

José Carlos Dias
Luis Francisco da Silva Carvalho Filho
Theodomiro Dias Neto
Maurício de Carvalho Araújo
Elaine Angel
Marina Dias Werneck de Souza
Francisco Pereira de Queiroz
Philippe Alves do Nascimento

Excelentíssimo Senhor Ministro Relator da Ação Penal n. 470 –
Supremo Tribunal Federal

Kátia Rabello, por seus advogados, com fundamento no artigo 337 e seguintes do RISTF, vem perante Vossa Excelência opor **Embargos de Declaração com efeitos modificativos** ao v. Acórdão de fls. 51.616/60.020, o que faz pelos motivos a seguir expostos.

1. INTRODUÇÃO

Kátia Rabello foi condenada pelos delitos de gestão fraudulenta, lavagem de dinheiro, evasão de divisas e formação de quadrilha à pena de 16 anos e 8 meses de reclusão, acrescida de 386 dias-multa, no valor unitário de 15 salários mínimos vigentes ao tempo dos fatos. Eis a síntese do decreto condenatório:

“10) por maioria, **condenar a ré KÁTIA RABELLO** pelo delito de **formação de quadrilha** (art. 288 do CP), item II da denúncia, e, por unanimidade, fixar a pena de reclusão em **2 (dois) anos e 3 (três) meses**, tudo nos termos do voto do Ministro Joaquim Barbosa (Relator);

por unanimidade, **condená-la** pelo delito de **lavagem de dinheiro** (art. 1º, incisos V e VI, da Lei nº 9.613/1998), item IV da denúncia, e, por maioria, fixar a pena de reclusão em **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses**, mais **166 (cento e sessenta e seis)** dias-multa, no valor de **15 (quinze)** salários mínimos cada, tudo nos termos do voto do Ministro Joaquim Barbosa (Relator);

por unanimidade, **condená-la** pelo delito de **gestão fraudulenta** (art. 4º, caput, da Lei nº 7.492/1986), item V da denúncia, e, por maioria, fixar a pena de reclusão em **4 (quatro) anos**, mais **120 (cento e vinte)** dias-multa, no valor de **15 (quinze)** salários mínimos cada, tudo nos termos do voto do Ministro Joaquim Barbosa (Relator);

por maioria, **condená-la** pelo delito de **evasão de divisas** (art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/1986), item VIII.b da denúncia, e, por maioria, fixar a pena de reclusão em **4 (quatro) anos e 7 (sete) meses**, mais **100 (cem)** dias-multa, no valor de **15 (quinze)** salários mínimos cada, tudo nos termos do voto do Ministro Joaquim Barbosa (Relator);” (fl. 51.645)

A decisão se revela injusta e desproporcional. A pena cominada a Kátia Rabello —a quarta maior do julgamento— lhe confere uma condição de protagonismo que não tem conexão com a realidade. A pena de 16 anos e 8 meses é superior às penas que o sistema judiciário brasileiro costuma aplicar em casos de homicídio e extorsão mediante sequestro.

A condenação da embargante se deu em razão de práticas bancárias tidas como ilícitas. Não foi acusada de corrupção, peculato ou qualquer ato envolvendo desvio de dinheiro público. Não tinha ciência e não participou de qualquer esquema de corrupção de membros do Congresso. Se o STF entende que houve conduta típica por parte de Kátia Rabello, se entende que os dirigentes do Banco Rural contribuíram de alguma forma para o

esquema de cooptação de apoio político ao governo no Congresso, é justo que suas penas guardem proporção com suas participações individuais nos fatos.

Katia Rabello assumiu a presidência do Banco, no ano de 2003, após a morte da irmã em acidente aéreo, mas assume, de fato, o comando do banco somente em 2004, com a morte de José Augusto Dumont, principal executivo do Rural. Esse percurso profissional merece ser considerado quando se avalia seu grau de participação nos fatos. A condição de presidente não a torna responsável por tudo o que ocorre no banco. Necessário lembrar quem em 2003, o Rural tinha mais de 100 agências e mais de 2 mil empregados.

Katia Rabello não participou das concessões dos empréstimos para as empresas SMP&B, Graffitte Participações e para o PT. As concessões dos empréstimos foram de responsabilidade de José Augusto Dumont. Katia anuiu em 2 renovações do empréstimo do PT e não votou nas renovações da SMP&B e da Graffiti.

Na mesma linha, os fatos relacionados às condenações por gestão fraudulenta, lavagem e evasão de divisas ocorreram em período no qual Katia estava distante, ou em processo de aproximação, do comando operacional do Banco.

A pena ultrapassa, em medida e em intensidade, a culpa penal, a reprovação jurídico-social ao crime. O acórdão está permeado de contradições, obscuridades e omissões, de modo que variadas questões invocadas pela defesa continuam a reclamar sua declaração por meio do presente recurso.

O julgamento não terminou. Esse acórdão será lido e citado por gerações. Será um marco na jurisprudência penal brasileira, servirá de

precedente a todas as instâncias do sistema de justiça criminal do país. Juízes, integrantes do Ministério Público, da polícia, da advocacia terão neste acórdão uma diretriz para o exercício de suas funções constitucionais. É esse o sentido de responsabilidade que deve nortear os integrantes da Suprema Corte nesta última fase do julgamento. O STF demonstrará grandeza se souber rever as inúmeras imperfeições do acórdão, que o colocam em rota de colisão com princípios centrais da dogmática penal, historicamente defendidos nos precedentes da própria Corte.

2. GESTÃO FRAUDULENTA E LAVAGEM DE DINHEIRO – OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO.

A desproporcional pena de Kátia Rabello decorre, em grande medida, de reiteradas valorações dos mesmos fatos para os fins de enquadramento legal e de cálculo de pena. As condenações por gestão fraudulenta e lavagem de capitais configuram nítida violação da garantia contra a dupla incriminação.

Preliminarmente, necessário destacar que os votos do decano Ministro **Celso de Mello**, nas partes que se referem às acusações de gestão fraudulenta e de lavagem de dinheiro, não foram incorporados ao volumoso acórdão e suas intervenções orais no plenário foram todas “canceladas”. O papel protagonista que o decano exerceu no julgamento, com sua experiência, sua cultura e seu prestígio entre os pares, não está refletido no acórdão. Por tal razão, como medida preliminar ao julgamento dos presentes embargos, aguarda-se a publicação dos votos e das manifestações orais do Ministro Celso de Mello para conhecimento da Defesa. Ata de julgamento não pode sofrer censura prévia.

A condenação por gestão fraudulenta está relacionada a fraudes que teriam sido praticadas para simular concessões, e posteriores renovações, de três operações de créditos efetuadas pelo Rural com as empresas SMP&B, Graffitte Participações e com o PT. Esses empréstimos seriam fictícios, no entender do STF. A ementa resume a condenação:

“O crime de gestão fraudulenta de instituição financeira (art. 4º da lei 7492/86) configurou-se com a simulação de empréstimos bancários e a utilização de diversos mecanismos fraudulentos para encobrir o caráter simulado dessas operações de crédito...”

Após a condenação por gestão fraudulenta, as supostas simulações dos empréstimos são novamente valoradas como etapas de crime de lavagem de capitais. Eis a síntese da condenação na ementa:

“A realização do crime de lavagem de dinheiro (art. 1º, V e VI, da Lei 9613/1998) ocorreu mediante três grandes etapas, integradas por condutas reiteradas e, muitas vezes, concomitantes, as quais podem ser agrupadas da seguinte forma: **(1)** fraude na contabilidade de pessoas jurídicas ligadas ao réu MARCOS VALÉRIO, especialmente na SMP&B Comunicação Ltda., na DNA Propaganda Ltda. e no próprio Banco Rural S/A; **(2)** simulação de empréstimos bancários, formalmente contraídos, sobretudo, no banco Rural e no banco BMG, bem como utilização de mecanismos fraudulentos para encobrir o caráter simulado desses mútuos fictícios; e, principalmente, **(3)** repasses de vultosos valores através do banco Rural, com dissimulação da natureza, origem, localização, disposição e movimentação de tais valores, bem como ocultação, especialmente do Banco Central e do Coaf, dos verdadeiros (e conhecidos) proprietários e beneficiários dessas quantias, que sabidamente eram provenientes, direta ou indiretamente, de crimes contra a administração pública e o sistema financeiro nacional (item V) (ementa)”

Os presentes embargos têm o objetivo de questionar a obscuridade e a contradição existentes na dupla valoração dos empréstimos, que culminou em dupla condenação pelos crimes de gestão fraudulenta e de lavagem de dinheiro. Mais grave, nos termos da condenação, mediante a mesma ação (renovação de empréstimos), Kátia teria praticado dois crimes com desígnios distintos, o que justificou a aplicação da regra do concurso formal impróprio, com somatória de penas. A anuência em duas renovações do empréstimo do PT —Kátia não votou nas renovações da SMP&B e da Graffiti— motivou duas condenações por crimes distintos em total de 9 anos e 10 meses de reclusão, pena desproporcional quando se considera que a pena-base do homicídio é 6 anos.

