesse ocorrer secretamente.

Embora o Pacto Fundamental de 1988 houvesse recepcionado o Regimento Interno da Suprema Corte no que respeitava ao seu poder de estabelecer normas atinentes ao processo e julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal, excluindo apenas a realização de sessões secretas, o certo é que, com o advento da lei 8.038/90, o quorum qualificado para a rescisória e revisão criminal passou a ser o da legislação processual em vigor (veja-se, a propósito, a questão de ordem suscitada nos embargos infringentes em ação rescisória 1.178-3/034-SP, Relator Min. Néri da Silveira), ficando sem sentido apenas sua exigência no julgamento das ações penais originárias; a uma, porque a regra geral é a do caput do art. 333 do RISTF (cabem embargos infringentes à decisão não unânime do Plenário ou da Turma) e a duas, porque o recurso de embargos infringentes, além de ser privativo da Defesa, pressupõe réu ainda não definitivamente condenado.

Ora, se a lei 8.038/90 não exige a dissidência de quatro votos da decisão do Plenário quando em julgamento o v. acórdão que indeferiu a revisão criminal (que pressupõe decisão condenatória transitada em julgado), com muito mais razão não poderá exigir

no julgamento daquele ainda não definitivamente condenado. É como penso (...)"¹¹

E mais:

“Como nos julgamentos **secretos** bastaria um voto dissidente para que **pudessem** ser opostos os **embargos infringentes**, e sendo este recurso **exclusivo da Defesa**, a nosso juízo, dever-se-á aplicar a regra do caput, que se consoa com a regra do parágrafo único do art. 609 do CPP e se harmoniza com o princípio da ampla defesa, dogma constitucional e com a própria natureza dos embargos que é a retratação, na velha e revelha lição de João Monteiro.

Mais: embora o Pacto Fundamental de 1988 houvesse **recepicionado** o regimento interno da Suprema Corte no que respeitava ao seu poder de estabelecer normas atinentes ao processo e julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal, **excluindo apenas** a realização de **sessões secretas**, o **certo** é que, tendo a **CF de 88** **deixado** de conferir à Suprema Corte aqueles poderes que o art. 119, § 3º, “c”, da Carta de 1969 lhe atribuíra, **voltando** o Poder **Legislativo** “a dispor uma vez mais, em **plenitude**, do poder que historicamente sempre lhe coube, qual seja, o de **legislar**, amplamente sobre normas **processuais**”, como bem o disse o eminente Ministro Celso de Mello, naquele julgado supracitado, **com o advento da lei 8.038/90**, esta, instituindo normas procedimentais para os processos que especifica, perante o STJ e STF, no art. 24 estabeleceu: “na ação rescisória, nos conflitos de competência, de jurisdição e de atribuições, na revisão criminal e no mandado de segurança **será aplicada a**

¹¹. “Os embargos infringentes no processo penal e sua entrada no Supremo Tribunal Federal”. In: Migalhas de Peso, 22.04.2013. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI176813,101048-Os+Embargos+Infringentes+no+Processo+Penal+e+sua+entrada+no+Supremo>.

legislação processual em vigor”. Veja-se, e a propósito, a questão de ordem suscitada nos embargos infringentes em ação rescisória 1.178-3/034-SP, relator Min. Néri da Silveira, assim ementada:

“1. Ação Rescisória. 2. Embargos Infringentes. 3 Regimento Interno do STF, art. 333 e parágrafo único. 4. Lei nº 8038/1990, art. 24. 5. Código de Processo Civil, art. 530. 6. Desde o advento da Lei nº 8.038/1990, art. 24, não cabe exigir o número mínimo de quatro votos dissidentes, previsto no parágrafo único do art. 333 do RISTF, para a admissão de embargos infringentes, contra acórdão do Plenário do STF, em ação rescisória. Bastante se faz não seja o aresto unânime. 7. Questão de ordem que se resolve no sentido de não ser mais aplicável às ações rescisórias o disposto no parágrafo único do art. 333 do RISTF, mas, sim, o art. 530 do Código de Processo Civil”.

Em se tratando de **revisão criminal**, o art. 24 da lei 8.038 de 28/5/90 determinou a observância da legislação processual penal vigente, e como esta, no art. 624, § 1º dispôs que “no Supremo Tribunal Federal... o processo e julgamento 'das revisões criminais' obedecerão ao que for estabelecido no seu regimento interno”, **logo, não houve nenhuma alteração**.

Desse modo, de todas as hipóteses que comportam embargos infringentes, na moldura do art. 333 do RISTF, com o advento da lei 8.038/1990, pode-se afirmar que as únicas não atingidas pela lei ordinária são as que dizem respeito à condenação na ação originária, a revisão criminal e o recurso criminal ordinário, se desfavorável ao réu (crime político). Dessas três hipóteses, apenas a primeira era objeto de decisão secreta. Como não mais haverá sessão secreta, parece ficar sem sentido a exigência de divergência qualificada no julgamento das ações penais originárias; a uma, porque a regra geral é a do caput do

art. 333 do RISTF (cabem embargos infringentes à decisão não unânime do Plenário ou da Turma) e a duas, porque, se quando a sessão era secreta bastaria uma dissidência para comportar os infringentes, parece lógico que, não mais havendo a sigilação no julgamento, deve prevalecer a regra do caput do art. 333 que não exige divergência qualificada. Alie-se a essa observação o fato de que os embargos infringentes foram instituídos como privativos da Defesa, sem perderem sua razão histórica que é a retratação.”¹²

II. 2. O PACTO DE SÃO JOSÉ E O DIREITO AO RECURSO COMO GARANTIA MÍNIMA DE TODO E QUALQUER ACUSADO: NORMA QUE, HIERARQUICAMENTE SUPERIOR AO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 333 DO RISTF, IMPÕE A PREVALÊNCIA DO PRECEITO (ART. 333, CAPUT) QUE, MAIS FAVORÁVEL AO RÉU, AINDA ASSIM APENAS DE “MODO INCOMPLETO” PERMITE SUA CONCRETIZAÇÃO NO ÂMBITO DE AÇÕES PENAS DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STF

Promulgada pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, a **Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica**, à qual já havia aderido o Governo brasileiro em 25 de setembro daquele mesmo ano, **categoricamente** – e, no ponto, sem qualquer reserva ou **declaração interpretativa do Brasil** – estatui:

“ARTIGO 8

Garantias Judiciais

¹². “Repensando os embargos infringentes”. *In*: Migalhas de Peso, 29.04.2012. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI177278,51045-Repensando+sobre+os+embargos+infringentes> Destaques gráficos pela transcrição.

(...)

2. **Toda** pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, **toda** pessoa tem **direito**, em plena igualdade, às seguintes **garantias mínimas**:

(...)

h) **direito de recorrer** da sentença para juiz ou tribunal superior”

Revestido, **quando menos**¹³, de “*status normativo supralegal*”¹⁴ – pelo que “(...) ***inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão (...)***”¹⁵, sobredito preceito, ademais – e como em reiteradas assentadas já o proclamou a Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁶, a cujas jurisdição e competência, “*em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação do Pacto de São José da Costa Rica*”, submete-se o Brasil por força do Decreto nº 4.463/2002 –, **incide, também**, nos processos criminais de **competência originária das Cortes Supremas** dos países signatários:

“**Esse direito ao duplo grau de jurisdição, consoante adverte a Corte Interamericana de Direitos Humanos, é também invocável mesmo nas hipóteses de condenações penais em decorrência de prerrogativa de**

¹³. Com efeito, **para muitos**, dentre os quais os eminentes Ministros **CELSO DE MELLO, EROS GRAU, ELLEN GRACIE, CARLOS VELLOSO**, entre outros, encerra **envergadura constitucional**: “*A tese da constitucionalidade dos tratados emana de um consolidado entendimento doutrinário (SYLVIA STEINER, A convenção americana, São Paulo: RT, 2000, ANTONIO CANÇADO TRINDADE, FLÁVIA PIOVESAN, VALÉRIO MAZZUOLI, ADA PELLEGRINI GRINOVER, LUIZ FLÁVIO GOMES etc.), que já conta com várias décadas de existência no nosso país (...)*” (A hierarquia dos tratados internacionais, **SYLVIO MOTTA**, professor da Escola de Magistratura do Rio de Janeiro, Revista eletrônica CONJUR, Artigos, 18/09/2009).

¹⁴. STF: RE 349.703-1/RS, Rel. p/ acórdão Min. **GILMAR MENDES** (art. 38, IV, b, do RISTF), j. 03/12/2008. DJe nº 104, 05.06.2009.

¹⁵. Idem supra.

¹⁶. **Exemplificativamente**: “13. El Estado debe, dentro de un plazo razonable y conforme a los párrafos 133 y 134 de esta Sentencia, **adecuar su ordenamiento jurídico interno**, de tal forma que **garantice el derecho a recurrir de los fallos condenatorios**, conforme al artículo 8.2.h de la Convención, **a toda persona juzgada por un ilícito penal, inclusive a aquéllas que gocen de fuero especial**.” (“CASO BARRETO LEIVA VS. VENEZUELA. SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2009”).

foro, decretadas, *em sede originária*, por Cortes Supremas de Justiça **estruturadas** no âmbito dos Estados integrantes do sistema interamericano que hajam formalmente reconhecido, *como obrigatória*, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos **em todos os casos** relativos à interpretação ou aplicação do Pacto de São José da Costa Rica.

Não custa lembrar que o Brasil, *apoando-se em soberana deliberação*, **submeteu-se** à *jurisdição contenciosa* da Corte Interamericana de Direitos Humanos, **o que significa** – *considerado o formal reconhecimento da obrigatoriedade* de observância e respeito da competência da Corte (**Decreto** nº 4.463/2002) – que o Estado brasileiro **comprometeu-se**, por efeito de sua própria vontade político-jurídica, “*a cumprir a decisão da Corte em todo caso*” **de que é parte** (Pacto de São José da Costa Rica, Artigo 68). “*Pacta sunt servanda*”...

Com efeito, o Brasil, **no final** do segundo mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso (**Decreto** nº 4.463, de 08/11/2002), **reconheceu** *como obrigatórias a jurisdição e a competência* da Corte Interamericana de Direitos Humanos, “*em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção*” (**Pacto de São José da Costa Rica**, Artigo 62), **o que legitima** o exercício, por esse importante organismo judiciário de âmbito regional, *do controle de convencionalidade*, **vale dizer**, da adequação e observância, **por parte** dos Estados nacionais *que voluntariamente se submeteram*, **como o Brasil**, à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, dos princípios, direitos e garantias fundamentais assegurados e proclamados, *no contexto do sistema interamericano*, pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

É importante ter presente, *no ponto*, **o magistério**, *sempre autorizado*, **dos eminentes Professores LUIZ FLÁVIO GOMES e VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI**, *cuja lição, no tema, a propósito do duplo grau de jurisdição no sistema interamericano de direitos humanos*,

notadamente após a Sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, vale rememorar:

“As duas exceções ao direito ao duplo grau, que vêm sendo reconhecidas no âmbito dos órgãos jurisdicionais europeus [europeus!], são as seguintes: (a) caso de condenação imposta em razão de recurso contra sentença absolutória; (b) condenação imposta pelo tribunal máximo do país. ([1]) Mas a sistemática do direito e da jurisprudência interamericana é distinta.

Diferentemente do que se passa com o sistema europeu, vem o sistema interamericano afirmando que o respeito ao duplo grau de jurisdição é absolutamente indispensável, mesmo que se trate de condenação pelo órgão máximo do país. Não existem ressalvas no sistema interamericano em relação ao duplo grau de jurisdição.

A Corte Interamericana não é um tribunal que está acima do STF, ou seja, não há hierarquia entre eles. É por isso que ela não constitui um órgão recursal. Porém, suas decisões obrigam o país que é condenado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Pacta sunt servanda: ninguém é obrigado a assumir compromissos internacionais.

Depois de assumidos, devem ser cumpridos.

De forma direta, a Corte não interfere nos processos que tramitam num determinado Estado membro sujeito à sua jurisdição (em razão de livre e espontânea adesão), porém, de forma indireta, sim. (...).

.....
No caso ‘Barreto Leiva contra Venezuela’, a Corte, em sua decisão de 17.11.09, apresentou duas surpresas: a primeira é que fez valer em toda a sua integralidade o direito ao duplo grau de jurisdição (direito de ser julgado duas vezes, de forma ampla e ilimitada) e a segunda é que deixou claro que esse direito vale para todos os réus, inclusive os julgados pelo Tribunal máximo do país, em razão do

foro especial por prerrogativa de função ou de conexão com quem desfruta dessa prerrogativa.

.....

A obrigação de respeitar o duplo grau de jurisdição deve ser cumprida pelo Estado, por meio do seu Poder Judiciário, em prazo razoável. De outro lado, também deve o Estado fazer as devidas adequações no seu direito interno, de forma a garantir sempre o duplo grau de jurisdição, mesmo quando se trata de réu com foro especial por prerrogativa de função.

.....

De outro lado, quando o julgamento acontece na Corte Máxima, a única interpretação possível do art. 8º, II, 'b', da CADH, é que este mesmo tribunal é o competente para o segundo julgamento. Foi isso que determinou a CIDH no caso 'Barreto Leiva'.

Quando não existe outro juiz ou Corte 'superior', é a mesma Corte máxima que deve proceder ao segundo julgamento porque, no âmbito criminal, nenhum réu jamais pode ser tolhido desse segundo julgamento (consoante a firme e incisiva jurisprudência da CIDH).”(grifei)

Nem se diga que a soberania do Estado brasileiro seria oponível à autoridade das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, **quando proferidas** no exercício de sua jurisdição contenciosa.

A questão central, neste tema, **considerada** a *limitação* da soberania dos Estados (com **evidente** afastamento das concepções de JEAN BODIN), **notadamente em matéria de Direitos Humanos, e a voluntária adesão** do Brasil a esses **importantíssimos** estatutos internacionais de proteção *regional e global* aos direitos básicos da pessoa humana, **consiste em manter fidelidade** aos compromissos que o Estado brasileiro **assumiu** na ordem internacional, **eis que continua a prevalecer, ainda, o clássico dogma** – *reafirmado* pelo Artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, **hoje incorporada**

ao ordenamento interno de nosso País (**Decreto** nº 7.030/2009) –, **segundo** o qual “*pacta sunt servanda*”, **vale dizer**,

“*Todo tratado em vigor **obriga** as partes **e deve ser cumprido** por elas de boa fé*”, **sendo-lhe inoponíveis**, consoante diretriz **fundada** no Artigo 27 dessa mesma Convenção de Viena, *as disposições do direito interno do Estado nacional*, que **não** poderá justificar, *com base em tais regras domésticas*, **o inadimplemento** de suas obrigações convencionais, **sob pena** de cometer grave *ilícito internacional*.