As condenações pelo crime de lavagem de capitais na ação penal nº 470 criam precedente de grande repercussão, conferindo enorme elasticidade ao tipo. O próprio Ministro Marco Aurélio, a certa altura do julgamento, alerta, em tom crítico, que “está se dando **elastério** muito grande ao instituto da lavagem de dinheiro” (fl. 3720; grifo nosso).

Como é sabido, a materialidade do crime de lavagem pressupõe ao menos dois momentos temporais distintos: (i) a prática de um crime antecedente e (ii) a conduta de ocultar ou dissimular o produto oriundo do ilícito penal anterior.

A ação típica que gera produto ilícito em hipótese alguma se confunde com o comportamento posterior de ocultá-lo. A lavagem nasce de crime anterior, depende de sua existência e com ele não se confunde. A lavagem tem início quando seu autor tem contato com o proveito econômico do crime anterior e pratica atos específicos no sentido de reinserir esses recursos ilícitos no sistema financeiro nacional.

No caso, se os recursos dos saques eram, de fato, provenientes de crimes contra a administração pública praticados por Marcos Valério, esses já estariam “lavados” no momento em que ingressaram nas contas do Rural, provenientes de outras instituições financeiras. Se eram provenientes de empréstimos fictícios, a concessão fraudulenta de empréstimos guarda tipicidade própria e teria gerado recursos, cuja entrega a terceiros caracterizaria o exaurimento do crime contra o sistema financeiro e não lavagem de dinheiro.

A fundamentação do acórdão na condenação de Kátia Rabello, e dos demais dirigentes do Banco Rural, pelo crime de lavagem de capitais possui proposições inconciliáveis entre si (contradição) e falta de clareza (obscuridade), que motivam os presentes embargos declaratórios.

A despeito dos argumentos da defesa, as sobreposições nas imputações de gestão fraudulenta e de lavagem de capitais foram mantidas no acórdão condenatório ora combatido. Pelo acórdão não é possível diferenciar as condenações pelos crimes de gestão fraudulenta e de lavagem de dinheiro. Há nítida valoração de um único fato em duplidade.

Os empréstimos supostamente fraudulentos não podem, ao mesmo tempo, substancializar a imputação de gestão fraudulenta a título de “crime antecedente”, e caracterizar um dos meios pretensamente empregados para a lavagem de capitais.

(I) Voto condutor do Ministro Joaquim Barbosa:

A obscuridade, a falta de clareza, no ato da condenação, se evidencia, de forma destacada, no voto proferido pelo Ministro relator, que descreve o empréstimo, ora como crime autônomo de gestão fraudulenta, ora como etapa do crime de lavagem.

Nos exatos termos da supracitada ementa, o Ministro relator assim descreve o crime de lavagem de capitais atribuído à embargante:

“(1) fraude na contabilidade de pessoas jurídicas ligadas a MARCOS VALÉRIO, especialmente na SMP&B Comunicação Ltda., na DNA Propaganda Ltda. e no próprio Banco Rural S/A; (2) simulação de empréstimos bancários, formalmente contraídos, sobretudo, no banco Rural e no banco BMG, bem como utilização de mecanismos fraudulentos para encobrir justamente o caráter simulado desses mútuos fictícios; e, principalmente, (3) repasses de vultosos valores através do banco Rural, com dissimulação da natureza, origem, localização, disposição e movimentação de tais valores, bem como ocultação, especialmente do Banco Central e do Coaf, dos verdadeiros (e conhecidos) proprietários e beneficiários dessas quantias, que sabidamente eram

provenientes, direta ou indiretamente, de crimes contra a administração pública e o sistema financeiro nacional, além de praticados por organização criminosa, conforme esmiuçado nos itens III, V e VI.” (fls. 2936-2937 do acórdão; grifo nosso).

De acordo com o voto condutor, cada uma das três mencionadas fases —fraude contábil, simulação de empréstimo e repasses dos valores— “seria suficiente para, isoladamente, caracterizar o crime de lavagem de dinheiro” (fl. 2937 do acórdão). Mas considerando que a denúncia qualificou como lavagem apenas os repasses de valores, preferiu o ministro relator qualificar as fraudes contábeis e a simulação dos empréstimos bancários “apenas como etapas do delito de lavagem de dinheiro” (fl. 2937 do acórdão). Em primeiro lugar, é preciso ressaltar que o julgador não está vinculado à qualificação jurídica dos fatos proposta pelo Ministério Público. Em segundo, etapa de lavagem é lavagem, e não crime antecedente.

Pelo voto do relator, as fraudes que teriam sido perpetradas para simular os empréstimos são tipificadas como crime antecedente e como crime de lavagem, o que configura obscuridade e contradição:

“Feito esse registro, anoto que as fraudes contábeis e os empréstimos simulados constituíram importantes etapas para o repasse dissimulado, através do banco Rural, de expressivos recursos a destinatários que, apesar de conhecidos, eram dolosamente ocultados das entidades e órgãos de controle, notadamente o Banco Central do Brasil e o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf).

“Outra etapa da lavagem de dinheiro foi a simulação de empréstimos bancários. Com efeito, conforme já antecipado, os integrantes do chamado “núcleo financeiro-banco Rural” (KÁTIA RABELLO, JOSÉ ROBERTO SALGADO, VINÍCIUS SAMARANE e AYANNA TENÓRIO), em conluio com os membros do “núcleo

publicitário ou operacional” (MARCOS VALÉRIO, RAMON HOLLERBACH, CRISTIANO PAZ, ROGÉRIO TOLENTINO, SIMONE VASCONCELOS e GEIZA DIAS), atuaram intensamente na simulação de empréstimos bancários, formalmente contraídos, sobretudo, no banco Rural. (fl. 2943 do acórdão; grifo nosso).

“A par das fraudes contábeis e dos empréstimos simulados já demonstrados, a principal etapa da lavagem de dinheiro descrita na denúncia foi a ocultação dos reais ou verdadeiros proprietários e beneficiários dos vultosos valores repassados, em espécie, pelos membros do ‘núcleo publicitário’ através do Banco Rural, em concurso com os principais dirigentes dessa instituição financeira á época” (fl. 2962 do acórdão).

“(...) Lembro que os tais empréstimos formalmente concedidos pelo banco Rural a sociedades vinculadas ao grupo de MARCOS VALÉRIO, assim como os diversos mecanismos fraudulentos utilizados pelos integrantes do ‘núcleo financeiro’ para encobrir justamente o caráter simulado desses mútuos, a exemplo das sucessivas renovações dessas supostas operações de crédito (v. itens II e V), constituíram **tanto uma forma de o banco Rural injetar dinheiro na quadrilha, em troca de vantagem indevidas da parte do governo federal à época, quanto uma importante etapa da lavagem de parte do dinheiro** ilicitamente obtido pela quadrilha descrita no item II, conforme pormenorizado no item III deste voto” (fls. 3013-3014 do acórdão; grifo nosso).

O *bis in idem*, a dupla valoração dos empréstimos se torna evidente na folha 3014 do acórdão:

“Já a gestão fraudulenta, consoante demonstrado nos itens II, III e IV e V, caracterizou-se, também, pelo manejo de diversos mecanismos fraudulentos, utilizados sobretudo para encobrir o caráter simulado desses empréstimos (item V), os quais se prestaram tanto para lavar parte do dinheiro ilicitamente obtido

pelo grupo (itens III e IV), como para o banco Rural injetar dinheiro na quadrilha, em troca de vantagens indevidas por parte do governo federal á época” (item III) (fl. 3014 do acórdão).

Nesse mesmo ponto do acórdão, a obscuridade e a contradição se revelam uma vez mais quando é sustentada a tese do concurso formal, pois os dirigentes do Rural “*incorreram tanto no crime de gestão fraudulenta de instituição financeira, quanto no de lavagem de dinheiro*” (fl. 3014 do acórdão). O voto condutor sustenta a inadmissível tese de que os empréstimos supostamente fraudulentos constituem ao mesmo tempo crime antecedente e crime de lavagem e, o que é mais grave, sustenta que, diante da autonomia dos desígnios, deve ser aplicada a regra do concurso formal impróprio e as penas dos dois crimes devem ser somadas (CP, art. 70, segunda parte).

O voto condutor sustenta, ainda, que o crime de corrupção é crime antecedente, pois teria se consumado no ato do oferecimento e da aceitação da vantagem indevida, “*somente o recebimento do dinheiro é que se deu depois*”.

Mas se assim ocorreu, como é possível que a entrega do dinheiro da corrupção ao corrompido já seja ato de lavagem? Como é possível lavar um recurso que ainda não está disponível? A dissimulação na entrega do dinheiro ao agente público corrompido já configura ato de lavagem? Quando o corruptor esconde o dinheiro em um envelope para entrega ao agente público corrompido já está praticando lavagem de capitais? A alegada ocultação do destinatário do saque não é elemento integrante do crime antecedente (corrupção ou gestão fraudulenta)? São inúmeros os problemas dogmáticos decorrentes do conceito de lavagem de capitais proposto pelo voto condutor. O precedente trivializa o conceito de lavagem, que se tornará item obrigatório em qualquer ação penal envolvendo acusação de crime de natureza patrimonial.

O acórdão é contraditório. Para negar o concurso formal, o voto condutor defende a pluralidade de desígnios entre o crime de lavagem e o crime de gestão; mas para fundamentar o aumento da pena-base, com base no artigo 59 do Código Penal, o voto condutor menciona invariavelmente o mesmo motivo para todos os crimes que teriam sido praticados pela embargante: “*a intenção de KÁTIA RABELLO de obter recursos indevidos para o banco Rural*” (fls. 58.040; 58.042; 58.045).

A dupla condenação por um mesmo ato na qualidade de um crime antecedente que teria ocorrido “paralelamente” (fl. 3022) a um crime de lavagem de capitais constitui inovação dogmática e precedente de grave repercussão.

Outros trechos do acórdão merecem ser destacados.

(II) Voto do Ministro Revisor Ricardo Lewandowski

Enquanto o Ministro relator sustenta que os atos de gestão fraudulenta e os de lavagem ocorreram “paralelamente” (fl. 3022), o Ministro revisor sustenta que ambos ocorreram em momentos “absolutamente distintos” (fl. 3064):

“Na primeira fase da aludida sistemática, não há falar, ainda, na existência de lavagem, mas, tão somente, no crime de gestão fraudulenta. Com a ação de dissipar os recursos provenientes dos empréstimos é que a lavagem de capitais – na modalidade “dissimulação da localização, disposição e movimentação” – se inicia. Aliás, se assim não fosse, não haveria qualquer sentido em utilizar-se, como delitos antecedentes ao de lavagem, os crimes praticados em detrimento do Sistema Financeiro Nacional.” (fls. 3066-3067 do acórdão; grifo nosso).

III. Voto do Ministro Luiz Fux

No voto do Ministro Fux, também se revela a dupla incriminação dos empréstimos, tratados ora como crime antecedente de gestão fraudulenta (fls. 3201; 3332), ora como etapa de crime de lavagem de dinheiro (fl. 3333):

“Além dos saques bancários irregulares, a lavagem de dinheiro também foi operacionalizada, consoante destacado pelo eminentíssimo Min. Relator, por meio de: i) fraude na contabilidade de pessoas jurídicas ligadas a Marcos Valério, em especial na SMP&B Comunicação Ltda., na DNA Propaganda Ltda. e no Banco Rural, e ii) simulação de empréstimos bancários no Banco Rural e BMG. Considerando que a petição inicial de acusação cingiu-se, no que tange à lavagem de dinheiro, aos repasses de valores feitos através do Banco Rural, as fraudes contábeis e as simulações de empréstimos serão apenas consideradas, assim como o fez o eminentíssimo relator às fls. 3-4 de seu voto, como etapas da lavagem de dinheiro relevantes para viabilizar os saques de quantias vultosas no Banco Rural.”(fl. 3184, grifo nosso).

“Em linhas gerais, a réu Katia Rabello foi denunciada posto, na qualidade de dirigente do Banco Rural e em associação com outros administradores da aludida instituição financeira, permitiu a prática de operações criminosas, **em particular a renovação de empréstimos forjados pela SMP&B de maneira a caracterizar a gestão fraudulenta de instituição financeira e a configurar a prática de conduta voltada para a lavagem de dinheiro**” (fls. 3227 do acórdão; grifo nosso).

Na folha 3332, os supostos empréstimos fraudulentos são novamente enquadrados pelo Ministro Fux como: **(a)** crime antecedente que produziu recursos ilícitos que seriam, posteriormente, lavados, e **(b)** como ato de lavagem, voltado à “*dissimulação*” da “*origem espúria dos recursos*”.

(IV) Voto do Ministro Ayres Britto

Também no voto do Ministro Ayres Britto as acusações de gestão se confundem com as acusações de lavagem:

“Assim postas as coisas, não há como negar que a simulação de mútuos bancários operou como mecanismo de dissimulação da natureza, origem, localização e transferência de valores, assim como de ocultação dos reais destinatários das quantias movimentadas. Pelo que só posso concluir que, primeiro, simulava-se o empréstimo e, depois, dissimulava-se a simulação” (fl. 3430).

2.1. Ato de exaurimento e ato de lavagem

A despeito das mencionadas imprecisões conceituais, há trechos do acórdão nos quais os ministros discutem a importância de diferenciação entre ato de lavagem e ato de exaurimento do crime antecedente.

Segundo o Ministro Cezar Peluso, os atos praticados para ocultação de um crime não se confundem com atos de lavagem. O argumento procede. Do contrário, sempre que alguém praticasse delito com resultados financeiros e os entregasse secretamente a alguém, realizaria, automaticamente, o tipo penal de lavagem de capitais, o que destoa da objetividade jurídica da respectiva norma penal.

Assim declarou o Ministro: “*a utilização de terceira pessoa para o saque de dinheiro ilícito não passa, a meu ver, do exaurimento do próprio delito originário, pois se destina a viabilizar-lhe o recebimento*” (fls. 2172-2173). Pelo mesmo raciocínio, se se entende, a despeito da prova em sentido contrário, que os empréstimos foram artifícios fraudulentos para cooptação de apoio político para o governo, a disponibilização desses

recursos aos parlamentares, por meio de saques, seria exaurimento do crime de gestão fraudulenta. Nesse sentido, são os pareceres dos professores Cezar Bitencourt e David Teixeira de Azevedo, apresentados em memoriais.

As supostas simulações que, no entender do STF, teriam sido praticadas para ocultar a entrega dos recursos, seria ato constitutivo do crime anterior. Embora o Ministro Peluzo não tenha participado do julgamento das acusações contra a embargante, vale destacar trecho de seu voto que se alinha com a tese ora sustentada pela defesa:

“Noutras palavras, Senhor Presidente, o que eu estou querendo dizer, de maneira mais simples, é o seguinte: não vejo, na descrição dos fatos e na prova, que tenha havido ações independentes entre o crime de corrupção passiva e o delito de lavagem de dinheiro. Por quê? Porque o fato, a meu ver, de o réu tê-lo recebido clandestinamente, ocultando, com isso, a origem do dinheiro, não é ação distinta e autônoma do ato de receber. É apenas uma *circunstância modal* do recebimento: ao invés de receber em público – coisa que não poderia fazer, por razões óbvias -, o denunciado recebeu-o clandestinamente” (fl. 2173).