Essa compreensão do tema – **notadamente** em situações *como a ora em exame* em que o Supremo Tribunal Federal se vê dividido na exegese de um dado preceito normativo – **permite realizar** a cláusula **inscrita** no art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que confere, *no domínio de interpretação dos direitos e garantias fundamentais*, **primazia à norma mais favorável**, consoante tem enfatizado a própria jurisprudência desta Suprema Corte (HC 90.450/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*):

“HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.

- Os magistrados e Tribunais, **no exercício** de sua atividade interpretativa, **especialmente** no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, **devem observar** um princípio hermenêutico básico (**tal como** aquele proclamado **no Artigo 29** da Convenção Americana de Direitos Humanos), **consistente em atribuir primazia** à norma que se revele **mais favorável** à pessoa humana, **em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica**.

- **O Poder Judiciário**, nesse processo hermenêutico **que prestigia** o critério da norma **mais favorável** (**que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado**), **deverá extrair a máxima eficácia** das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, **como forma de viabilizar o**

*acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, **notadamente** os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, **sob pena** de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.*

*- Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra **mais favorável à proteção efetiva do ser humano.**” (HC 96.772/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)”¹⁷*

Asseverou-a (a primazia da norma mais favorável ao acusado), outrossim – e com altissonância – o preclaro Ministro JOAQUIM BARBOSA noutro caso:

*“(...) o **essencial** é que a **primazia** conferida em nosso sistema constitucional à **proteção à dignidade da pessoa humana** faz com que, na hipótese de eventual **conflito entre regras domésticas e normas emergentes de tratados internacionais**, a prevalência, sem sombra de dúvidas, há de ser outorgada à norma mais favorável ao indivíduo.”¹⁸*

Se assim é e se, como judiciosamente enfatizou, entre outros, o Ministro CELSO DE MELLO tanto na análise da questão de ordem suscitada no início do julgamento da AP 470 (fls. 51768/51772 dos autos; pgs 153/157 do respectivo acórdão), como na apreciação do 26º Agravo Regimental, “(...) a **regra** consubstanciada no art. 333, inciso I, do RISTF busca permitir, ainda que de modo incompleto, a concretização, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no contexto das causas penais originárias, do **postulado do**

¹⁷. Voto do Ministro CELSO DE MELLO no 26º Agravo Regimental na AP 470, páginas 26/30. Alguns realces gráficos no original; outros apenas na transcrição.

¹⁸. Página 03 do voto proferido no RE 466.343-1/SP, Pleno, Rel. Min. CEZAR PELUSO, j. 03/12/2008, unânime. DJe nº 104, 05/06/2009. Realces pela transcrição.

duplo reexame, que visaria amparar o direito consagrado na própria Convenção Americana de Direitos Humanos, na medida em que realiza, embora insuficientemente, a cláusula convencional da proteção judicial efetiva (Pacto de São José da Costa Rica, Art. 8º, n. 2, alínea “h”). A adoção do critério do duplo reexame nos julgamentos penais condenatórios realizados pelo Supremo Tribunal Federal, possibilitando a utilização dos embargos infringentes na hipótese singular prevista no art. 333, inciso I, do RISTF, permitirá alcançar solução, não obstante limitada, nos casos em que o Supremo Tribunal Federal, atuando originariamente como instância judiciária única, proferir, por votação majoritária, julgamentos penais desfavoráveis ao réu (...)” (pgs. 25/26 do voto proferido no 26º Agravo Regimental), rigorosamente axiomática sobreleva a conclusão de que, no âmbito do STF, o cabimento dos embargos infringentes contra decisão que julgar procedente a ação penal subordina-se, somente, ao preenchimento da hipótese descrita no caput do artigo 333 do RISTF.

Máxime e definitivamente, porquanto, no cotejo entre os dispositivos regimentais alusivos ao tema, é ela a norma que, a despeito de ululantemente mais favorável ao acusado do que a do constringente § único, ainda assim apenas de “modo incompleto” “(...) permite a concretização, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no contexto das causas penais originárias, do *postulado do duplo reexame*, que visaria amparar o direito consagrado na própria Convenção Americana de Direitos Humanos (...)”.

II.3. EXPRESSÃO NUMÉRICA DA DIVERGÊNCIA – NÚMERO MÍNIMO DE VOTOS MINORITÁRIOS: LONGE DE ABSOLUTO, TRADUZ APENAS UM PARÂMETRO DE PROPORCIONALIDADE

Como demonstram, à saciedade, os embargos infringentes opostos pelo acusado VINICIUS SAMARANE, em razões que, elaboradas e subscritas pelos notáveis advogados mineiros MAURÍCIO DE OLIVEIRA CAMPOS JÚNIOR e RODRIGO OTÁVIO SOARES PACHECO, incorporam-se, neste passo, à fundamentação jurídica deste recurso, como se aqui, para evitar enfadonha repetição, integralmente transcritas estivessem:

“i) O número de quatro votos divergentes é referencial.
Depende do quórum de Ministros votantes

19 - Quando o parágrafo único do art. 333 do Regimento Interno do STF mencionou a necessidade de quatro votos divergentes, obviamente, o fez utilizando-se numericamente de um referencial que tem por parâmetro a composição do Pleno, ou seja, onze ministros.

(...)

21 - Em **termos proporcionais**, quatro votos divergentes no total de onze possíveis representam pouco mais de um terço dos votantes.

(...)

22 - Recorde-se que o **Pleno do STF pode se reunir e julgar com apenas seis ministros** (art. 146 do Regimento Interno). Neste caso, **quatro votos (divergentes) constituiriam a maioria e não a minoria** necessária para o cabimento dos infringentes(!).

23 - Portanto, parece evidente que a **melhor interpretação** do parágrafo único do art. 333 do Regimento Interno do STF **deve considerar o número mínimo de quatro votos divergentes como um referencial**, até porque, dependendo do número de julgadores, o quórum supracitado pode ser impossível de ser alcançado, tal como

ocorre quando, por exemplo, apenas seis, sete ou oito ministros participem do julgamento meritório.

(...)

26 - Logo, o número de quatro votos divergentes **não** pode ser uma **fórmula matemática inflexível** e, sim, um conceito jurídico de plausibilidade da pretensão apresentada pela parte”

Tanto assim que o precedente (HC 71.124/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE) colacionado ao voto do proeminente Ministro CELSO DE MELLO no julgamento do 26º Agravo Regimental à guisa de explicação para a exigência regimental de quatro votos vencidos salienta o critério da proporcionalidade:

*“Finalmente, impressiona o argumento das informações de que, **suposto** ser o caso de aplicação analógica, a exigência de quatro votos vencidos, de grande peso no **conjunto de onze juízes do STF**, não poderia ser transplantada para o âmbito de colegiados muito mais numerosos (...) sem que antes se procedesse à **devida adequação da proporcionalidade**.”* (pg. 32 do supracitado voto)

Não bastasse, o parágrafo único do art. 333 do RISTF, em sua primitiva redação (Regimento de 1980)¹⁹, aludia não a quatro, mas a **TRÊS** votos divergentes, muito embora o Tribunal já – e havia muito – fosse composto por onze Ministros:

“Parágrafo único. O cabimento dos embargos, em decisão do Plenário, depende da existência, no mínimo, de três votos

¹⁹. Alterada pela Emenda Regimental nº 02/1985.

divergentes, salvo nos casos de julgamento criminal em sessão secreta”²⁰

Mais – e ainda na esteira das percuciente motivação dos embargos infringentes de VINICIUS SAMARANE:

“ii) Isonomia processual na hipótese de litisconsortes passivos

28 - Por outro lado, a exigência objetiva de quatro votos divergentes poderia representar um tratamento desigual nas ações penais originárias com litisconsortes passivos.

29 - Com efeito, **a metodologia do fatiamento adotada na AP 470 gerou grande diversidade de quórum de Ministros votantes no que toca a cada réu.** Alguns acusados foram julgados por onze Ministros enquanto outros por dez, nove, oito e até sete Ministros no tocante a determinadas matérias.

30 - Essa circunstância, bem como o fato do Regimento Interno do STF permitir o julgamento no Plenário com o quórum mínimo de seis Ministros (art. 146), **excluem a interpretação de que seja exigível, sempre, divergência de quatro votos, sob pena desse número constituir, em certos casos, nada menos que a maioria.**

31 - É evidente que, considerada a inflexível divergência de quatro votos como pressuposto para admissibilidade dos embargos infringentes, **a matemática se modificaria dependendo do acusado, o que é constitucionalmente inadmissível.**

32 - **A ofensa ao princípio da isonomia é manifesta. Afinal, o que dizer da exigência de quatro votos divergentes ao réu julgado pelo Colegiado composto por onze Ministros e a mesma exigência ao corréu julgado por Colegiado composto por menor número de votantes?**

²⁰. DJ nº 205, de 27/10/1980, p. 8676. Realces pela transcrição.

33 - A isonomia tem sede constitucional, razão pela qual o pressuposto para cognição de um recurso não pode ser desproporcional, dependendo da situação específica do quórum de julgamento de cada réu. Logo, o pressuposto específico dos embargos infringentes é o conceito jurídico de divergência significativa e não o número fechado de quatro votos minoritários.

iii) Paridade entre os julgamentos públicos e secretos

34 - Finalmente, verifique-se que a interpretação específica do art. 333, parágrafo único, do Regimento Interno do STF, segundo literal disposição em sua redação original, somente teria previsão de exigência para quórum mínimo de divergência nos julgamentos públicos porquanto, nas sessões secretas, mesmo apreciando ações penais originárias, a obrigatoriedade de quatro votos divergentes não incidiria.

35 - **Aqui também haveria ofensa ao princípio da isonomia processual, impondo-se, em consequência, dispensa do requisito numérico em qualquer caso.**

36 - Ainda que eventualmente abolido, a previsão regimental de julgamento secreto importava possibilidade de embargos infringentes para decisão não unânime por qualquer quórum de divergência, o que haveria de ser estendido aos julgamentos públicos, por lógica interpretação igualitária dos pressupostos recursais em matéria criminal.

37 - Entendimento diverso consagraria o reconhecimento de espécie recursal para determinados tipos de crime ou pessoas, o que representaria grave violação ao princípio da impessoalidade das regras processuais penais.

38 - **Interpretação conforme a Constituição ou, ainda mais claro, interpretação conforme o constitucional princípio da isonomia imporia a extensão do alcance da inexigibilidade de quórum mínimo de divergência para todo e qualquer**

juízo realizado pelo Plenário do STF e, não apenas, para os processos criminais que tramitassem sobre segredo de Justiça.”

“Inexigibilidade de quórum mínimo de divergência”: esta, a equação jurídica incontestavelmente entabulada, em matéria de cabimento dos embargos infringentes em ação penal julgada procedente pelo STF, pela interpretação sistemática e teleológica e decorrente aplicação, observada a primazia da mais favorável ao acusado, das normas constitucionais, convencionais, legais e regimentais atinentes ao tema.

Consequentemente, estendem-se os presentes embargos infringentes a todos os tópicos da decisão condenatória contra o ora embargante lavrada no julgamento da AP 470 nos quais houve divergência, independentemente de sua expressão numérica, a ele total ou parcialmente favorável.

III. MÉRITO: ACUSAÇÕES COM VOTOS DE IMPROCEDÊNCIA

III.1. DELITO DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA

Por maioria de votos (6x4), o colendo Plenário julgou procedente a acusação desferida contra o ora embargante relativamente ao preceito incriminador inscrito no artigo 288 do Código Penal.

Na esteira do voto condutor do v. acórdão:

“No que se refere **especificamente** aos **fatos** tratados na **presente** ação penal, o grupo, de acordo com o procurador-geral da República, “agiu ininterruptamente no período entre janeiro de 2003 e junho de 2005 [à exceção de AYANNA, que nele ingressou apenas em abril de 2004] e era **dividido em núcleos específicos**, cada um colaborando com o todo criminoso em busca de uma forma individualizada de contraprestação” (fls. 45.091).

"Esses **núcleos** específicos que compunham a **quadrilha** foram denominados pelo Ministério Público Federal de (1) **núcleo político**, formado por JOSÉ DIRCEU, DELÚBIO SOARES, JOSÉ GENOÍNO e SÍLVIO PEREIRA; (2) **núcleo operacional, publicitário ou Marcos Valério**, integrado por MARCOS VALÉRIO, RAMON HOLLERBACH, CRISTIANO DE MELLO PAZ, ROGÉRIO TOLENTINO, SIMONE VASCONCELOS e GEIZA DIAS; e (3) **núcleo financeiro ou banco Rural**, composto por José Augusto Dumont (falecido em 4.4.2004 – fls. 11 do vol. 1 do apenso 81), KÁTIA RABELLO, JOSÉ ROBERTO SALGADO, VINÍCIUS SAMARANE e AYANNA TENÓRIO” (fl. 57.387)

“NÚCLEO FINANCEIRO OU BANCO RURAL

O chamado “núcleo financeiro-banco Rural”, tradicional parceiro do “núcleo publicitário”, era composto por José Augusto Dumont (falecido em 4.4.2004 – fls. 11 do vol. 1 do apenso 81), KÁTIA RABELLO, JOSÉ ROBERTO SALGADO, VINÍCIUS SAMARANE e AYANNA TENÓRIO.

Conforme já exposto nos itens IV e V, **KÁTIA RABELLO** era presidente do banco Rural desde 2001 (fls. 16.323 e decisão proferida pelo Banco Central às fls. 1.323-1.329 do processo administrativo nº 0701394603 – fls. 43.656, CD 2). **JOSÉ ROBERTO SALGADO**, por sua vez, foi diretor executivo de 24.11.2000 a 8.4.2004, quando

passou a ser vice-presidente da Diretoria Executiva (a partir de 8.4.2004), sendo também diretor responsável pelas operações de câmbio a partir de 26.11.2002 (fls. 94 do apenso 143 e decisão proferida pelo Banco Central às fls. 1.323-1.329 do processo administrativo nº 0701394603 – fls. 43.656, CD 2) (...)