Ainda que se entenda que houve gestão fraudulenta na concessão e na renovação de empréstimos, ela não se confunde com o mascaramento de bens, que exige ato posterior, separado, de ocultação dos capitais. Ou seja, a lavagem ocorre após a entrega do recurso ilícito ao corrompido, por meio de atos autônomos como a compra de um imóvel ou de uma obra de arte, a abertura de um negócio, etc.

Nem todo ato de dissimulação de um crime antecedente constitui ato de lavagem. A Ministra Rosa Weber foi precisa nesse ponto:

“Entendo que o receber, na corrupção passiva, não há de se fazer sob as luzes dos holofotes, o receber, de forma dissimulada, se insere na própria fase consumativa do delito de corrupção passiva. A conduta é uma só.” (...) [O] receber maquiado, o receber dissimulado, ele é ínsito à natureza da corrupção passiva.” (fl. 3180).

Nas folhas 3719 e 3720 do acórdão, em debate sobre a questão dos saques, o Ministro Marco Aurélio declarou estar “*assustado com o conceito, que está sendo veiculado, de lavagem de dinheiro*”:

“Para mim [declarou o Ministro], o local da entrega do dinheiro e a utilização de intermediário são elementos neutros, considerado o tipo ‘lavagem de dinheiro’. Cogitaria, sim, do exaurimento do ato de corrupção” (fl. 3719).

“[E]stá se dando **elastério** muito grande ao *instituto da lavagem de dinheiro*”, declara o Ministro (fl. 3720; grifo nosso).

No entender da defesa, partindo da lógica condenatória, o argumento mais coerente seria entender o saque como exaurimento da gestão fraudulenta. Mas se o STF, de fato, está convencido que as supostas simulações de empréstimos foram etapas do crime de lavagem, por coerência, o Tribunal deveria reconhecer a absorção do crime de gestão pelo de lavagem.

Nessa linha, vale destacar trecho de ementa de decisão do TRF4, reconhecendo a absorção de crime de evasão de divisas pelo crime de lavagem:

1. Apresentando-se o crime de evasão como uma das etapas para tornar efetivo o delito de lavagem de dinheiro, ou seja, constituindo-se como crime meio para a realização do segundo,

tem-se por absorvido o ilícito do sistema financeiro nacional pelo crime do art. 1º da Lei nº 9.613/98.¹

Ou seja, a fraude praticada como o intuito de dar aparência de ilicitude a recursos provenientes de crime antecedente é punida a título de lavagem; da mesma forma que a falsificação de um documento com o objetivo de enganar alguém é vista como crime meio do estelionato. É nesse sentido a jurisprudência dos tribunais superiores:

STF:

7. Se um crime é meio necessário ou fase normal de preparação ou de execução de outro crime, encontrando-se, portanto, o fato previsto em uma lei inserido em outro de maior amplitude, permite-se apenas uma única tipificação, por óbvio, a mais ampla e específica (por força do fenômeno da consunção): no caso em exame, exatamente a do crime previsto no art. 90, da Lei nº 8.666/93, não se legitimando o processamento e o julgamento do denunciado por dois crimes distintos. [...] ²

STJ:

De acordo com o princípio da consunção, haverá a relação de absorção quando uma das condutas típicas for meio necessário ou fase normal de preparação ou execução do delito de alcance mais amplo, sendo, portanto, incabível o reconhecimento da

¹TRF4, ACR 2000.71.00.037905-4, Oitava Turma, Relator Luiz Fernando Wowk Penteado, D.E. 11/01/2011.

² STF - Inq 3108, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-059 DIVULG 21-03-2012 PUBLIC 22-03-2012.

absorção de um crime mais grave pelo mais leve (Precedentes do STF e do STJ). Recurso provido.³

Em outras palavras, se, como entende o acórdão, as simulações de empréstimos foram etapas do crime de lavagem de capitais, tais fraudes devem ser absorvidas pela lavagem.

Há, portanto, patente obscuridade na dupla qualificação jurídica dos empréstimos tidos como fraudulentos, a preencher tanto o elemento normativo descrito no artigo 1º da Lei nº 9.613/098, ao mesmo tempo em que embasam a acusação de violação do artigo 4º da lei 7492/86.

Aguarda-se, pois, o provimento dos embargos, e seus efeitos modificativos, para, diante das obscuridades e contradições apontadas, decretar a inviabilidade da condenação cumulativa de Kátia Rabello pelos crimes de gestão fraudulenta e lavagem de capitais.

³STJ - REsp 878897/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2007, DJ 16/04/2007, p. 224).

3. EVASÃO DE DIVISAS – OMISSÃO

“Em matéria de responsabilidade penal, não se registra, no modelo constitucional brasileiro, qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer a culpa do réu. Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita”.

Ministro **CELSO DE MELLO**

Na condenação de **Kátia Rabello** pelo crime de evasão de divisas foi ignorado o ensinamento clássico e precioso do Supremo Tribunal Federal, sintetizado no texto elegante de **CELSO DE MELLO** (Habeas Corpus n. 84.580/SP). E, com efeito, poderiam ser citados diversos acórdãos da Relatoria dos ministros que participaram do julgamento da Ação Penal 470 que repudiam a culpa por presunção e a responsabilidade objetiva em matéria penal. Importante anotar: ambiguidades, omissões, erros e contradições fazem parte do cotidiano do Judiciário e dos órgãos colegiados. Sobretudo em processo com tamanha complexidade, dimensão e visibilidade. Não há demérito. Reconhecê-los é mérito.

A omissão do v. Acórdão decorre de duas circunstâncias, como se demonstrará.

Em síntese, o STF condenou **Kátia Rabello** em virtude de 24 depósitos oriundos de instituições do “conglomerado Rural” na conta Dusseldorf, de **Duda Mendonça**, no BankBoston International. O próprio Procurador Geral da República ao requerer, no tocante ao crime de evasão de divisas, a *emendatio libelli*, reconhece por via transversa a inexistência de

elementos capazes de sustentar a condenação pleiteada na denúncia e **renuncia** ao projeto acusatório.

O crime de evasão, definido no artigo 22 da Lei 7.492/86, pressupõe ou uma operação de câmbio não autorizada (*caput*) ou a saída de moedas ou divisas para o exterior, também não autorizadas (parágrafo único, primeira parte).

Vejamos, voto a voto, o fundamento da condenação.

O argumento do Ministro **JOAQUIM BARBOSA** é tecnicamente frágil e não alcança as circunstâncias elementares do tipo. Ao tratar do Item VIII da denúncia, o eminente Relator se limita a traçar a vinculação de **Kátia Rabello** e outros integrantes do chamado “núcleo financeiro” com instituições do “conglomerado Rural” no exterior, particularmente com o Trade Link Bank, de onde teriam partido valores para depósitos na conta Dusseldorf, o que é absolutamente **irrelevante** para a verificação desta acusação específica. Insiste em citações de processo administrativo do Banco Central que não trata da evasão de divisas. Em nenhum instante o voto do Relator cuida – e nem poderia, por absoluta falta de amparo probatório – da saída concreta dos recursos do país e sua trajetória. Não responde questões básicas de qualquer imputação penal: quando, como e quem?

Não se questiona nesse instante a existência dos depósitos. O voto vencedor é **omisso** diante da anatomia do delito: não estabelece quando e de que forma os valores teriam deixado o Brasil, sem autorização da autoridade monetária, nem delineia outros mecanismos eventuais de evasão, como a compensação internacional ou o contrato de câmbio fraudulento, por exemplo, envolvendo o Banco Rural e seus dirigentes. Independentemente da perspectiva de qualquer outra infração penal (**Duda Mendonça** foi absolvido apesar do delito tributário), não se pode falar em

evasão de divisas, por exemplo, se os valores utilizados para o depósito em conta no exterior já estavam no exterior e não foram objeto de compensação internacional considerada criminosa. O voto não esmiúça a origem dos valores envolvidos nos depósitos.

O voto do Relator presume que os valores depositados em contas de instituições do “conglomerado Rural” no Exterior eram fruto de operações de câmbio ou de saída de moeda não autorizadas; presume que os vinte e quatro depósitos correspondem a vinte e quatro remessas ilegais para o exterior; presume que os depósitos na conta Dusseldorf foram feitos por conta e ordem das próprias instituições do “conglomerado Rural” e não por conta e ordem de seus clientes, dentro da normalidade do capitalismo internacional; presume, como se fosse possível a responsabilidade objetiva no plano penal, que as “*saídas ilegais*” contaram “*com o imprescindível apoio operacional*” do “*núcleo financeiro-banco Rural*” (SIC); presume que **Kátia Rabello** tinha ciência dos depósitos e de remessas ilegais, que não especifica, sendo, por isso, coautora do delito. É kafkiano.

A ministra **ROSA WEBER**, vencida na votação, entendeu não estar suficientemente caracterizada a responsabilidade criminal dos dirigentes do Banco Rural pelo crime de evasão de divisas. É um contraponto importante (pg.1421/1422, fls. 53036/53037):

“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 Antonio, 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”.

Os votos dos demais ministros não tiveram a percepção aguda de **ROSA WEBER** e acolheram, automaticamente, a tese do Relator.

O voto do eminent Revisor Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** (pg. 5540, fls. 57155) não se preocupa em especificar quando e como teriam se dado as supostas remessas atribuídas a **Kátia Rabello**, não cita provas e não cuida da responsabilidade de cada um. É lacônico:

“Por outro lado, estou de acordo com o Relator na condenação de MARCOS VALÉRIO, RAMON HOLLERBACH, SIMONE VASCONCELOS, KÁTIA RABELLO e JOSÉ ROBERTO SALGADO com relação ao delito previsto na primeira parte do parágrafo único do artigo 22 da Lei 7.492/1986. Isso pelos motivos fartamente enunciados pelo Relator, os quais adoto como razão de decidir. Os réus tinham ciência da origem ilícita do dinheiro e foram os principais artífices de sua remessa para o exterior”.

O voto do eminent Ministro **LUIZ FUX** (pg. 5569/5574, fls. 57184/57189) trilha o mesmo caminho e constrói um silogismo desrido de lógica em matéria de responsabilidade penal. Como o Banco Rural possuía “vínculos” com instituições sediadas no exterior, como tais instituições realizaram depósitos na conta Dusseldorf, e baseando-se também no já referido processo administrativo do Banco Central (que, repita-se, não trata de evasão de divisas, apesar de detectar em tese operações irregulares, objeto de outra ação penal), estabeleceu a responsabilidade da presidente do Banco, **Kátia Rabello**, pelo crime do parágrafo único do artigo 22 da Lei 7.492/86. Presume a culpa.

O voto do Ministro **DIAS TOFFOLI** (pg. 5603, fls. 57218) é como o do Revisor. Lacônico. Apesar de configurarem atos distintos, também confunde os próprios depósitos na conta Dusseldorf com remessas irregulares de recursos para o exterior:

“Do mesmo modo, demonstrada a efetiva participação de **Kátia Rabello** e **José Roberto Salgado** em vinte e quatro remessas irregulares de recursos ao exterior, também, acompanhando o relator, julgando procedente a ação penal para condená-los pela prática do delito previsto no **art. 22, parágrafo único, primeira parte, da Lei 7.492/86, por vinte e quatro vezes, em continuidade delitiva**”.

O voto da Ministra **CÁRMEN LÚCIA** (pg. 5609/5610, fls. 57224/57225) não enfrenta a questão das circunstâncias elementares do tipo penal, consagra a responsabilidade objetiva e condena **Kátia Rabello** por evasão de divisas. Presume a culpa com base em cargos e não em atos praticados:

“... por considerar que as práticas levadas e efeito, para tanto, valendo-se das agências e das empresas do Banco Rural, não seriam possíveis sem o pleno conhecimento desses dirigentes”.

O voto do eminente Ministro **GILMAR MENDES** (pg. 5637/5638, fls. 57252/57253) leva em consideração apenas a existência dos depósitos e as vinculações do Banco Rural com o grupo de **Marcos Valério**, acabando, também, por presumir a culpa e consagrando a responsabilidade objetiva:

“É certo que não há uma prova formal, direta, subscrita por KÁTIA RABELLO e/ou JOSÉ ROBERTO SALGADO [...]. Todavia os elementos de prova colacionados (documentos e depoimentos) autorizam concluir que as remessas ao exterior, mediante operações internacionais paralelas, não tinham como se efetivar

sem a autorização e a participação direta dos altos dirigentes da instituição”.

Quais “*operações internacionais paralelas*”?

O voto do Ministro **MARCO AURÉLIO** (pg. 5644, fls. 8405) limita-se a acompanhar o Relator e o Revisor: “*Suas Excelências veicularam o que há de elementos probatórios, sob o ângulo da participação*”.

O voto do decano Ministro **CELSO DE MELLO**, na parte que se refere à evasão de divisas, infelizmente não foi incorporado ao volumoso acórdão e suas intervenções orais no Plenário foram, todas, “**CANCELADAS**”, razão pela qual, como medida preliminar ao julgamento dos presentes embargos, aguarda-se a sua publicação para conhecimento da Defesa. Ata de julgamento não pode sofrer censura prévia.

Finalmente, o voto do Ministro Presidente **AYRES BRITTO** (pg. 5670/5673, fls. 57285/57288). O fundamento da condenação é o mesmo do Relator. Esquecendo-se que o próprio Procurador Geral da República havia desistido da acusação de evasão de divisas, ressuscitou a denúncia como evidência da culpa: “*dá conta de remessas ilícitas executadas diretamente pelo grupo econômico do qual o Banco Rural faz parte*”. Não diz quando e nem como teriam sido realizadas as remessas. E depois se contradiz: “*Ora, o que se tem nos autos é que as ordens de pagamento saíram da SMP&B, empresa que se valia do aparato disponibilizado pelos gestores do Banco Rural, ainda que algumas das transferências de valores para Duda Mendonça tivessem como origem contas no exterior*” (grifo nosso). Remessas diretas ou ordens da SMP&B? Quais contas no exterior? Quem seriam seus titulares? Qual a origem dos recursos? Por que então condenar **Kátia Rabello?** Presunção.

A Ministra **ROSA WEBER**, ao refutar argumento defensivo relacionado com a evasão de divisas, esclarece: “**Não se está mais no tempo das carruagens**”. Sua Excelência chama a atenção para o caráter sofisticado dos mecanismos de evasão num mundo global e eletrônico. E cita, como exemplo de mecanismo de viabilização da evasão de divisas, os sistemas internacionais de compensação. E, no caso concreto, concluiu a Ministra pela ausência de provas de conhecimento e responsabilidade dos dirigentes do Banco Rural pelas transações realizadas:

“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 transações e beneficiário específico.” (p. 1422; fl. 53037)

A primeira omissão do v. Acórdão, na parte que toca o delito de evasão de divisas, é justamente a falta de especificação do modelo das supostas remessas que teriam sido feitas diretamente pelo “conglomerado Rural”, do mecanismo utilizado, que justificariam o decreto condenatório. O voto do relator, e por extensão, os votos vencedores dos demais ministros, parte de uma premissa equivocada. Cada depósito feito na conta Dusseldorf não corresponde necessariamente a uma remessa ilegal. Em tese poderia ser uma única remessa, ou duas ou três, e vários depósitos. São ações e momentos distintos, no espaço e no tempo, não especificados.

Por não esmiucar a origem dos valores depositados, não se tem como atribuir a evasão aos dirigentes do Banco Rural. E se esses recursos foram remetidos às instituições do Rural no exterior por doleiros, via dólar cabo? E se os valores dos 24 depósitos não saíram do Brasil? Onde estaria a participação de **Kátia Rabello**? Contas de doleiros em instituições financeiras no exterior existem em todos os bancos, não apenas no “conglomerado Rural”, e sua existência não configura, em tese, o crime de

evasão. E se os recursos que originaram depósitos na conta Dusseldorf são fruto de doações diretamente recebidas pelo PT no exterior, algo bastante plausível? Onde estaria então o fundamento da condenação de **Kátia Rabello?**

O que não faz sentido é presumir a culpa da embargante pela prova usada para a condenação em outro delito. O Procurador da República não conseguiu sustentar tese das remessas ilegais feitas diretamente pelo Banco Rural e por isso requereu a *emendatio libelli*. O v. Acórdão não estabeleceu o mecanismo de evasão que teria sido adotado. Não o descreve. O tipo penal, assim, não se aperfeiçoa. Repita-se: o acórdão confunde os depósitos com supostas remessas. Qual operação paralela de remessa corresponde a este e aquele depósito? Quantas foram? Quando? Como se viabilizaram? Não se sabe.