Segundo a denúncia, “o núcleo do Banco Rural, em troca de vantagens indevidas, ingressou na engrenagem criminoso com o aporte de recursos milionários, mediante empréstimos simulados, além de montar uma sofisticada estrutura de lavagem de capitais para o repasse dos valores pagos aos destinatários finais” (fls. 5.628). Noutras palavras, os membros do denominado “núcleo financeiro-banco Rural”, “[e]m busca de vantagens patrimoniais indevidas, (...) estabeleceram mecanismos de operacionalização dos vultosos pagamentos em espécie as pessoas indicadas pelo núcleo de Marcos Valério de forma a possibilitar a não identificação dos efetivos beneficiários, bem como burlar a legislação e normas infralegais que estabelecem a necessidade de identificação e comunicação às autoridades competentes de operações com indicativos de lavagem de dinheiro.

Ademais, por intermédio dos supostos empréstimos, **injetaram** cifras milionárias nas contas da **quadrilha para viabilizar o cometimento dos crimes narrados**” (fls. 5.647)” (fls. 57.432/3)

“No item IV e, sobretudo, no item V, constam provas robustas de que KÁTIA RABELLO, JOSÉ ROBERTO SALGADO, VINÍCIUS SAMARANE e AYANNA TENÓRIO, com unidade de desígnios e em divisão de tarefas própria de uma quadrilha organizada, atuaram direta e intensamente nesses empréstimos simulados, especialmente nos mecanismos fraudulentos utilizados para mascarar o fato de que tais mútuos eram fictícios, a exemplo das sucessivas renovações dessas operações de crédito, desconsiderando tanto a manifesta

insuficiência financeira dos supostos mutuários e das garantias por eles ofertadas e aceitas pelo banco Rural, quanto as análises da área técnica e jurídica da própria instituição financeira.” (fls. 57.438/9).

Especificamente no que concerne ao acusado JOSÉ ROBERTO SALGADO, ora embargante:

“JOSÉ ROBERTO SALGADO – além de, como dito, ter-se utilizado de mecanismos fraudulentos para mascarar o caráter simulado dos supostos empréstimos formalmente concedidos pelo banco Rural à quadrilha, a exemplo da renovação sucessiva desses mútuos fictícios (item V), e ainda ter atuado intensamente na lavagem de dinheiro realizada pelos “núcleos publicitário e financeiro” (item IV) – também teve destacada participação na remessa ilegal de valores para a conta que a *Dusseldorf Company Ltd (offshore)* de DUDA MENDONÇA) mantinha no exterior, mais especificamente em Miami, junto ao *Bank Boston International*.

Com efeito, conforme demonstrado no item VIII, JOSÉ ROBERTO SALGADO (que foi diretor executivo de 24.11.2000 a 8.4.2004, quando passou a ser vice-presidente da Diretoria Executiva, sendo também diretor responsável pelas operações de câmbio a partir de 26.11.2002 – fls. 94 do apenso 143 e decisão proferida pelo Banco Central às fls. 1.323-1.329 do processo administrativo nº 0701394603) participou de 24 depósitos realizados pelas instituições financeiras do conglomerado Rural na conta mantida pela *Dusseldorf* no exterior” (fls. 57.440/1).

Como **ressalta** o voto do eminente Relator, a **imputação fática** do delito em tela, no que concerne ao ora embargante, um dos supostos integrantes do imaginado “núcleo financeiro”, é a de que “o núcleo

do Banco Rural, em troca de vantagens indevidas, **ingressou na engrenagem criminosa com o aporte de recursos milionários**, mediante **empréstimos simulados**, além de montar uma sofisticada estrutura de **lavagem de capitais** para o repasse dos valores pagos aos destinatários finais.”

É dizer: os fatos que, genérica e generalizadamente atribuídos aos “*dirigentes do Banco Rural*”, configurariam o “*ingresso*” na “*organização criminosa*” – ou, em linguagem adequada ao direito penal – a associação deles aos demais acusados para a prática de crimes –, na essência, porém, outros não são quais não sejam, exatamente, os que consubstanciam as acusações de lavagem de capitais e de gestão fraudulenta de instituição financeira: “*aporte de recursos milionários, mediante empréstimos simulados*” (gestão fraudulenta, cf. capítulo “V”, pgs. 86/96); “*montar uma sofisticada estrutura de lavagem de capitais para o repasse dos valores pagos aos destinatários finais*” (lavagem de dinheiro, capítulo “IV”, pgs. 76/86).

Nos exatos termos em que delineado, pela **exordial**, o quadro **fático** da infração penal em testilha, os denunciados do Banco Rural “***ingressaram* na organização criminosa**”, **não para cometer**, depois, tais ou quais crimes, **mas mediante** a suposta – e, então, **pretérita** – prática de **gestão fraudulenta** e de **lavagem de dinheiro**!

Não se associaram, portanto, **para perpetrá-las**. Antes e pelo contrário, “**com o aporte de recursos milionários, mediante empréstimos simulados, além de montar uma sofisticada estrutura de lavagem de capitais para o repasse dos valores pagos aos destinatários finais**”, ou seja, **por intermédio** das pretensas **gestão fraudulenta e lavagem de dinheiro**, “o núcleo do Banco Rural **ingressou na engrenagem criminosa**”.

Assim formulada, a **imputação** simplesmente **subverte**, no caso concreto, a **própria estrutura** do arquétipo legal do delito de “*quadrilha*”, **transformando** crimes **subsequentes** – aqueles cuja **prática futura** constitui o especial **fim de agir** atrelado ao elemento **subjetivo** do tipo – **no substrato mesmo do seu núcleo objetivo** (“*associarem-se*”).

Noutro modo de dizer, incidiu a denúncia em **destampada confusão** conceitual: **caminhou** ela, para **desenhar** o crime de **quadrilha**, na **contramão** do respectivo **tipo**: **ao invés** de perquirir, em **atos antecedentes** aos supostos **delitos de gestão fraudulenta e de lavagem de dinheiro**, **dados indicativos** de que os acusados **já** houvessem constituído uma **associação com o específico fim de cometer crimes**, automaticamente **deduziu**, da suposta e **pretérita** prática desses dois delitos, a figura da *societas sceleris*, transformando uma instituição financeira **regularmente constituída** em “núcleo de organização criminosa”.

Laborou, enfim, como se, na edificação de uma casa, se pudesse começar pelo telhado. **E construiu uma “quadrilha” às avessas!**

Por essas e outras, os insígnios **Ministros e Ministras LEWANDOWSKI, DIAS TOFFOLI, CÁRMEN LÚCIA e ROSA WEBER** proclamaram a **improcedência** da acusação em tela ante a convergente percepção de que, em suma e na escorreita dicção da Ministra **ROSA WEBER**:

“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 delinquir, 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, sequestrar, extorquir, conluo 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 eminente Revisor.” (fls. 53.046/7; destaques pela transcrição).

Igualmente abalizadas as ponderações da Ministra **CÁRMEN**

LUCIA:

“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.

(...)

O exemplo dado pelo Nelson Hungria e o exemplo normalmente citado é exatamente o do bando de Lampião: praticam-se crimes. E a

só constituição da quadrilha, a chegada de um bando numa determinada localidade é suficiente para trazer o desassossego. E, portanto, para que se considere como crime autônomo o crime de quadrilha, a meu ver, seria necessário realmente que se firmasse uma associação de maneira estável e permanente para a prática de crimes em geral.

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 desculando 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, associar-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. Ao lado delas, usando-se daquele aparato empresarial, se praticaram crimes. Tanto, Senhor Presidente, que eu votei pela quadrilha, no caso de uma ação penal, na vertente exatamente agora preconizada pelo Ministro Joaquim; e, no Habeas Corpus nº 92.944, da Turma, divergi de Vossa Excelência, acompanhei a divergência que tinha sido iniciada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que uma empresa na qual alguns diretores praticam crimes e respondem por esses crimes – naquele caso era sonegação, estelionato, estelionato previdenciário -, mas, naquele caso, eu votei, como agora, pela inexistência do crime de quadrilha.

Quando, no entanto, o caso se apresentou, para mim, como tendo sido tomado de assalto o cargo de poder como parte da técnica ou do mecanismo de prática de crimes, eu entendi que havia crimes de quadrilha, e eram crimes de razão, como são os crimes de corrupção. Então, por essa razão é que eu acolho o que Vossa Excelência afirma, que também temeria se tivesse acontecendo, mas que a minha divergência, neste caso, é por eu entender que a prática dos crimes pelos quais estão respondendo esses réus não foram praticados simplesmente porque uma associação se constituiu para tais práticas, mas tais práticas, tais condutas ilícitas constituem situações, ao lado de outras que foram praticadas ilicitamente, e no exercício de cargos, quer cargos de poder, quer cargos de empresa pelas quais respondem por esses crimes, mas não porque tenham se associado de forma estável e permanente para praticar crimes. Tanto que essas reuniões eram conjunturais, e nós já vemos que dos grupos ora participam alguns deles, ora participam outros. Os encontros

eram conjunturais na busca sempre de interesses privados e, quanto a isso, eu acolho o que Vossa Excelência afirma.

Não acolho, no entanto, e por isso divergi, peço vênica, reitero, porque **entendi que não havia tipicidade do crime de quadrilha** e tão só a este, partilhando, no entanto, da preocupação de Vossa Excelência. Mas acho que o Supremo já deu demonstração quando em outros casos acolheu a quadrilha, mesmo em se tratando de crimes cometidos em cargos de Administração Pública e, por outro lado, entendeu pelo trancamento de ação penal, no caso, por exemplo, daquele *habeas corpus* do qual divergi do Relator.

Eu peço desculpas, Senhor Presidente, por antecipar o voto, mas era só porque eu partilho da preocupação, apenas não concluo como o Ministro.

Mas já antecipo, para não ter que usar outra vez a palavra, o meu voto no sentido de **acompanhar a divergência aberta pelo Ministro Lewandowski, que absolveu os réus da imputação deste item II da denúncia**, com a devida vênica, mais uma vez, repetindo, ao Ministro- Relator” (fls. 57.710/4; nossos os destaques).

O douto Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI**, em acurado exame fático-jurídico da imputação do delito de quadrilha:

“(…) E esse eminente mestre da Fundação Getúlio Vargas diz o seguinte:

"A imputação de quadrilha visa a apenas membros de uma organização que se associam para cometer crimes, e tal juízo fica facilitado pelo fato de o tribunal já ter reconhecido que foram cometidos, em associação, muitos dos crimes atribuídos a seus membros".

Nós veremos, Senhor Presidente, que esse jurista vai desenvolver o seu raciocínio na mesma linha das duas eminentes Ministras da Casa.

É um problema teórico importantíssimo que a Corte tem de enfrentar e, eventualmente, superar, se for o caso.

Mas continua o Professor Rafael Mafei Rabelo Queiroz dizendo o seguinte:

*"Entretanto, a **condenação por esses crimes não leva, por si só, ao reconhecimento penal de uma quadrilha**, um crime autônomo e que **só se configura mediante circunstâncias específicas, que não se confundem** com o fato de uma infração ter sido cometida em '**concurso de agentes**' - isto é, por vários autores, conjuntamente".*

Vejam, Vossas Excelências, que este professor, tal qual as duas eminentes Ministras fazem uma **distinção muito clara**: uma coisa é concurso de agentes, um *plus* é a quadrilha, que precisa ser muito bem caracterizado.

Ainda nas palavras do Professor Rafael Mafei:

*"Para a configuração de uma quadrilha, exige-se a associação de quatro ou mais pessoas em caráter estável e permanente, com o fim de cometer crimes. A quadrilha pode ser dada por existente sem que seus membros tenham sido condenados por qualquer crime por ela cometido: sua consumação só exige reunião perene, aliada ao fim precipuamente criminoso do grupo, **que deve objetivar a prática de sucessivos e incontáveis delitos**".*

Portanto, é uma organização permanente para a prática de sucessivos, incontáveis – também eu infiro isto do que disseram a Ministra Cármen Lúcia e a Ministra Rosa Weber – delitos indeterminados.

(...)

Diz, então, o professor:

"O Código Penal diz que uma quadrilha formada é, por si, uma ameaça à paz pública, independentemente de outros danos que possam causar os delitos por ela praticados".

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.

Continua esse Professor:

"A quadrilha, como crime autônomo, não se confunde com os delitos que por intermédio dela se praticam."

O STF vai avaliar se as provas permitem dizer que, para além de um concurso de agentes voltado a um ou poucos crimes específicos, a ação conjunta dos réus dos núcleos político, operacional e financeiro configurou um grupo estável e permanentemente organizado, com fins ilícitos que iam além de um ou outro delito episódico. A falta de provas dessa estabilidade e permanência, bem como desse propósito criminoso que se perde no tempo futuro, descaracteriza a quadrilha. Isso já aconteceu no próprio julgamento do mensalão: Pedro Henry e Breno Fischberg, mesmo condenados por outros crimes, foram absolvidos da imputação de formação de quadrilha."

(...)

Desse modo, tal figura típica não se confunde com o concurso de agentes, nem mesmo quando os delitos são praticados reiteradamente, em continuidade delitiva, como, a propósito, já advertia o próprio Hungria, para o qual

"Não é de confundir-se uma coisa com outra ainda no caso em que a coparticipação ocorra em crime continuado, pois, mesmo em tal hipótese, inexistente organização estável entre os coautores".

Sendo crime complexo, plurissubjetivo, perpetrado necessariamente por vários autores, assemelha-se aos delitos societários, para cuja

persecução penal se exige a descrição da conduta, penalmente relevante, de cada um dos autores, **não** bastando, para caracterizá-lo, mera narrativa genérica.

Porque, quando se trata de um crime societário, é mais difícil individualizar as condutas, mas não é impossível, sob pena de se imputar aos que integram uma sociedade uma responsabilidade penal objetiva, que o nosso ordenamento criminal pátrio veda totalmente. Então, não basta para caracterizar essa conduta uma mera narrativa genérica.

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, liame 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.

A expressão “**quadrilha**”, empregada no **sentido comum**, popular, leigo, da palavra – e **não** em sua **acepção técnico-jurídica** – e veiculada à exaustão na denúncia e nas alegações finais da acusação, e, conseqüentemente, pelos meios de comunicação, **não pode, *data venia*, impor-se a esta Suprema Corte, de forma indiscriminada, para todas as imputações que foram assacadas pelo Ministério Público contra os réus.**

Na condição de guardião máxima da Constituição, que tem como vértice axiológico a dignidade da pessoa humana, incumbe a esta

Suprema Corte zelar para que qualquer pessoa possa exercer o seu direito de defesa em toda a plenitude, repelindo as acusações que não contenham uma imputação clara e inequívoca de um fato típico imponível a alguém.