É sintomático o conteúdo do único debate oral no Plenário sobre a imputação de evasão contra a embargante (pg. 5554/5555, fls. 57169/57170), abaixo transrito. O que se percebe, quando o eminente Relator se revela inconformado com a corajosa dissidência da Ministra **ROSA WEBER**, como se fosse sempre dono da verdade, é que, na falta de elementos reais para caracterizar a evasão, o Ministro **JOAQUIM BARBOSA** se confundiu: depois de rejeitar a *emendatio libelli*, adota como argumento condenatório o crime de “lavagem”:

“A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Isso com relação à lavagem. Com relação à absolvição de Kátia Rabello pelo crime de evasão de divisas. Acompanhei Vossa Excelência quanto à remessa fraudulenta ao exterior no caso de Marcos Valério, Ramon Hollerbach e Simone Vasconcelos.

E acompanhei Vossa Excelência – e não estava o acompanhando, mas acho que o faço agora, se Vossa Excelência propõe a absolvição de Cristiano Paz.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) –
Propus.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Por que o fez? Porque não encontrou elementos que o vinculassem.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) –
Porque nada, não há participação dele.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Então, nada impede – e aí fundamento e uso esse aspecto para reforçar o que acabei de dizer com relação ao Banco Rural – que eu também não encontrei elementos de prova que me levem à condenação específica da Kátia Rabello, do José Roberto Salgado e do Vinícius Samarane.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) – Mas Vossa Excelência simplesmente não entende caracterizada a lavagem neste caso, no caso desses vários bancos?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Mas não está havendo imputação de lavagem. Eu estou falando de evasão de divisas, com todo respeito.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) –
Vossa Excelência não votou ainda sobre lavagem? A lavagem foi imputada, sim.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Na minha compreensão, não. Acabei de dizer, eminent Relator, que não conheço da emendatio libelli que foi feita nas alegações finais pelo Ministério Público. Eu não conheço, não conheço. Na verdade, disse o Ministério Público que houve um equívoco, que se trataria apenas de um novo enquadramento jurídico.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) – A emendatio libelli, Ministra, porta sobre os integrantes do núcleo publicitário e financeiro.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – É o que estou votando.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) – O Ministério Público pediu que fossem condenados por lavagem de dinheiro e não por evasão.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Isso.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) – Eu rejeitei como Vossa Excelência.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Então estamos de acordo. Eu, na verdade, não rejeito; eu não conheço. Mas estamos de acordo. O resultado no final é o mesmo.

E com relação à evasão de divisas, eu os absolvo sim. Mas eu não quero convencer Vossa Excelência. Eu é que estou convicta. Não encontrei elementos que me levem a condenar, e não vou fazê-lo.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) – Não. Eu talvez peque um pouco pela ênfase. Mas é que o crime de lavagem de dinheiro (SIC) é um delito de uma seriedade tão grande que eu acho que nós não podemos barateá-lo...”.

Numa tarde, dedicada ao julgamento de **Duda Mendonça**, o ato falho passou despercebido. Com todo o respeito, além de omisso, o voto vencedor do Ministro **JOAQUIM BARBOSA**, adotado pela maioria, revela-se errôneo e contraditório. Não aperfeiçoa o crime pelo qual **Kátia Rabello** foi condenada: evasão de divisas.

A segunda omissão do v. Acórdão está na não individualização da conduta da embargante, mecanismo essencial para a legitimação de decreto condenatório. **Kátia Rabello** não pode ser condenada pela suspeita de ter tido conhecimento dos depósitos realizados no exterior. Para ser condenada por 24 remessas ilegais (não pelos depósitos), a uma pena de quatro anos e sete meses de reclusão (24 vezes, em continuidade delitiva), mais multa, o STF deveria descrever sua participação efetiva, em cada uma delas, individualmente.

A atuação financeira do Banco Rural e suas subsidiárias no fluxo internacional de capitais não é irregular. Empresas no exterior são auditadas e estão submetidas ao regime jurídico de cada país. Viabilizam, assim como outras instituições financeiras nacionais estrangeiras, operações de

comércio exterior, operações de crédito internacional e captação de recursos externos. Operam com recursos de clientes. E nem todas as operações, seus detalhes, são necessariamente do conhecimento dos dirigentes. No caso concreto, as remessas teriam acontecido entre fevereiro de 2003 e janeiro de 2004 (pg. 5487, fls. 57102), época em que o banco era gerido por **José Augusto Dumont**.

O presumir e o suspeitar não são instrumentos legítimos para a condenação criminal de alguém. Vejamos outro trecho da ementa do Ministro **CELSO DE MELLO** que serviu de epígrafe para o presente pedido:

“A mera invocação da condição de diretor ou de administrador de instituição financeira, sem a correspondente e objetiva descrição de determinado comportamento típico que o vincule, concretamente, à prática criminosa, não constitui fator suficiente apto a legitimar a formulação de acusação estatal ou a autorizar a prolação de decreto judicial condenatório”.

Aguarda-se o provimento dos embargos, e seus efeitos modificativos, para, diante das omissões apontadas, decretar a absolvicão de **Kátia Rabello** do crime de evasão de divisas.

4. QUADRILHA - CONTRADIÇÃO

A embargante foi condenada pelo crime de quadrilha, pois, de acordo com a acusação, teria se associado como integrante do núcleo financeiro, aos demais núcleos indicados na denúncia (político e publicitário) para a prática de delitos.

Apesar de terem sido utilizadas páginas e páginas do acórdão para tratar de tal acusação, restam dúvidas acerca da autoria da embargante. Sua responsabilização por tal crime é contraditória com a condenação pelos outros crimes.

A leitura da íntegra do acórdão evidencia que os mesmos fatos e elementos utilizados como fundamento para as condenações pelos crimes de gestão fraudulenta, lavagem de dinheiro e evasão de divisas serviram também para condenar Kátia Rabello por formação de quadrilha:

“não se limitaram apenas a formar uma associação estável com os integrantes dos outros dois núcleos que compunham a quadrilha, com o objetivo de cometer crimes, o que já seria suficiente para a configuração do ilícito descrito no art. 288 do Código Penal. Eles foram além e, efetivamente, praticaram crimes contra o sistema financeiro nacional (itens V e VIII) e lavagem de dinheiro (item IV)” (fl. 57.442).

Note-se, a título de exemplo, que a renovação de empréstimos concedidos pelo Banco Rural foi elemento determinante para a condenação da embargante pelo crime de gestão fraudulenta, pelo de lavagem e pelo de quadrilha, além de servir múltiplas vezes como critério para aumento da pena base.

E não há que se falar que a “*proximidade existente entre a cúpula do banco Rural e o comandante do “núcleo político”*” (fl. 57.436), e o fato de Kátia Rabello ter sido incluído na quadrilha, em razão do seu cargo, para garantir aporte financeiro (fl. 57.706) são suficientes para embasar a configuração do crime de quadrilha. É necessário um mínimo de argumentação para tanto. Quadrilha é crime com especificidades próprias. Não pode vir a título de ornamento, como tem sido recorrente na jurisprudência nacional.

Na verdade, houve nítida identidade entre o núcleo da imputação fática dos demais crimes (gestão fraudulenta, lavagem de dinheiro e evasão de divisas) com os elementos configuradores do ilícito previsto no artigo 288 do Código Penal, o que acarreta contradição no tocante à sua autoria no crime em questão.

Diante do exposto, requer o conhecimento e provimento destes embargos de declaração para sanar as deficiências acima apontadas, com a consequente absolvição da embargante pela prática do crime de formação de quadrilha.

5. DOSIMETRIA DA PENA - CONTRADIÇÃO E OMISSÃO

A metodologia de votação da dosimetria, que parece ter sido adotada por esse Supremo Tribunal Federal no julgamento da AP n. 470, é obscura e de difícil compreensão. O acórdão registrou debate ocorrido na sessão de julgamento do dia 23/10/2012, na qual os julgadores buscaram definir um método para a fixação das penas dos condenados. Ocorre que, além dos cancelamentos das intervenções por parte de alguns ministros – que, por si só, já impediram a boa compreensão do debate–, a discussão sobre o tema, documentada parcialmente no acórdão, revela total obscuridade quanto ao método que seria utilizado nas sessões seguintes.