Bem examinadas **a exordial acusatória e as alegações finais**, verifico que elas, de forma **pouco técnica**, *data venia*, **ora mencionam a formação de quadrilha, ora aludem à existência de uma organização criminosa, chegando inclusive a falar em associação criminosa**, que são figuras tecnicamente **distintas**.

(...)

Essa verdadeira **miscelânea conceitual**, com o devido respeito, em que incorreu o Ministério Público na exordial acusatória, a meu ver, **enfraqueceu sobremaneira as imputações assacadas contra os réus**, em especial contra **JOSÉ DIRCEU**, acusados que foram **ora** de constituírem uma quadrilha, **ora** de uma organização criminosa, **ora** ainda uma associação criminosa, **todas elas, como disse, figuras jurídicas com contornos claramente diversos**.

Quando eu falo do Ministério Público, eu falo sempre com o devido respeito, mas nós, que trabalhamos na área penal, verificamos que, **ultimamente, o Ministério Público, toda vez que apresenta uma denúncia em que crimes são praticados por mais de quatro agentes, automaticamente imputa aos acusados a formação de quadrilha**. Talvez o órgão acusatório muitas vezes entenda que as penas resultantes de um determinado julgamento venham a ser tênues ou insatisfatórias para a resposta penal que o Estado deve dar aos ilícitos, então agrega à imputação o delito de formação de quadrilha visando ao aumento da sanção. **Contudo, nós juízes, que trabalhamos no plano técnico, precisamos separar o joio do trigo.**” (fls. 57.472/4, 57.476/8 e 57.480).

A **corroborar** apontamentos assim tão tecnicamente precisos quanto juridicamente coesos – e à exaustão denotativos da **inexistência**, *in casu*, de **prévio**, **estável e permanente concerto** de ideias, vontades e atividades **exclusivamente** direcionadas à **futura prática de múltiplas e indeterminadas infrações penais** – da **objetividade** dos autos e da **dogmática jurídico-penal** verte, com efeito:

1. “Partindo de uma **premissa não comprovada**, a **acusação** afirma a existência de uma **quadrilha**, **sem**, contudo, **demonstrar** a “**prévia associação**” de todos os seus membros. (...), o *Parquet* simplesmente **se absteve** de **descrever** o **vínculo existente entre cada um dos acusados e os chamados núcleos criminosos indicados**. Também **deixou** de apontar quando e de que forma todos os denunciados teriam se associado para a prática reiterada e habitual de crimes”²¹

2. Mas o **verbo** no qual se consubstancia o **núcleo** do tipo delitivo em tela, **“associar-se”** (“unir-se, entrar, reunir-se em sociedade”), **para além** de por excelência **traduzir**, **pressupõe**, por natureza, **relações intersubjetivas, vínculos pessoais**. E, **exceto** no campo da **paranormalidade** ou das confluências **espirituais**, **não** há, convenha-se, **possibilidade concreta** de associação entre **pessoas** que **não se conheçam**: “... **não** há falar em crime de quadrilha ou bando, desde que, **para tal mister**, é **necessária** prova escoreita da **indispensável subjetividade** da estabilidade e permanência da *societas sceleris*, **não** se contentando a lei com uma **eventual sucessão de ações grupais** (...)”²²

²¹. *Apud*: Resposta preliminar encartada no apenso 120.

²². *RJTJSP* 96/465.

3. Ainda que se suponha **não** se afigurar **imprescindível** que cada uma conheça todas as demais e vice-versa, **não** pertence ao mundo da realidade materialmente possível associação entre pessoas em sua maioria desconhecidas umas das outras. Sobretudo, na hipótese, qual a aventada pelo MPF, de *“organização criminosa” “dividida em três partes distintas, embora interligadas em sucessivas operações”, e na qual “o primeiro núcleo imprimia as diretrizes da atuação da quadrilha (...). Em contrapartida, os executores dos comandos oriundos do núcleo central recebiam benefícios indevidos desse núcleo central”* (p. 16 da denúncia).

4. Como seria de fato possível ao ora embargante estabelecer *“(...) um “vínculo associativo permanente, para fins criminosos, uma predisposição comum de meios para a prática de uma série indeterminada de delitos e uma contínua vinculação entre os associados para a concretização de um programa delinquencial (...)”*²³, *sujeitando-se, ainda, às “diretrizes” fixadas pelo primeiro núcleo”, sem* conhecer JOSÉ DIRCEU, aclamado pela acusação como seu “líder”, *sem* conhecer SILVIO PEREIRA e, quanto a DELÚBIO, *apenas* por ter sido a ele *apresentado* no velório de JOSÉ AUGUSTO DUMONT (confira-se nos interrogatórios)?

5. Como poderia ele **fixar**, com os membros do *“segundo núcleo”* – o interlocutor, por assim dizer, entre o *“primeiro”* e o *“terceiro”* (BANCO RURAL) – *“contínua vinculação para a concretização de um programa delinquencial”* *sem* conhecer SIMONE, *sem* conhecer GEIZA e *sem* manter qualquer relacionamento, conhecendo-os apenas superficialmente, **com os demais** (cf. interrogatórios de Cristiano Paz,

²³. COSTA JÚNIOR, PAULO JOSÉ DA. *Comentários ao código penal*, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 3. P. 323.

Ramon Hollerbach, Rogério Tolentino, Simone Vasconcelos, Geiza Dias E Do Próprio Marcos Valério e o depoimento, já transcrito, da testemunha Karina Somaggio)?

6. Logicamente, **não poderia**. E, **concretamente, não fixou**. Tanto que **não** abrigam os autos, **a despeito** de sua **extraordinária vastidão**, **sequer uma fâisca de prova** de tenha havido entre SALGADO e qualquer dos “*membros*” dos demais “*núcleos*” uma única reunião, alguma correspondência, qualquer diálogo.²⁴

7. “*Sobriariam*”, então, os **outros** “*dirigentes do Banco Rural*” denunciados. No tocante a eles, e ainda que algum delito houvesse ocorrido na órbita da instituição, pensar em “*quadrilha*” **só** mesmo se minimamente plausível fosse “*aceitar que os espaços físicos por ela erigidos constituam o palco para a representação criminoso*”, “*metamorfosar a atividade empresarial lícita em comportamento de bando delituoso*.”²⁵

8. A **configuração** do crime de formação de quadrilha, na hipótese de **reunião** de pessoas para a **constituição** e a **gestão** de **pessoa jurídica** (**legalmente necessária**, aliás, no caso de instituições **financeiras**) no âmbito da qual venham a ser cometidas infrações penais, **pressupõe** que a própria **empresa** haja sido **especificamente organizada para a prática de crimes**; situação que à evidência **não se confunde** com a objetivamente desvelada **nos presentes autos**: instituição financeira, **licitamente constituída** e em **regular funcionamento**, na e ao redor da qual, na visão do MPF, teriam sido praticados, por “*mais de três pessoas*”, **determinados** delitos.

²⁴. A não ser com MARCOS VALÉRIO, mas **somente** para, **em dezembro de 2004, cobrar** seus **débitos** perante o Banco Rural (cf., entre outros, depoimento de LUCAS DA SILVA ROQUE e interrogatório de SALGADO).

²⁵. **DOTTI**, Renê Ariel. Artigo citado no corpo das alegações finais do ora embargante.

9. Como luva, pois, o sempre alentado magistério do Ministro PELUSO: “(...) Observou Sua Excelência, com agudeza, que, **de regra**, ‘as pessoas físicas **associam-se** para a prática de atos **lícitos**, **não** para cometimento de **delitos**. E, igualmente **de regra**, os **crimes econômicos** praticados no **exercício de atividade lícita**, são-no, 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 das atividades negociais.**’ Por isso, confessa, ‘o que me **preocupa** na postura teórica do **cúmulo automático ou sistemático da acusação de formação de quadrilha** ou bando, nas denúncias de crimes econômicos, é que se subvertam o alcance do tipo e o escopo da norma, tanto penal, como daquelas outras predestinadas à disciplina das empresas e das atividades empresariais. Não precisaria lembrar que é a própria Constituição que reconhece e estimula a associação de pessoas para o exercício de atividades econômicas (v.g., arts. 176, inc. IX, e 174, § 2º).’ Daí que reconheça 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’ (...) Se tal delito **subsiste** ainda quando **nenhum crime projetado seja cometido**, a razão é **porque a criação da respectiva sociedade se preordenou à prática de delitos**, à moda de velado objeto social, estando nisso o **cerne** do tipo, centrado no desvalor da conduta, como sucede em todo crime formal. Na associação de pessoas para o exercício de atividades **lícitas**, lucrativas ou não, não se encontra nem descobre igual desvalor, porque nela há, antes, por presunção, valor específico, tutelado e incentivado pela ordem jurídica’ E, conclui, ‘em síntese, penso que, como tese, a suposta prática de delitos econômicos por pessoas que se

associaram, nos termos da lei, para exercício de atividades lícitas, não lhes pode justificar nem legitimar, por si só, imputação do crime previsto no art. 288 do Código Penal.”²⁶

Redobradamente acertados, nesse contexto, os votos que, seja por atipicidade das condutas correlatamente descritas pela inicial acusatória, seja por inexistência de suporte fático-probatório conducente à configuração do indispensável vínculo associativo prévio para o cometimento de infrações penais em geral – ou, noutras palavras, da “constituição de uma associação com fins a durar, sem determinação, com a específica finalidade de prática de crimes” (Min. Cármen Lúcia) –, proclamaram, com a improcedência da acusação, a absolvição do ora embargante.

Este, o desfecho que, por guardar, na forma e na substância, estrita consonância com o certo, o jurídico e o justo, haverá de sagrar-se vencedor no julgamento dos presentes embargos.

III.2. O DELITO DE EVASÃO DE DIVISAS

Na ementa do v. acórdão ora embargado, o núcleo da fundamentação fático-jurídica da condenação do ora embargante, contra o voto da eminente Ministra ROSA WEBER, pelo delito em epígrafe:

“EVASÃO DE DIVISAS (ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, PRIMEIRA PARTE, DA LEI 7.492/1986). PROMOÇÃO DE

²⁶. *Apud*: “Criminalidade de empresa e o crime de quadrilha ou bando”. ESTELITA, Heloísa. In: Direito penal econômico – Análise contemporânea, série GV law. São Paulo: Saraiva, 2003, pgs. 249/250. Realces pela transcrição.

OPERAÇÕES ILEGAIS DE SAÍDA DE MOEDA OU DIVISAS PARA O EXTERIOR. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO.

No período de 21.02.2003 a 02.01.2004, membros do denominado “núcleo publicitário” ou “operacional” realizaram, sem autorização legal, por meio do grupo Rural e de doleiros, cinquenta e três depósitos em conta mantida no exterior. Desses depósitos, vinte e quatro se deram através do conglomerado Rural, cujos principais dirigentes à época se valeram, inclusive, de *offshore* sediada nas Ilhas Cayman (*Trade Link Bank*), que também integra, clandestinamente, o grupo Rural, conforme apontado pelo Banco Central do Brasil.

A materialização do delito de evasão de divisas prescinde da saída física de moeda do território nacional. Por conseguinte, mesmo aceitando-se a alegação de que os depósitos em conta no exterior teriam sido feitos mediante as chamadas operações “**dólar-cabo**”, **aquele que efetua pagamento em reais no Brasil, com o objetivo de disponibilizar, através do outro que recebeu tal pagamento, o respectivo montante em moeda estrangeira no exterior, também incorre no ilícito de evasão de divisas.**

Caracterização do crime previsto no art. 22, parágrafo único, primeira parte, da Lei 7.492/1986, que tipifica a conduta daquele que, “a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior”.

Crimes praticados por grupo organizado, em que se sobressai a divisão de tarefas, de modo que cada um dos agentes ficava encarregado de uma parte dos atos que, no conjunto, eram essenciais para o sucesso da empreitada criminoso.

Rejeição do pedido de *emendatio libelli*, formulado pelo procurador-geral da República, em alegações finais, a fim de os integrantes dos núcleos publicitário e financeiro **fossem condenados por lavagem de dinheiro** (art. 1º, V, VI e VII, da Lei 9.613/1998), e

não por **evasão de divisas** (art. 22, parágrafo único, primeira parte, da Lei 7.492/1986).

Condenação de MARCOS VALÉRIO FERNANDES DE SOUZA, RAMON HOLLERBACH CARDOSO e SIMONE REIS LOBO DE VASCONCELOS, pela prática do crime previsto na primeira parte do parágrafo único do art. 22 da Lei 7.492/1986, ocorrido 53 vezes em continuidade delitiva. Condenação, também, de KÁTIA RABELLO e JOSÉ ROBERTO SALGADO, pelo cometimento do mesmo delito, verificado 24 vezes em continuidade delitiva” (fls. 51.633/4; nosso os reais gráficos).

Em contrapartida, a ilustre Ministra ROSA WEBER, com clarividência e circunspeção, sublinhou:

“O Ministério Público também **imputou** na denúncia o crime de **evasão de divisas** aos **dirigentes do Banco Rural pelos depósitos efetuados na conta Dusseldorf por meio de contas no exterior vinculadas ao Banco Rural**.

Não reputo, porém, **suficientemente caracterizada a responsabilidade deles por esses atos específicos**.

Há prova, é certo, de que empresas e contas vinculadas ao Banco Rural, especificamente as contas do Trade Link Bank, Rural Internacional Bank, Banco Rural Europa e IFE Banco Rural, foram utilizadas para a realização de depósitos na conta Dusseldorf. Há prova pericial de que tais empresas e contas, especialmente o Trade Link Bank, tinham intensas relações com contas de doleiros, do que é possível concluir que o Banco Rural dava cobertura a operações no mercado de câmbio negro.

Ilustrativamente, o laudo nº 2.293/05/IN (fls. 23-35, apenso 51, vol. 1), revelou, na mencionada base de dados do Caso Banestado, 3.627

transações no valor de USD 1.726.983.737,52 do Trade Link Bank, várias com contas controladas por doleiros brasileiros.

Entretanto, não há prova nos autos do envolvimento específico de José Roberto Salgado, Ayanna Tenório, Vinícius Samarane e Kátia Rabello nas transações realizadas por meio dessas empresas em favor da conta Dusseldorf.