Embora a metodologia escolhida não tenha sido clara, foi possível presumir, com certa insegurança, que, acompanhado Relator ou Revisor pelos demais Ministros, não haveria leitura de voto nominalmente. Adotou-se então a incompreensível – e sempre despida de fundamentação – metodologia de votação por adesão e por aproximação.

O artigo 93, inciso IX da Constituição Federal estabelece a fundamentação das decisões judiciais como garantia processual de observância obrigatória. A motivação das decisões relaciona-se intrinsecamente com a publicidade dos atos processuais e com o contraditório, seja porque assegura a imparcialidade e a independência do juiz, seja porque viabiliza a análise sobre a legalidade da decisão.

Assim é surpreendente que Ministros que haviam preparado sua própria dosimetria, de acordo com seus critérios subjetivos, deles abriram mão para seguir o voto exposto pelo Relator ou pelo Revisor, dispensando, por completo, sua fundamentação, absolutamente desconhecida pelos acusados.

A garantia de fundamentação das decisões foi desprezada no momento crucial de definição da pena restritiva de liberdade. O resultado é um acórdão omissivo, pelo qual não se comprehende os motivos e fundamentos sobre os quais a embargante foi condenada à exorbitante pena de 16 anos e 8 meses de reclusão.

É necessário dizer que o acórdão não preenche os requisitos exigidos pela rigorosa jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, no que tange ao dever de fundamentação da pena.

5.1 Dosimetria - Quadrilha

Kátia Rabello foi condenada à pena de 2 anos e 3 meses de reclusão pelo crime previsto no artigo 288 do Código Penal.

Na primeira fase da dosimetria, o acórdão fixou a pena-base em 2 anos e 3 meses de reclusão, muito além da pena mínima prevista para o delito (2 anos), afirmando para tanto, equivocadamente, a existência de quatro circunstâncias judiciais desfavoráveis: culpabilidade, motivo, circunstâncias e consequências do crime.

Diante da ausência de circunstâncias atenuantes ou agravantes (segunda fase da dosimetria da pena) e de causas de aumento ou de diminuição da pena (terceira fase da dosimetria da pena), a pena-base estabelecida em 2 anos e 3 meses anos de reclusão foi mantida como pena final para a embargante.

O acórdão apresenta omissões e contradições no que toca a fixação da pena-base. Tais equívocos merecem reconhecimento e correção.

1ª fase: Pena-base

O acórdão é manifestamente omissivo quanto à elevação da pena-base do crime de quadrilha sob o argumento de uma culpabilidade supostamente elevada da embargante.

Pela leitura do voto vencedor, nota-se que a embargante teve a pena-base fixada acima do mínimo legal sem a obrigatória fundamentação de todos os dados, objetivos e subjetivos, que justificariam a exacerbação da pena-base sob o argumento de uma culpabilidade destoante:

“A culpabilidade, entendida como o grau de reprovabilidade da conduta é elevada, uma vez que KÁTIA RABELLO, conforme demonstrado, atuou intensamente, por exemplo, fornecendo a estrutura empresarial do grupo Rural para a consecução dos objetivos ilícitos da quadrilha” (fl. 58.040) (grifo nosso).

Se o voto vencedor afirma que a culpabilidade é entendida como o “grau de reprovabilidade da conduta do agente”, e pretende elevar a pena-base sob esse argumento, torna-se constitucionalmente obrigatória a descrição das condutas que justificariam o aumento de pena, o que não houve no caso.

O voto vencedor restringe-se a afirmar, de maneira fugaz e genérica, em meia linha, que a culpabilidade da embargante é elevada porque a mesma “*atuou intensamente, por exemplo, fornecendo a estrutura empresarial do grupo Rural para a consecução dos objetivos da quadrilha*” (fls. 58.040).

A fundamentação para a exasperação da pena base deve se apoiar em elementos de convicção existentes nos autos, não bastando menções vagas aos critérios abstratos elencados no artigo 59 do Código Penal. “A

exigência constitucional da individualização da pena implica a necessidade de explicitação dos fatos que justificam a exasperação da sanção penal", decidiu o STF em acórdão relatado pelo Ministro Cesar Peluso⁴. Há outras decisões no mesmo sentido:

"Individualização da pena: exigência de fundamentação. A exigência de motivação da individualização da pena - hoje, garantia constitucional do condenado (CF, arts. 5, XLVI, e 93, IX) - , não se satisfaz com a existência na sentença de frases ou palavras quaisquer, a pretexto de cumpri-la: a fundamentação há de explicitar a sua base empírica e essa, de sua vez, há de guardar relação de pertinência, legalmente adequada, com a exasperação da sanção penal, que visou justifica.⁵

HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO VÁLIDA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A dosimetria da pena exige do julgador uma cuidadosa ponderação dos efeitos ético-sociais da sanção penal e das garantias constitucionais, especialmente as garantias da individualização do castigo e da motivação das decisões judiciais. (...).⁶

O acórdão é, portanto, omisso quanto à exacerbção da pena-base sob o argumento da culpabilidade elevada. Inexiste a descrição dos dados

⁴ HC 93857, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, DJe-195 DIVULG 15-10-2009 PUBLIC 16-10-2009 EMENT VOL-02378-02 PP-00376 RTJ VOL-00220- PP-00396.

⁵ HC 75258, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 14/10/1997, DJ 21-11-1997 PP-60587 EMENT VOL-01892-02 PP-00367.

⁶ HC 97509, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 12/05/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 EMENT VOL-02375-03 PP-00960.

objetivos e subjetivos necessários a ensejar a exacerbação da pena, o que acarreta manifesta violação ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Há outras contradições na fixação da pena-base da quadrilha. Ainda a título de “fundamentação” de uma elevada culpabilidade, o acórdão declara que a embargante “*atuou intensamente, por exemplo, fornecendo a estrutura empresarial do grupo Rural para a consecução dos objetivos da quadrilha*” (fl. 58.040).

Ocorre que “*fornecer a estrutura empresarial do grupo Rural*” é justamente a conduta que motivou a condenação pelo artigo 288 do Código Penal. A alegada utilização da estrutura da instituição financeira é o argumento condenatório para demonstrar a existência de associação, adesão e integração ao grupo apontado como criminoso.

A culpabilidade elevada que se pretende atribuir à embargante para fim de aumento da pena-base nada mais é do que a conduta valorada no momento da condenação pelo crime de quadrilha. Sua utilização para majorar a pena-base representa dupla valoração negativa de um mesmo fato.

A jurisprudência dessa Corte Suprema é firme no sentido de rechaçar o *bis in idem* na fundamentação de aumento de pena-base:

HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO VÁLIDA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A dosimetria da pena exige do julgador uma cuidadosa ponderação dos efeitos ético-sociais da sanção penal e das garantias constitucionais, especialmente as garantias da individualização do castigo e da motivação das decisões judiciais. 2. No caso, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás redimensionou a pena imposta ao paciente,

reduzindo-a para um patamar pouco acima do limite mínimo (quatro anos e oito meses de reclusão). O que fez em atenção à primariedade e aos bons antecedentes do paciente, à falta de restrições, à sua conduta social, bem como às consequências do delito. 3. Os fundamentos lançados pelo Juízo processante da causa para justificar a fixação da pena em patamar superior ao mínimo legal (culpabilidade, motivos e circunstâncias do crime) -- afinal mantidos pelo TJ/GO e STJ -- não atendem à garantia constitucional da individualização da pena, descrita no inciso XLVI do artigo 5º da CF/88. Fundamentos, esses, que se amoldam muito mais aos elementos constitutivos do tipo incriminador em causa do que propriamente às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Pelo que se trata de matéria imprestável para aumentar a pena-base imposta ao acusado. 4. Ordem concedida. (grifo nosso)⁷

Não há, portanto, fundamento para exacerbar a pena-base da embargante pelo critério da culpabilidade, que, no caso, é a inerente ao tipo.

O v. acórdão é também omisso quanto à afirmação de que “*não há dados concretos acerca da conduta social e da personalidade da condenada*” (fl. 58.040).

A omissão na apreciação da conduta social e da personalidade da embargante tolhe seu direito subjetivo de individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), pois deixou de haver valoração de circunstâncias judiciais a ela favoráveis, previstas no artigo 59 do Código Penal.