Destaque-se, como declarado no depoimento do doleiro Jader Kalid Antônio, que seriam outras pessoas, dentro do Banco Rural, encarregadas especificamente das operações internacionais do Banco Rural.

Entendo que essas operações internacionais do Banco Rural, através do Trade Link e outras empresas, demandam apuração circunstanciada em processo a parte, não sendo possível concluir tivessem os dirigentes do Banco Rural conhecimento e responsabilidade específica em relação a cada transação realizada.

Enfim, as provas indicam que as contas Trade Link Bank, Rural Internacional Bank, Banco Rural Europa e IFE Banco Rural eram controladas pelo Banco Rural e utilizadas para dar cobertura a operações de doleiros no exterior, mas isso não significa que os dirigentes do Rural tinham controle e responsabilidade específica em relação a cada transação.

É bem possível que os depósitos tenham sido feitos por doleiros que apenas tenham utilizado, como fonte de recursos, as contas controladas pelo Banco Rural, sem que necessariamente houvesse ciência, pelos dirigentes, da transação e beneficiário específico.

Então, quanto a este ponto da acusação, depósitos na conta Dusseldorf, entendo que todos os dirigentes do Banco Rural devem ser absolvidos, sem prejuízo das demais responsabilidades” (fls. 53.036/7; realces pela transcrição).

Rigorosamente indefectíveis, tanto no plano fático, como no jurídico, as razões que inspiram e confortam a absolvição proposta pela douta Ministra ROSA.

Tanto mais – e definitivamente –, porque a elas se somam outras tantas que, a despeito de encerrarem acentuado relevo jurídico e inteira consonância com a realidade nos autos objetivamente retratada, escaparam à percepção dos ínclitos Ministros que reconheceram procedência à acusação em pauta.

Desde sempre, com efeito, **advertiu a defesa:**

“A título de suporte fático da acusação de que os dirigentes do Banco Rural incorreram na figura delituosa esculpida no artigo 22, § único, da Lei nº 7.492/86, averba a denúncia:

*‘Foram 27 (vinte e sete) operações de **remessa de valores para o exterior** de responsabilidade de José Roberto Salgado, Ayanna Tenório, Vinícius Samarane e Kátia Rabello (Banco Rural).*

*Essas remessas **foram viabilizadas pelas empresas Trade Link Bank (16 depósitos), Rural International Bank (6 depósitos), IFE Banco Rural (1 depósito) e Banco Rural Europa (4 depósitos), todas comandadas pelos dirigentes do Banco Rural (José Roberto Salgado, Ayanna Tenório, Vinícius Samarane e Kátia Rabello), que executaram os crimes de evasão de divisas por orientação do núcleo publicitário-financeiro’** (p. 134)*

Ainda segundo a exordial, remessas tais foram efetuadas **para a “conta nº 001.001.2977, mantida no *Bank of Boston Internacional* (ABA 0660-0800-4), agência *Miami/Flórida*” e “titularizada pela offshore DUSSELDORF COMPANY LTD., empresa de propriedade do denunciado Duda Mendonça registrada nas Bahamas?”** (p. 133).

Explicita a denúncia que as **transferências** “de responsabilidade” dos **dirigentes** do Banco Rural **ocorreram, sem exceção, entre contas** – tantos as de origem, como a de destino – **mantidas, todas, por e em instituições financeiras estrangeiras e estabelecidas no exterior.**

(...)

O que se vê, isto sim, é que **narra a denúncia**, inequivocamente, **operações que, iniciadas e concluídas no exterior** e, destarte, por natureza **arredias** ao conceito de “**evasão de divisas**”, **derramam atipicidade** frente ao figurino delituoso estampado no artigo 22, § único, da Lei 7.492/86.” (Páginas 235/236 e 239 das alegações finais).

Para contornar a objeção de atipicidade dos fatos efetivamente descritos pela denúncia no tocante ao supradito preceito incriminador, averbou o eminente Relator:

“A materialização do delito de evasão de divisas **prescinde** da saída física de moeda do território nacional. **Por conseguinte**, mesmo aceitando-se a alegação de que os depósitos em conta no exterior teriam sido feitos mediante as chamadas operações “**dólar-cabo**”, **aquele que efetua pagamento em reais no Brasil, com o objetivo de disponibilizar, através do outro que recebeu tal pagamento, o respectivo montante em moeda estrangeira no exterior, também incorre no ilícito de evasão de divisas**”

Entretanto e ainda que, para efeito de subsunção à hipótese delituosa de evasão de divisas, admita-se – como a admitiu a própria Ministra ROSA WEBER (fl. 53.034) – a equação a teor da qual as operações “dólar-cabo” ou “transferências internacionais informais”, na medida em que “(...) são ilegais, no Brasil, porque conduzidas por pessoas não autorizadas no Brasil a

operar com câmbio, pelo menos não desta forma (...) e, portanto, a “remessa dos valores fraudulentamente ao exterior, por meio de operações dólar-cabo, configura o crime de evasão de divisas do art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/1986”, certo é que a denúncia não descreve e nem sequer apenas menciona, em passagem alguma, nenhuma operação de “pagamento em reais no Brasil” vinculada a qualquer dos depósitos que, supostamente “comandados pelos dirigentes do Banco Rural”, teriam sido efetuados na conta estrangeira *DUSSELDORF*.

Consequentemente:

"A imputação deve ser clara, precisa e completa. A **descrição do fato** é elemento **absolutamente necessário** de qualquer imputação.

Como explica SANSÒ, o que não é descrito não é imputado, vez que o objeto da imputação se especifica mediante uma descrição que o determina e o indica. Se não há imputação sem descrição não se pode falar em imputação implícita.

Ou o fato imputado foi descrito, e portanto consta da denúncia ou queixa de forma explícita, ou não há descrição, não se podendo falar em imputação, nem mesmo implícita.”²⁷

Efetivamente e como em **iterativas** assentadas **pontifica** esse colendo **Supremo Tribunal Federal**, incontornável “o *princípio de correlação entre denúncia e sentença, pelo qual o réu não pode ser **condenado por fatos não narrados explicitamente** na peça **acusatória** (nesse sentido: HC 88.025, rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 13.06.2006).*”²⁸

²⁷. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: RT, 2000. P. 172; realces pela transcrição.

²⁸. RHC 85.023, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJ 11/02/2008.

E a exordial, repita-se, não contém uma única palavra sobre “*pagamento em reais no Brasil com o objetivo de disponibilizar, através do outro que recebeu tal pagamento, o respectivo montante em moeda estrangeira no exterior.*”

Mais não fosse, não figura o BANCO RURAL S/A, seja como ordenante, seja como remetente, em nenhum dos mencionados depósitos efetuados na conta da DUSSELDORF. Também não registram os autos sequer uma única transferência por ele realizada para qualquer uma das contas a partir das quais transferidos os recursos para a da supradita *offshore*.

Nos extratos de operações de câmbio/transferência para o exterior que acompanham a Nota Técnica do BACEN encartada no vol. 12, fls. 2513 e ss, não se acusa uma única que haja sido efetuada pelo BANCO RURAL (“Instituição 0543”) com os “*demaís investigados*”.

“Os documentos de fls. 1.044, 1.047, 1.055 e 1.058, consistentes em cópias de ordens bancárias, comprovam que Geíza controlava os depósitos ilícitos feitos na conta titularizada pela Dusseldorf por meio de doleiros e dirigentes do Banco Rural e, na sequência, prestava contas a Zilmar Fernandes, braço operacional de Duda Mendonça” (p. 90 das alegações finais MPF), não encerram, contudo, referência nenhuma ao BANCO RURAL. Além disso, aludem a “JADER”, exatamente um dos “doleiros” que, segundo a própria denúncia, teriam promovido remessas ao exterior de outro modo (“Além das remessas ilícitas por intermédio de dirigentes do Banco Rural, o grupo de Marcos Valério também se valeu de doleiros, pelo esquema vulgarmente conhecido como “dólar cabo”. Entre os doleiros utilizados na empreitada criminoso, pode ser citado Jader Kalid Antônio”).

Em alegações finais, averbou o MPF que “**todo o valor nela [conta da Dusseldorf, cf. § anterior] depositado, aproximadamente dez milhões e oitocentos mil reais, teve como fonte exclusiva os acusados Marcos Valério, Cristiano Paz, Ramon Hollerbach, Simone Vasconcelos e Geiza Dias.**”

Ao fazê-lo, surrou ainda mais a imputação disparada contra os dirigentes do BANCO RURAL, já que, além de não haver o órgão acusatório especificado nenhuma transação financeira entre o grupo de MARCOS VALÉRIO e o Banco como fonte primária de recursos depositados na conta da DUSSELDORF, não abrigam os autos nem mesmo uma mísera fagulha de prova de que alguma, a esse título, tenha ocorrido.

Não por outro motivo; é dizer, inexistência de operações financeiras, dentre as atribuídas (por pura presunção decorrente dos cargos ocupados, aliás) ao ora embargante, ao menos em tese aptas a atrair a incidência do tipo de evasão de divisas, o assaz sintomático pedido de “reclassificação” jurídica dos fatos para o tipo penal de lavagem de dinheiro deduzido pelo MPF em alegações finais, mas rechaçado pela Corte!

Há mais, porém. Já agora, contudo, no que tange à inexistência de suporte fático-probatório juridicamente idôneo para a responsabilização do ora embargante pelo delito em foco.

Ou, noutra forma de expressão, para o reconhecimento de sua efetiva participação em qualquer uma das operações de “*remessa de recursos ao exterior*” compreendidas pela respectiva imputação.

E tanto “**não há prova nos autos do envolvimento específico de José Roberto Salgado, Ayanna Tenório, Vinícius Samarane e Kátia Rabello nas**

transações realizadas por meio dessas empresas em favor da conta Dusseldorf – como asseverou, e com sobra de razões para fazê-lo categoricamente, a Ministra ROSA WEBER –, que a sua condenação, quanto ao ponto, assenta-se, invariavelmente, em proposições como:

“JOSÉ ROBERTO SALGADO era **secretário** do Rural International Bank, que, conforme exposto, fez seis depósitos na conta da Dusseldorf no exterior, no total de US\$ 240.617,74 (...)” (fl. 57.108);

“KÁTIA RABELLO e JOSÉ ROBERTO SALGADO chegaram ao ponto de prestar **informação falsa ao Banco Central** em correspondência na qual **negavam** a existência de participação direta ou indireta do banco Rural no Trade Link Bank (...)” (fl. 57.109);

“Além disso, consta ainda da decisão proferida pelo Banco Central no processo administrativo nº 0701394603 (fls. 43.656 – CD 2) que, “uma vez **caracterizada a existência comum de controladores e administradores entre o Banco Rural e o Trade Link Bank, empresa localizada no exterior, é vedada a realização de operações entre ambas** (...)”

‘28. As citadas instituições realizaram várias operações, sob diversas modalidades, (...) sem a consolidação das demonstrações financeiras do Banco Rural e Trade Link Bank.

29. A primeira modalidade era a **concessão de crédito** pelo Trade Link Bank para o Banco Rural (...)

31. No mesmo sentido, há nos autos **diversos contratos de câmbio celebrados pelo Banco Rural** e que **deram suporte a remessas de valores ao exterior, a título de pagamento de juros e principal de**

empréstimos, bem como ao ingresso de recursos relativos a **mútuos** e a **carta de crédito** paga pelo Trade Link Bank' (...)” (fls. 57.110/1)²⁹

Não por acaso, pois, textualmente aduziu o eminente Ministro GILMAR MENDES:

“É certo que não há uma prova formal, direta, subscrita por KÁTIA RABELO e/ou JOSÉ ROBERTO SALGADO (vg. fax, e-mail, comprovante de depósito, etc).” (fl. 57.253; nossos os destaques).

Não há mesmo: “Nos atuais *duzentos e dezoito volumes de autos principais e seus 489 apensos (muitos dos quais desdobrados em vários cadernos), NÃO há uma única testemunha, NÃO há um único documento, NÃO há um único laudo pericial, NÃO há um único “relatório de análise”; NADA*, enfim, a conferir **consistência**, ínfima que seja, à inferência de que JOSÉ ROBERTO SALGADO tenha **concretamente participado**, a qualquer título, de qualquer um dos “*vinte e quatro depósitos na conta de titularidade da off-shore Dusseldorf*”.

Tanto assim que o MPF, desde a denúncia, simplesmente não remete a nenhuma peça dos autos. Não ousa apontar nem mesmo um mero papelucho que, neles (os dirigentes do BANCO RURAL), identifique, ainda que indiciária, mas concretamente, a autoria de qualquer um desses depósitos. Absoluta a vacuidade probatória.

O que há são apenas suposições, presunções, conjecturas. E construídas a partir, não de condutas individuais concretas, mas apenas dos

²⁹. Ressalte-se, porém, que nenhuma dessas operações mencionadas pelo BACEN – devidamente formalizadas, aliás (“*contratos de câmbio*”) – guarda qualquer relação com as relacionadas pela denúncia à guisa de “*evasão de divisas*”.

cargos ocupados pelo ora embargante no Banco Rural e de relações comerciais e/ou societárias por ele, Banco, mantidas com empresas e instituições financeiras estrangeiras³⁰.

Nesse contexto e diante de tal quadro, superlativamente jurídica e justa a solução absolutória preconizada pela Ministra ROSA WEBER.

Afinal:

“**Não há crime sem conduta.** Os delitos chamados de **mera suspeita** ou de **simples posição não** encontram **garida** em nossa disciplina. A **conduta** poderá ser positiva, negativa ou mista. **Mas existirá sempre.** Crimes que **não** consistam num **fato**, nem positivo nem negativo, e **sim numa situação individual estática, não** se concebem”³¹

“**Ser administrador de empresa não é por si só, escusaria dizê-lo, coisa criminosa,** de modo que, porque o fossem em certas circunstâncias, **deveriam** ter sido **descritas** na denúncia, de **forma minudente, ações e/ou omissões** mediante as quais cada administrador teria, nessa condição, **infringido** ambas aquelas normas. A denúncia diz apenas: “Assim agindo...” Assim como? (...)

Cumpria, pois, **estivessem descritas, com todas** as suas circunstâncias, as eventuais **ações ou omissões** que, **praticadas, pessoal, consciente e finalisticamente, pelo primeiro réu,** na

³⁰. A valer, v.g.: “(...) entendo que essas remessas via dólar-cabo **não ocorreriam** sem a **ciência** dos diretores do Banco Rural (...)” (fl. 57.219); “(...) por considerar que as práticas levadas a efeito, para tanto, valendo-se das agências e das empresas do Banco Rural, **não seriam possíveis** sem o pleno **conhecimento** desses dirigentes (...)” (fl. 57.224/5);

³¹. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao código penal*. São Paulo: Saraiva, 1986, vol. 1 – parte geral. Pp. 28/29. Destaques gráficos por conta da transcrição.

específica qualidade de **administrador** das empresas, se **amoldariam** aos tipos penais. Ou, de forma mais descongestionada, **cumpria** à denúncia **responder** à seguinte questão: "o que **fez** ou **deixou de fazer** [aqui, JOSÉ ROBERTO SALGADO] ???"

(...)

A responsabilidade **pessoal** postulada por nosso sistema jurídico-penal significa que **só** se caracteriza essa forma agravada de responsabilidade, diante da existência de **determinado fato imputável a uma pessoa física**, a **título de dolo ou culpa**. Ou seja, tal responsabilidade **pressupõe nexó psíquico** que **ligue o fato ao seu autor**:

(...)

a responsabilidade **pessoal e subjetiva** postula denúncia que atribua a autor **determinado a prática de atos concretos como obras suas**, por aderência psicológica (dolosa ou culposa) (...)”³²

IV. DOSIMETRIA

IV.1. FORMAÇÃO DE QUADRILHA

Na sessão realizada no dia 04 de setembro p.p., após o acolhimento dos embargos declaratórios opostos por BRENO FISCHBERG, o eminente Ministro TEORI ZAVASKI entendeu por bem retificar seu voto proferido no julgamento do recurso apresentado por JOSÉ ROBERTO SALGADO quanto à dosimetria da pena do delito de formação de quadrilha. Assim registrou no v. acórdão o seu posicionamento:

³². Voto do Min. **CEZAR PELUSO** no **HC 83.301-2/RS**, DJ 06.08.2004, pgs. 04 e 09/12. Destaques gráficos: alguns no original, outros apostos pela transcrição.

“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 (...)

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.

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.” (fls. 64.632/64.634, grifos nossos)

Diante dessas ponderações, o insigne Ministro propôs solução que julgou mais adequada para o novo cálculo da pena de alguns acusados, dentre eles o récorrente:

“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 desfça 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 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 mutandis, 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).

10. É a retificação que apresento, Senhor Presidente.” (fls. 64.635/64.636, grifos nossos)

A fim de melhor ilustrar a questão e ressaltar a total incoerência entre as penas fixadas para cada um dos crimes, o Ministro Revisor não se limitou a acompanhar Sua Excelência, mas apresentou, em porcentagens, as proporções de aumento de cada uma das sanções corpóreas aplicadas aos réus.

Especificamente no que toca ao embargante, destacou o espantoso aumento de 63% na fixação da pena pela prática do crime de formação de quadrilha, em contraponto aos 7%, 10% e 18% de majoração para a sanção corpórea dos demais crimes:

“Da análise dos parâmetros adotados na aplicação das penas relativas aos crimes pelos quais ao réu foi condenado, verifica-se discrepância considerável na fixação da pena-base para o crime de formação de quadrilha. (...)”

Ou seja, no seu entender, somente se a totalidade das circunstâncias judiciais fosse desfavorável ao réu é que a pena-base poderia se aproximar do termo médio. No entanto, isso não ocorreu na espécie, visto que, com apoio em apenas quatro circunstâncias desfavoráveis, chegou-se a um patamar superior ao termo médio. É dizer, no caso sob exame, de uma pena de 1 (um) a 3 (três) anos, chegou-se a 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão, ou seja, quase a pena máxima para o delito em questão. Como se verifica, dos 2 (dois) anos de aumento possível para o crime de quadrilha, a Corte caminhou quase 63% (sessenta e três por cento). Para os demais delitos, a proporção de aumento foi bem menor. Verifico, por exemplo, quanto ao crime de lavagem de dinheiro (item IV da denúncia), cuja pena vai de 3 (três) a 10 (dez) anos de reclusão, o aumento foi de 6 (seis) meses na primeira fase. O Tribunal “caminhou”, então, apenas cerca de 7% (sete por cento). Do mesmo modo, no tocante ao delito previsto no art. 4º da Lei 7.492/1986 (gestão fraudulenta – item V), cuja pena é de 3 (três) a 12 (doze) anos de reclusão, o aumento inicial foi de 1 (um) ano. Isto é, a Corte usou tão somente 10% (dez por cento) do aumento possível. Já para o crime de evasão de divisas (item VIII), cuja pena vai de 2 (dois) a 6 (seis) anos de reclusão, o aumento foi de

9 (meses) meses na primeira fase . O Tribunal “caminhou”, então, apenas cerca de 18% (dezoito por cento). Entendo, desse modo, estar configurada a desproporção na fixação da pena-base para o crime de formação de quadrilha, em razão do aumento de 63% (sessenta e três por cento), muito distante dos 18 (dezoito), 10 (dez) ou 7 (sete) por cento utilizados para os demais crimes. 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. 64.644/64.645, grifos nossos)

No mesmo sentido, após apresentar os cálculos referentes ao aumento das penas de cada um dos delitos, o Ministro DIAS TOFFOLI retificou seu voto e determinou, *“acolhendo a proposta do Ministro Teori Zavaski, a utilização no delito de quadrilha (CP, art. 288) do maior dos demais percentuais – ou seja 18% - para majorar a pena-base (1ª fase) do embargante acarretaria a pena inicial de **(1) um ano, (4) quatro meses e (9) nove dias de reclusão**”* (fl. 64.657, grifos nossos)

Também o eminente Ministro MARCO AURÉLIO acompanhou a divergência inaugurada pelo Ministro TEORI ZAVASKI registrando que *“realmente houve a potencialização das mesmas circunstâncias judiciais no tocante aos crimes de quadrilha”* (fl. 64.662).

Mesmo diante das razoáveis colocações feitas por quatro integrantes desta Egrégia Corte, os embargos declaratórios de JOSÉ ROBERTO SALGADO foram rejeitados sem que a sua pena referente ao crime de quadrilha fosse diminuída (fl. 64.670).

Ocorre que há uma nítida desproporção entre as circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis ao acusado e a pena a ele atribuída para este delito, pois de uma reprimenda prevista para o tipo penal que parte de um patamar mínimo de 1 (hum) ano e alcança o *quantum* máximo de 3 (três) anos, determinou-se como definitiva a sanção de 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão.

Conforme bem demonstrado pelos votos vencidos, não houve qualquer justificativa válida para exasperar a pena do embargante pela prática do delito previsto no artigo 288 em mais de 60%, atingindo quantia muito próxima à pena máxima.

Com efeito, por ocasião da fixação da pena de JOSÉ ROBERTO SALGADO pela prática deste delito, o Ministro Relator assim procedeu à análise das circunstâncias previstas no artigo 59 do Diploma Penal:

“A culpabilidade entendida como o grau de reprovabilidade da conduta, é elevada, uma vez que JOSÉ ROBERTO SALGADO, conforme demonstrado, atuou intensamente, por exemplo, ajudando a fornecer a estrutura empresarial do grupo Rural para a consecução dos objetivos ilícitos da quadrilha. (...)”

Não obstante essa minha conhecida posição, tal matéria ainda se encontra pendente de apreciação pelo Plenário desta Corte (HC 94.680 e RE 591.054), razão pela qual, neste caso, considero que JOSÉ ROBERTO SALGADO não ostenta maus antecedentes.

Não há dados concretos acerca da conduta social e da personalidade do condenado.

O motivo do crime, em última análise, foi a intenção de JOSÉ ROBERTO SALGADO de obter recursos indevidos para o banco

Rural, do qual era um dos principais administradores, graças à proximidade buscada e conquistada por MARCOS VALÉRIO junto ao Governo Federal à época, e aos favores ilícitos prestados, sobretudo, aos integrantes do chamado ‘núcleo político’.

As circunstâncias do ilícito (ressalvadas, para evitar bis in idem, as que constituem elementares e as que já foram consideradas) também se mostram desfavoráveis a JOSÉ ROBERTO SALGADO, o qual, como visto, chegou a, por exemplo, atuar na simulação de empréstimos formalmente concedidos pelo banco Rural à SMP&B, à Graffiti e ao PT. Além disso, a quadrilha permaneceu ativa por mais de dois anos.

As consequências do delito mostram-se igualmente desfavoráveis, uma vez que – como a quadrilha alcançou um dos seus objetivos, que era a compra de apoio político de parlamentares federais – JOSÉ ROBERTO SALGADO, ajudou a colocar em risco o próprio regime democrático, a independência dos Poderes e o sistema republicano, em flagrante contrariedade à Constituição Federal.

Dada a natureza do crime, não há que se falar em comportamento da vítima.

Assim, atento ao disposto nos arts. 59, 68 e 288 do Código Penal, fixo a pena-base de JOSÉ ROBERTO SALGADO em dois anos e três meses de reclusão.” (fls. 58.049/58.050, grifos do original)

Como se vê, com fundamento em apenas 4 (quatro) circunstâncias desfavoráveis, de um total de 8 (oito), o voto condutor registrou patamar de pena muito superior ao termo médio.

E, como bem ressaltado nos ensinamentos de JOSÉ ANTONIO PAGANELLA BOSCHI, o patamar máximo da pena a ser observado pelo

julgador na primeira fase da dosimetria, que ocorre somente quando todas as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao acusado, deve se situar próximo ao termo médio, este representado pelo resultado da soma do mínimo com o máximo previstos no preceito secundário do tipo penal, dividido por dois³³.

Além disso, na fixação da pena-base, o magistrado deve analisar as 8 (oito) circunstâncias previstas no artigo 59 do Diploma Penal, uma a uma. Ainda que nem todas sejam favoráveis, a pena não pode ser estabelecida de maneira exacerbada, porquanto deve atender os fins a que se destina (prevenção e repressão).

No caso vertente, a majoração foi absolutamente descabida, não só pelo fato de não guardar qualquer relação com a análise de cada uma das circunstâncias judiciais, mas também por configurar-se de todo desproporcional à pena-base dos demais crimes, estabelecida a partir da apreciação dos mesmíssimos critérios.

Como bem ressaltou o voto divergente proferido pelo insigne Ministro Revisor, a majoração de 63% da pena aplicada pela prática do delito de quadrilha superou em mais de **TRÊS VEZES** o aumento da pena fixada para o crime de evasão de divisas; em mais de **SEIS VEZES** a exasperação da sanção aplicada para o delito de gestão fraudulenta e, por fim, em **NOVE VEZES** o aumento da pena estabelecida para o crime de branqueamento de capitais.

Não bastasse essa flagrante discrepância, o desnecessário aumento de 63% na sanção corpórea do embargante ocorreu de maneira

³³ *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

injustificada, eis que foram constatadas inúmeras ilegalidades na apreciação das circunstâncias judiciais referentes a este delito no voto vencedor.

Em primeiro lugar, observa-se que inexistiu fundamentação apta a justificar o aumento da pena-base do embargante em razão das **circunstâncias do delito**. Nesse ponto, o v. voto vencedor limitou-se a indicar um exemplo de conduta como circunstância do crime, fazendo uso, inclusive, da expressão “*por exemplo*”.

Nada mais carente de fundamentação!

Em segundo lugar, ressalta-se que o voto condutor utilizou a duração de “2 anos” das atividades da quadrilha como fundamento para o aumento da pena-base.

Ocorre que a **permanência prolongada da quadrilha** constitui **elemento do próprio crime**, qual seja, a “*estabilidade/permanência*”, tal como ensina a doutrina:

*“Para a caracterização do crime de quadrilha ou bando, não basta uma associação eventual ou acidental entre quatro ou mais pessoas para a prática de crimes, devendo haver uma associação estável ou permanente.”*³⁴

Logo, a menção a essa circunstância como justificativa para exacerbar a pena-base do embargante, evidencia claro *bis in idem*.

³⁴. DELMANTO, Celso, et alli. *Código Penal Comentado*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 822, grifos nossos.

Acerca das **consequências do delito**, o v. voto vencedor sobre a dosimetria do crime de formação de quadrilha indicou “a compra de apoio político de parlamentares federais”, de modo a considerá-las desfavoráveis.

Apesar de a questão ter sido levantada, nos presente autos, em relação aos participantes do “*núcleo político*”, jamais houve imputação – ou simples menção – de prática de crime de corrupção por parte do embargante. Nem mesmo ocorreu qualquer descrição de nexo de causalidade entre as condutas delitivas atribuídas a este último e a compra de votos de parlamentares.

Aliás, apenas a título de argumentação, afirma-se que a circunstância judicial **consequências do delito**, tal como considerada na dosimetria de JOSÉ ROBERTO SALGADO, somente poderia existir para aqueles acusados condenados pelo crime de corrupção, e ninguém mais.

Desta forma, considerando as diversas ilegalidades constatadas no voto vencedor, bem como as ponderações feitas nos votos divergentes apresentados quanto à dosimetria do crime de quadrilha, requer-se a pronta reparação da decisão com a fixação da pena do embargante próxima ao mínimo legal, nos termos em que proposta nos votos minoritários.

IV.2. GESTÃO FRAUDULENTA

O embargante foi condenado pela prática do delito de gestão fraudulenta (artigo 4º, *caput*, da Lei nº 7.492/86) à pena de 4 (quatro) anos de reclusão e 120 (cento e vinte) dias-

multa, no valor de 10 (dez) salários mínimos cada, nos termos do voto do Ministro Relator.

Especificamente quanto à dosimetria da pena, o voto proferido pelo insigne Ministro Revisor - acompanhado pelos Ministros ROSA WEBER, CARMEN LÚCIA e DIAS TOFFOLI – apresentou divergência fixando a sanção corpórea em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Uma minoridade qualificada, portanto, em observância às circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Diploma Penal, entendeu por bem impor ao embargante pena mais próxima ao mínimo legal.

Muito embora a defesa do recorrente tenha exaustivamente apresentado as inúmeras razões pelas quais JOSÉ ROBERTO deveria ter sido absolvido pela prática deste delito, busca-se, nos estreitos limites dos presentes embargos, fazer prevalecer o voto divergente que aplicou sanção menor.

De início, cumpre notar gritante incoerência no voto vencedor entre a dosimetria da pena do embargante no tocante aos delitos de gestão fraudulenta e de branqueamento de capitais.

Sim, pois, em que pese o fato de as penas-bases fixadas para os dois crimes terem sido diversas – 4 (quatro) anos de reclusão para a condenação por gestão fraudulenta e 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão para a condenação por lavagem de dinheiro –, as fundamentações

apresentadas para a primeira fase da dosimetria de cada um deles no voto condutor foram essencialmente idênticas.

Ora, se a pena mínima cominada aos dois delitos é exatamente a mesma – 3 (três) anos – e as circunstâncias judiciais foram valoradas da mesmíssima maneira na dosimetria de ambos os crimes, qual a justificativa para a imposição de penas-bases diferenciadas?

A fim de melhor ilustrar a questão, transcreve-se trecho do v. acórdão que aprecia a dosimetria da pena desses crimes:

- GESTÃO FRAUDULENTA

“A culpabilidade, entendida como o grau de reprovabilidade da conduta, apresenta-se elevada, uma vez que JOSÉ ROBERTO SALGADO, na qualidade de um dos principais dirigentes do Banco Rural S/A à época, atuou intensamente, por exemplo, na utilização de mecanismos fraudulentos, como as sucessivas renovações dos empréstimos simulados pelo grupo criminoso, de modo a impedir que essas operações de crédito se revelassem inadimplidas. Não se pode ignorar, ainda, que os valores de tais empréstimos simulados eram significativamente elevados.

(...) considero que JOSÉ ROBERTO SALGADO não ostenta maus antecedentes.

Não há dados concretos acerca da conduta social e da personalidade de JOSÉ ROBERTO SALGADO.

O motivo do crime, em última análise, foi a intenção de JOSÉ ROBERTO SALGADO de obter recursos indevidos para o banco Rural, do qual era um dos principais dirigentes, graças à proximidade buscada e conquistada por MARCOS VALÉRIO

junto ao Governo Federal à época, e aos favores ilícitos prestados, sobretudo, aos integrantes do chamado ‘núcleo político’.

As circunstâncias do ilícito (ressalvadas, para evitar bis in idem, as que constituem elementares e as que já foram consideradas) também se mostram desfavoráveis a JOSÉ ROBERTO SALGADO, uma vez que a simulação dos empréstimos sob enfoque perdurou por mais de um ano.

As conseqüências do ilícito são próprias da espécie delitiva sob enfoque.

Dada a natureza do ilícito, não há que se falar em comportamento da vítima.

Assim, (...) fixo a pena-base de JOSÉ ROBERTO SALGADO em quatro anos de reclusão, mais cento e vinte dias-multa (CP, art. 49, caput).” (fls. 58.053/58.054)

- LAVAGEM DE DINHEIRO

“A culpabilidade, entendida como o grau de reprovabilidade da conduta, apresenta-se elevada, uma vez que JOSÉ ROBERTO SALGADO, na qualidade de um dos principais dirigentes do Banco Rural S/A à época, atuou intensamente, por exemplo, na simulação de empréstimos junto àquela instituição financeira. Não se pode ignorar, ainda, que os valores lavados eram significativamente elevados.

(...) considero que JOSÉ ROBERTO SALGADO não ostenta maus antecedentes.

Não há dados concretos acerca da conduta social e da personalidade de JOSÉ ROBERTO SALGADO.

O motivo do crime, em última análise, foi a intenção de JOSÉ ROBERTO SALGADO de obter recursos indevidos para o banco

Rural, do qual era um dos principais dirigentes, graças à proximidade buscada e conquistada por MARCOS VALÉRIO junto ao Governo Federal à época, e aos favores ilícitos prestados, sobretudo, aos integrantes do chamado ‘núcleo político’.

As circunstâncias do ilícito (ressalvadas, para evitar bis in idem, as que constituem elementares e as que já foram consideradas) também se mostram desfavoráveis a JOSÉ ROBERTO SALGADO, uma vez que as operações de lavagem de dinheiro se estenderam por mais de dois anos.

As consequências do ilícito são próprias da espécie delitiva sob enfoque.

Dada a natureza do ilícito, não há que se falar em comportamento da vítima.

Assim, (...) fixo a pena-base de JOSÉ ROBERTO SALGADO em três anos e seis de reclusão, mais cem dias-multa (CP, art. 49, caput).” (fls. 58.050/58.051)

Como se vê, a única diferença entre os votos refere-se ao período diverso de duração de cada delito, mencionado na apreciação das **circunstâncias** do ilícito (um ano para a gestão fraudulenta e dois anos para as operações de lavagem de dinheiro).

Não há modificação alguma na valoração das circunstâncias judiciais em relação a cada um dos delitos. São absolutamente as mesmas. Em ambos os delitos, o Ministro Relator considera a **culpabilidade**, os **motivos** e as **circunstâncias** do crime como desfavoráveis ao embargante e os termos do juízo de valor são exatamente idênticos.

Diante deste cenário, como é possível, a partir de pena mínima igual, a fixação de penas-bases diversas?

A par disso, insta registrar, quanto à **culpabilidade**, que o voto condutor apresentou a suposta simulação dos empréstimos concedidos às empresas de MARCOS VALÉRIO e ao PARTIDO DOS TRABALHADORES como fundamento para considerar *elevada* a culpabilidade de JOSÉ ROBERTO em ambos os crimes e, por consequência, exasperar-lhe as sanções.

Sim pois, ao fixar a pena-base do crime de branqueamento de capitais acima do mínimo legal, entendeu o insigne Ministro Relator ser a **culpabilidade** elevada em razão da suposta atuação do embargante na simulação de empréstimos.

Sobre o crime de gestão fraudulenta, asseverou que a **culpabilidade** do acusado apresentou-se elevada, uma vez que ele teria atuado na utilização de mecanismos fraudulentos, como as sucessivas renovações dos empréstimos simulados pelo grupo criminoso.

Observe-se que, à fl. 54.558 do v. acórdão condenatório, ao tratar do item IV da exordial acusatória, o Ministro Relator considerou como caráter simulado de operações alguns mecanismos fraudulentos:

“por exemplo, (1) **sucessivas renovações** desses empréstimos fictícios, com incorporação de encargos e realização de estornos de valores relativos aos encargos financeiros devidos, de modo a impedir que essas operações apresentassem atrasos; (2) incorreta classificação do risco dessas operações; (3) desconsideração da manifesta insuficiência financeira tanto dos mutuários, quanto das

suas garantias, sendo que ao menos uma dessas garantias (a cessão dos direitos sobre o contrato da DNA com o Banco do Brasil) era inválida, conforme reconhecido pela área jurídica do próprio banco Rural; e (4) não observância tanto de normas aplicáveis à espécie, quanto de análises da área técnica e jurídica do próprio banco Rural.”

Ou seja, segundo o voto condutor proferido no crime de lavagem, a simulação é gênero do qual são espécies, dentre as apresentadas anteriormente, as “***successivas renovações*** desses empréstimos fictícios”.

Desta forma, há patente ***bis in idem*** na dosimetria desses delitos. Se já aumentada a pena do embargante em razão de sua culpabilidade elevada pelo gênero no crime de lavagem (***simulação de empréstimos***), não poderia ser utilizada a espécie (***successivas renovações de empréstimos***) para exasperar-lhe a pena no crime de gestão fraudulenta, tendo como base os mesmos fatos.

E como é cediço a culpabilidade do réu, como um dos elementos previstos no artigo 59 do Código Penal para fixação da pena, deve ser aferida de modo individualizado para cada réu e para cada delito, independentemente de outras acusações.

Essa circunstância judicial refere-se à “*culpabilidade em sentido lato, ou seja, a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem*”³⁵. Isto é, impõe-se a análise sobre aquele crime específico que se está a julgar e a dosar a pena. Fazer uso de elementos que já embasaram a aferição da culpabilidade de outro crime e, pior (!), quando esses compõem o próprio tipo penal, é inadmissível!

³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. P. 262.

Insta lembrar, a esse ponto, que a tão mencionada *simulação de empréstimos* foi utilizada como fundamento para condenar o embargante pelo delito de gestão fraudulenta, posteriormente para condená-lo pelo crime de lavagem de capitais e, novamente, para majorar-lhe as penas dessas mesmas infrações. Nada mais absurdo!

Não fosse isso suficiente, a valoração da circunstância judicial referente ao **motivo** da prática desses crimes – aliás, não só desses, mas de todos os delitos imputados ao acusado –, identificado como a *obtenção de recursos indevidos para o Banco Rural*, apresentou-se comum e ordinária na espécie criminosa: ganhos patrimoniais em crimes financeiros.

E mesmo que não o fosse, **o suposto motivo coincide também com os elementos subjetivos dos crimes imputados.** E, como se sabe, a ausência de citação de qualquer elemento estranho à própria caracterização do tipo penal acarreta em inadmissível ilegalidade na fundamentação da dosimetria.

Ademais, no que atine ao cálculo da pena da gestão fraudulenta, também quanto ao critério **circunstâncias do ilícito**, equivocou-se o voto condutor ao considerá-lo desfavorável em razão da duração do cometimento do delito, eis que a reiteração do comportamento criminoso ao longo do tempo integra a própria definição dos delitos habituais.

Não à toa, o voto vencido sobre a dosimetria desse crime apresentado pelo Ministro Revisor apontou acertadamente

que “*as circunstâncias e os motivos do crime não revelaram nenhuma excepcionalidade*” (fl. 58.215).

Já no que se refere à conduta social e à personalidade do embargante, o Ministro Relator entendeu não haver dados concretos para a sua aferição, de modo que foram considerados critérios neutros.

Mais uma vez, contudo, apresentou-se incorreto o voto vencedor, haja vista existir nos autos elementos para análise e, inclusive, valoração positiva acerca da conduta e da personalidade de JOSÉ ROBERTO SALGADO.

Com efeito, do depoimento de JOSÉ GUILHERME DO COUTO (fls. 21.308/21.309), testemunha de defesa que conhece o embargante e sua família há 15 anos, extrai-se que:

“...é pessoa religiosa; diz que o acusado é pessoa simples; diz que iniciou sua vida como engraxate; tendo ingressado na área bancária paulatinamente galgado funções nas empresas que trabalhava; nada sabe sobre os fatos referidos na denúncia. Dada a palavra à defesa do denunciado Marcos Valério Fernandes de Souza, que nada quis perguntar.” (grifos nossos)

“O MM. Juiz fez as seguintes indagações: diz que ao longo do acompanhamento da vida do acusado acima referido não pode notar no mesmo ostensivos sinais exteriores de riqueza nos últimos anos.” (grifos nossos)

A testemunha EULER NOGUEIRA MENDES (fl. 21.310), que também conhece o embargante há mais de 15 anos, assevera:

“que o mesmo é pessoa séria, íntegra; diz que nunca soube de qualquer conduta do acusado que tivesse exposto a risco o Banco Rural” (grifos nossos)

Por fim, tem-se o depoimento de ROBERTO TELESTE DA SILVEIRA, que *“conhece o denunciado José Roberto Salgado desde que este era adolescente”*:

“...questionado como conheceu o referido acusado respondeu que há muitos anos trabalhava na Associação dos Funcionário do Banco de Crédito Real; diz que nessa Associação havia um programa que ajudava menores carentes, permitindo que os mesmos trabalhassem percorrendo os vários setores do Banco, realizando trabalhos como jovens engraxates; diz que um desses menores era o acusado José Roberto Salgado. Dada a palavra à defesa do denunciado José Roberto Salgado, às suas perguntas, respondeu: diz que depois de engraxate, o acusado Roberto Salgado foi contratado como office-boy, podendo acompanhar a evolução de Jose Roberto até o mesmo alcançar a função de Chefe de Divisão, quando então desligou-se do Banco e foi para o Banco BEMGE; diz que perdeu contato por muitos anos com o acusado, mas que posteriormente soube que o mesmo ocupava uma função no Banco Rural; diz que sempre ouviu falar que o mesmo era interessado, esforçado e que realmente pode ver que, enquanto outros demoravam para serem promovidos, José Roberto, mercê de sua competência, galgou funções mais rápido no Banco Crédito Real”. (fls. 21.212/21.113, grifos nossos).

Ora, Excelências, é inexorável que tais circunstâncias judiciais deveriam ser consideradas favoráveis e, por consequência, contribuir positivamente na dosimetria da pena atribuída ao embargante, impedindo – ou mitigando – o injustificado aumento em 10%.

Na lição do ilustre Professor GUILHERME DE SOUZA NUCCI: *“o magistrado precisa conhecer a pessoa que estará julgando, a fim de saber se merece uma reprimenda maior ou menor, daí porque a importância das perguntas que devem ser dirigidas ao acusado, no interrogatório, e às testemunhas, durante a instrução”*³⁶.

Logo, para a fixação de uma pena justa, não basta apenas a análise das circunstâncias fáticas de um delito, mas também a apreciação das características do próprio condenado.

No presente caso, pode-se afirmar que JOSÉ ROBERTO SALGADO é nem mais virtuoso nem menos imperfeito do que o homem comum, mas comprovadamente dedicado ao trabalho lícito, chefe de família e pai devotado, cidadão respeitado e estimado no meio social em que inserido.

Em suma, *data maxima venia*, o Ministro Relator apresentou voto flagrantemente contrário ao princípio constitucional da individualização das penas assim como aos dispositivos legais que orientam a sua justa fixação.

Resulta evidente que a dosimetria proposta no voto vencido, acompanhado por minoria qualificada, melhor se

³⁶NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 264.

coaduna com os ditames constitucionais e legais de fixação das sanções penais.

Diante disso, espera-se o provimento do presente recurso a fim de que a pena do delito de gestão fraudulenta estabelecida ao embargante seja diminuída para 3 (três) anos e 6 (meses), nos termos dos votos minoritários apresentados.

IV.3. LAVAGEM DE DINHEIRO E EVASÃO DE DIVISAS: CONTINUIDADE DELITIVA

No que tange ao delito de branqueamento de capitais, JOSÉ ROBERTO SALGADO foi condenado à pena de **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa**, no valor de 10 (dez) salários mínimos cada.

No voto condutor, a pena-base do embargante havia sido fixada em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Foi, todavia, majorada em 2/3 – isto é, o grau máximo de aumento – em razão da continuidade delitiva. A esse respeito, assim se manifestou o Ministro Relator:

“O simples fato de haver diferentes beneficiários nas operações de lavagem de dinheiro, por si só, não impõe o reconhecimento do concurso material entre elas (CP, art. 69), como quer o Ministério Público Federal. Como tais operações foram praticadas nas mesmas circunstâncias, deve incidir a regra do crime continuado (CP, art. 71). **Sendo assim, elevo a pena em dois terços, resultando em cinco anos e dez meses de reclusão, mais**

cento e sessenta e seis dias-multa, visto que foram cometidas quarenta e seis operações de lavagem de dinheiro em continuidade delitiva (CP, art. 71).” (fls. 58.051/58.052, grifos nossos)

Nesse entendimento, o Ministro Relator foi acompanhado pelos Ministros LUIZ FUX, CÁRMEN LÚCIA, AYRES BRITTO, GILMAR MENDES e CELSO DE MELO.

Já o voto proferido pelo insigne Ministro Revisor, muito embora tenha apresentado pena-base no mesmo patamar estabelecido pelo Relator, **estabeleceu a fração – um tanto mais aceitável – de 1/3 para o aumento da sanção pela continuidade delitiva**, de modo que a pena total resultou em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 14 (catorze) dias-multa. *In verbis*:

“Na terceira e última fase da dosimetria, inexistente qualquer causa de diminuição, mas presente a causa genérica de aumento de pena prevista no art. 71 do Código Penal, exaspero a pena em **1/3 (um terço)**, tendo em conta o número de lavagens que lhe podem ser imputadas, estabelecendo-a em **4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais 14 (quatorze) dias-multa**, sanção que torno definitiva para este crime.” (fl. 58.225, grifos do original)

A divergência foi acertadamente corroborada pelos Ministros ROSA WEBER e DIAS TOFFOLI, exceto pela fixação da pena pecuniária.

Quadro tal materializou-se também na dosimetria do delito de evasão de divisas. Pela prática deste crime o embargante foi condenado à pena

de 4 (quatro) anos e 7 (sete) meses de reclusão e 100 (cem) dias-multa no valor de 10 (dez) salários mínimos cada.

Consoante consta do voto vencedor proferido pelo Ministro Relator, a reprimenda total foi calculada a partir de uma pena-base fixada em 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão, aumentada em 2/3 em razão da continuidade delitiva:

“Assim, atento ao disposto nos arts. 59 e 68 do Código Penal, e no art. 22, parágrafo único, primeira parte, da Lei 7.492/1986, fixo a pena-base de JOSÉ ROBERTO SALGADO em dois anos e nove meses de reclusão, mais sessenta dias-multa (CP, art. 49, caput).

Elevo a pena em dois terços, resultando em quatro anos e sete meses de reclusão, mais cem dias-multa, uma vez que foram cometidas vinte e quatro operações de evasão de divisas (CP, art. 71)." (fl. 58.056, grifos nossos)

Adotaram esse mesmo raciocínio os eminentes Ministros LUIZ FUX, CÁRMEN LÚCIA, GILMAR MENDES, AYRES BRITTO e CELSO DE MELO.

O voto apresentado pelo Ministro Revisor, por sua vez, fixou a pena-base em 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, **majorada – de maneira claramente mais razoável – em 1/4 pela continuidade delitiva**, totalizando a reprimenda final em 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 22 (vinte e dois) dias e 13 (treze) dias-multa. Vejamos:

“Na terceira e última fase da dosimetria, inexistente qualquer causa de diminuição, mas presente a causa genérica de aumento de pena prevista no art. 71 do Código Penal, exaspero a pena em 1/4 (um

quarto), tendo em conta o número de 24 (vinte e quatro) operações que lhe podem ser imputadas, e a fixo em 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa, sanção que torno definitiva para este crime.”

(fl. 58.226, grifos do original)

Esse posicionamento foi acompanhado pelo insigne Ministro DIAS TOFFOLI.

Também o Ministro MARCO AURÉLIO alcançou o mesmo patamar da sanção corpórea total. Porém, partiu da pena-base de 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão adotada pelo Ministro Relator sem observar o aumento da continuidade delitiva, pois considerou não ser “*possível ter-se diversos crimes, no que fatiada a remessa ao exterior*” (fl. 59.021).

Como se vê, então, *data maxima venia*, com relação à dosimetria das imputações de lavagem de dinheiro e evasão de divisas, esta egrégia Corte houve por bem fixar as penas definitivas ao embargante após abusiva aplicação do instituto da continuidade delitiva, previsto no artigo 71 do Diploma Penal, em seu coeficiente máximo.

De acordo com esse dispositivo legal, quando constatada a prática, “*mediante mais de uma ação ou omissão*”, de “*dois ou mais crimes da mesma espécie*”, sendo os subsequentes “*havidos como continuação do primeiro*” aplica-se ao agente “*a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços)*”.

É certo que o legislador se omitiu quanto ao critério para determinação do coeficiente de aumento da pena, determinando apenas os

patamares mínimo e máximo da majoração, o que confere certa discricionariedade ao juiz no momento da dosimetria.

Isto não significa, porém, que a sanção imposta ao acusado possa ser aumentada a bel prazer do julgador, sem qualquer fundamentação a respeito e, pior (!), sem observância ao princípio da proporcionalidade. Ao acusado é conferido o direito de conhecer os exatos motivos que o levaram a receber determinada – e **proporcional** – reprimenda corpórea, nem um dia a mais, nem um dia a menos.

Foi, contudo, exatamente o que ocorreu no caso do embargante. **Suas penas foram majoradas pela fração máxima prevista no artigo 71 do Diploma Penal, em clara e injustificada afronta ao princípio da proporcionalidade punitiva.**

É bem verdade que, durante as sessões de julgamento, ante a total falta de critério do Ministro Relator para esses consideráveis aumentos e, ainda, tendo em vista a divergência instalada entre os julgadores quanto à fração a ser adotada, o preclaro Ministro CELSO DE MELLO formulou a seguinte proposta ao Plenário:

“O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Proponho, Senhor Presidente, consideradas as divergências registradas a propósito do art. 71 do CP, que dispõe sobre a regra pertinente ao crime continuado, a adoção, por esta Corte, de critério objetivo que tem sido utilizado pelos Tribunais em geral, além de legitimado por autores eminentes.

Esse critério objetivo, que se ajusta ao próprio espírito da regra legal em questão e que se mostra compatível com a finalidade

benigna **subjacente** ao instituto do delito continuado, **que representa** abrandamento do rigor decorrente da cláusula do cúmulo material, **apoia-se na relação entre** o número de infrações delituosas e as correspondentes frações de acréscimo penal, como abaixo indicado: **NÚMERO DE INFRAÇÕES FRAÇÃO DE ACRÉSCIMO**

02 Um sexto (1/6)

03 Um quinto (1/5)

04 Um quarto (1/4)

05 Um terço (1/3)

06 Metade (1/2)

Mais de 06 Dois terços (2/3)” (fl. 58.548, grifos do original)

A partir de então, esse foi o critério adotado para a aplicação da continuidade delitiva.

De nada adiantou, àquela altura do julgamento, a advertência feita pelo Ministro Revisor, no sentido de que:

“... tratando-se de uma situação completamente excepcional, como nós estamos enfrentando aqui, em que se imputa a um mesmo réu inúmeros crimes, e **tendo em conta o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade**, eu tenho me afastado um pouco desse critério e adotado um critério, de certa maneira, não direi minimalista, mas, no que me concerne, **segundo eu entendo, um pouco mais razoável e proporcional**, porque, se fôssemos seguir a letra a praxe jurisprudencial, a pena final do réu iria para a estratosfera.” (fl. 58.442, grifos nossos)

De fato, “*uma tabela tão rígida, data venia, geraria uma certa iniquidade*”. Com toda razão, o Ministro Revisor alertou que o correto, em observância aos princípios mencionados, seria “*fazer a dosimetria e a aplicação das frações, tendo em conta sempre o resultado final*” (fls. 58.546/58.547).

Ademais, em matéria de crimes financeiros, o critério de “*mais de seis infrações*” para orientar a aplicação do coeficiente máximo de aumento a título de continuidade delitiva afigura-se desprovido de mínima razoabilidade, haja vista decorrer de sua própria natureza, especialmente no âmbito de operações representativas das atividades-fim das instituições bancárias, a pluralidade de atos, a multiplicidade de transações.

Evidente que para crimes contra a vida, crimes contra o patrimônio, crimes contra a honra, dentre outros dessas espécies, a prática de seis infrações delituosas é, de fato, espantosa. Bem por isso, não se mostra, na maioria dos casos, incompatível com o coeficiente máximo de aumento de pena previsto no artigo 71 do Código Penal.

O mesmo não ocorre com os crimes financeiros. Transações financeiras, remessas de valores ao exterior, saques, são operações realizadas, com bastante frequência, caracterizadas, em essência, por sua multiplicidade, além de serem absolutamente comuns nesse cenário.

Note-se que o “*critério objetivo*” escolhido não foi apreciado à luz dos crimes tratados no presente feito, de maneira que a sua adoção apresentou-se desarrazoada, desproporcional e, à toda evidência, destacada da realidade dos autos.

Os próprios julgados colacionados na proposta do eminente Ministro Decano tratam de casos que em nada se assemelham à *Ação Penal* 470. Vejamos: o HC nº 97.181/GO cuida de aplicação da continuidade delitiva a crimes de atentado violento ao pudor contra duas vítimas menores de 14 anos; já o HC nº 128.297/SP refere-se à continuidade delitiva em crimes de roubo majorado e roubo tentado; o HC nº 140.950/SP, por sua vez, trata de crimes de atentado violento ao pudor e roubo; o HC nº 141.884/RS refere-se a crimes de peculato; o HC nº 153.641/RJ discutiu a aplicação da continuidade delitiva em crimes de homicídio. Já os julgados mencionados nas RTs 683-345/346 e 731-587/588 referem-se a crimes contra o patrimônio: furto e estelionato.

Salta aos olhos, destarte, a absurda desproporcionalidade da aplicação do coeficiente máximo de aumento da continuidade delitiva ao embargante, provocada pela equivocada adoção do mesmo critério quantitativo, matemático e objetivo estabelecido para crimes de natureza tão distinta daqueles apurados no caso vertente.

Maior razoabilidade foi apresentada, sem sombra de dúvidas, na fração de aumento de $\frac{1}{4}$ da pena pela continuidade delitiva proposta no voto proferido pelo Ministro Revisor, o qual deve prevalecer.

Afora isso, no que tange especificamente à dosimetria da pena do delito de evasão de divisas, o v. voto vencedor apresentou, *data venia*, mais uma gritante deficiência.

Com efeito, logo de início, indicou as 24 (vinte e quatro) transferências bancárias para justificar a **culpabilidade elevada** e aumentar a pena-base do embargante (fl. 58.055). Em seguida, ao analisar as

circunstâncias do crime, o Ministro Relator considerou-as desfavoráveis, haja vista as operações terem ocorrido durante “*vários meses*” (fl. 58.056).

Ou seja, o mesmo fundamento indicado para considerar elevada a **culpabilidade** (“24 operações”) foi utilizado para avaliar de maneira desfavorável as **circunstâncias do crime** de evasão de divisas (“*vários meses*”).

A jurisprudência, ao tratar de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, é enfática ao dispor que “(...) *se as circunstâncias da conduta criminosa não desbordam da normalidade, não há como considerá-las desfavoráveis para afastar a pena-base do mínimo legalmente previsto para o tipo*”.³⁷

E mais: além do critério de número de operações de evasão supostamente realizadas ter sido apresentado para justificar o aumento da pena de JOSÉ ROBERTO por duas circunstâncias judiciais, sua utilização ocorreu também em dois momentos distintos da dosimetria: fixação da pena-base e incidência da regra do crime continuado.

Sobre o tema, a jurisprudência de nossos tribunais é pacífica ao declarar que há evidente *bis in idem* quando o julgador “*considera o mesmo critério, qual seja, a persistência da conduta delituosa por longo período de tempo, para majorar a pena-base e para fazer incidir o artigo 71 do Código Penal*”.³⁸

Feitas essas ponderações, faz-se necessário o provimento dos presentes embargos infringentes, determinando-se o aumento da pena-base

³⁷. TRF 4: ACR 2000.70.05.004586-8, 8ª T., Rel. Des. LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO, j. 23.01.2008, DJE 30.01.2008.

³⁸. STJ: HC 216.517/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 01/12/2011.

dos delitos de lavagem de dinheiro e evasão de divisas pela continuidade delitiva em $\frac{1}{4}$, fração mais razoável e proporcional, nos termos do voto do Ministro Revisor.

V. PEDIDO

Diante de todo o exposto, requer-se o conhecimento e o provimento dos presentes embargos infringentes, com a reforma do v. acórdão, para **absolver JOSÉ ROBERTO SALGADO (i)** da acusação da prática do delito de formação de quadrilha, nos termos dos votos proferidos pelos Ministros RICARDO LEWANDOWSKI, CÁRMEN LÚCIA, ROSA WEBER e DIAS TOFFOLI, e **(ii)** da acusação da prática do crime de evasão de divisas, fazendo prevalecer o voto proferido pela eminente Ministra ROSA WEBER.

Subsidiariamente, na hipótese de manutenção das condenações do embargante, pleiteia-se o conhecimento e o provimento do recurso para:

- (i) Quanto ao delito de formação de quadrilha, **diminuir** a pena fixada ao embargante **para 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 9 (nove) dias de reclusão**, nos termos dos votos proferidos pelos Ministros TEORI ZAVASKI, RICARDO LEWANDOWSKI, DIAS TOFFOLI e MARCO AURÉLIO;
- (ii) No que tange ao crime de gestão fraudulenta, **reduzir** a pena do acusado **para 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão**, de acordo com os votos minoritários apresentados pelos Ministros RICARDO LEWANDOWSKI, ROSA WEBER, DIAS TOFFOLI e CÁRMEN LÚCIA;

(iii) No que concerne aos delitos de lavagem de dinheiro e evasão de divisas, **diminuir** a fração de aumento pela continuidade delitiva **para** $1/3$ e $1/4$ da pena, respectivamente, em consonância com o que sustentado pelos Ministros Revisor, DIAS TOFFOLI e MARCO AURÉLIO, resultando nas penas definitivas de **4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão** para o crime de branqueamento de capitais e **2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 22 (vinte e dois dias) de reclusão** para o crime de evasão de divisas.

Porque de Direito, porque de Justiça, aspira e espera acolhimento.

Brasília, 10 de novembro de 2013.



Márcio Thomaz Bastos

OAB/SP – 11.273

Maíra Beauchamp Salomi

OAB/SP – 271.055

11/11/2013 17:50:30