Os antecedentes são favoráveis. Trata-se de ré primária, com boa conduta social. Antes da AP nº 470, Kátia Rabello não respondia a processo criminal algum. Possui trajetória de vida profissional e familiar sem máculas.

⁷HC 97509, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 12/05/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 EMENT VOL-02375-03 PP-00960.

Os bons antecedentes devem ser aferidos não somente por ausência de condenações prévias, mas pela conduta social, profissional, familiar. É necessário ver de forma abrangente o conceito de antecedentes para que a pena seja moldada, em medida e intensidade, ao seu fim preventivo especial, especialmente quando se trata de pena privativa de liberdade.

O acórdão é também contraditório ao majorar a pena-base em virtude do suposto motivo do crime, que seria “*a intenção de KÁTIA RABELLO de obter recursos indevidos para o banco Rural* (fl. 58.040). O suposto motivo do crime, apontado como justificativa para majoração da pena-base, constitui o próprio elemento subjetivo que motivou a condenação, incorrendo o acórdão novamente em *bis in idem*.

O mesmo ocorreu com relação à análise das **circunstâncias** do delito, também invocadas para aumento da pena-base:

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 KÁTIA RABELLO, a qual, como visto, chegou a, por exemplo, atuar na simulação de empréstimos formalmente concedidos pelo banco Rural ao PT. Além disso, a quadrilha permaneceu ativa por mais de dois anos (fl. 58.041; grifo nosso).

A ressalva pretendida pelo acórdão faz saltar aos olhos a manifesta contradição. A circunstância do ilícito, considerada como desfavorável para efeitos de exacerbação da pena, nada mais é do que elemento do tipo penal de gestão fraudulenta, pelo qual a embargante foi condenada.

A dupla valoração negativa é evidente: o mesmo fato —simulação de empréstimos concedidos pelo banco Rural— é invocado para condenar a embargante pelo crime de gestão fraudulenta e para majorar a pena-base do crime de quadrilha.

A dosimetria da pena deve ser individualizada e separada para cada crime. Ao fixar a pena pelo crime de quadrilha, o acórdão deve restringir-se à apreciação das circunstâncias legais e judiciais de tal delito. O acórdão foi contraditório ao valorar, como circunstância desfavorável para aumento de pena do crime de quadrilha, fato relacionado à condenação pelo crime de gestão fraudulenta.

O mesmo ocorre com o argumento, contido no voto vencedor, de que o tempo de duração da quadrilha deve ser considerado como circunstância desfavorável para fim de fixação da pena-base.

Quadrilha é crime permanente; exige habitualidade na associação e sua “*consumação se prolonga ao longo do tempo*”⁸. Não há permanência ou habitualidade sem extensão da associação no tempo. A duração no tempo é circunstância elementar do tipo penal de quadrilha. Elevar a pena-base da embargante com o argumento de que a quadrilha teria permanecido ativa por mais de dois anos constitui dupla incriminação.

O v. acórdão não trouxe, portanto, circunstância referente ao crime de quadrilha hábil a autorizar a exacerbção da pena-base. As circunstâncias apontadas como desfavoráveis no voto vencedor configuram manifesto *bis in idem* e devem ser afastadas.

O trecho do acórdão que trata das consequências do crime de quadrilha também apresenta manifesta contradição:

“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 – KÁTIA RABELLO ajudou a colocar em risco o próprio regime democrático, a independência dos Poderes

⁸ DELMANTO, CELSO. Código penal comentado. 7^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 717.

e o sistema republicano, em flagrante contrariedade à Constituição Federal” (fls. 58.041).

Inexiste nos autos prova que vincule a embargante à “compra de apoio político de parlamentares federais”. Kátia não foi sequer denunciada por corrupção ativa, não podendo tal circunstância servir de fundamento para acréscimo de pena-base.

Partindo da premissa de que essa é a única consequência do delito de quadrilha levada em conta para exacerbar a pena-base – haja vista que o voto vencedor novamente furta-se à obrigação constitucional de fundamentar suas decisões com todos os dados objetivos e subjetivos que envolvem a causa – é manifesta a contradição com o restante do acórdão.

Por fim, além das contradições e omissões resultantes da equivocada análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, subsiste, ainda, uma contradição no que tange ao *quantum* de pena.

Isso porque, ainda que estivessem presentes as circunstâncias judiciais desfavoráveis apontadas no acórdão, essas não seriam suficientes para autorizar a exacerbada pena de 2 anos e 3 meses de reclusão, patamar próximo ao máximo, de rara aplicação na prática judicial brasileira, especialmente em se tratando de réu com bons antecedentes.

Ainda que sem fundamento em elementos dos autos, o voto vencedor indicou quatro circunstâncias desfavoráveis: culpabilidade, motivo, circunstâncias e consequências do crime. Portanto, das oito circunstâncias judiciais que o artigo 59 estabelece como critérios para fixação da pena-base, quatro foram tidas como desfavoráveis. A contradição é manifesta. Não há justificativa para o exacerbado aumento da pena próximo ao patamar máximo.

Relembre-se que o acórdão foi omissos com relação a duas circunstâncias judiciais favoráveis e que foram ilegalmente descartadas pelo voto condutor: conduta social e personalidade. Além disso, há que se considerar, ainda, os bons antecedentes.

Portanto, no pior cenário, se o STF, a despeito dos argumentos da defesa, mantivesse o entendimento de que o acórdão soube fundamentar a existência de quatro judiciais desfavoráveis, ainda assim haveria três circunstâncias favoráveis (bons antecedentes, conduta social e personalidade) e uma neutra (comportamento da vítima). A conjugação das circunstâncias aponta flagrante contradição com o *quantum* de pena estabelecido.

5.2 Dosimetria - Lavagem de capitais

A embargante foi condenada à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, além de multa, pelo crime previsto no artigo 1º, inciso V e VI, da Lei nº 9.613/98.

Na primeira fase da dosimetria, a pena-base foi fixada em 3 anos e 6 meses de reclusão, quando a pena mínima é de 3 anos. Segundo o acórdão, o aumento se deu em razão de três circunstâncias judiciais que seriam desfavoráveis: culpabilidade, motivo e circunstâncias do crime.

Na segunda fase da fixação da pena não incidiram quaisquer circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase, o acórdão aumentou a pena com base na regra do crime continuado, aplicando equivocadamente a fração máxima de 2/3 prevista no artigo 71 do Código Penal, em razão do número de operações de lavagem supostamente realizadas.

Também com relação à dosimetria da pena do crime de lavagem, o acórdão apresenta omissões e contradições, que merecem reconhecimento por esse egrégio Tribunal.

1ª fase: pena-base

Na dosimetria do crime de lavagem tampouco houve a obrigatoriedade fundamentação para sustentar a exacerbação da pena-base. O voto condutor é omisso e não fundamenta, com os dados objetivos e subjetivos, os motivos pelos quais considerou a culpabilidade da embargante elevada:

“A culpabilidade, entendida como o grau de reprovabilidade da conduta, apresenta-se elevada, uma vez que KÁTIA RABELLO, na qualidade de presidente 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” (fls. 58.041) (grifo nosso).

O acórdão define culpabilidade como “grau de reprovabilidade da conduta” e aumenta a pena-base sob esse argumento, sem atender a obrigação constitucional de descrever e fundamentar quais condutas seriam essas, com todos os dados objetivos e subjetivos (artigo 93, IX, CF).

Tal como na dosimetria da quadrilha, o voto vencedor restringe-se a afirmar que a culpabilidade da embargante é “elevada”, citando para tanto um único fato a título de exemplo: a simulação dos empréstimos. O acórdão não preenche os requisitos exigidos pela rigorosa jurisprudência do Supremo, no que tange ao dever de fundamentação.⁹

⁹ STF HC 75258, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 14/10/1997, DJ 21-11-1997 PP-60587 EMENT VOL-01892-02 PP-00367; STF HC 93857, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, DJe-195 DIVULG 15-10-2009 PUBLIC 16-10-2009 EMENT VOL-02378-02 PP-00376 RTJ VOL-00220- PP-00396”

Mais grave, o fato dado como “exemplo” para justificar a elevada culpabilidade —simulação de empréstimos— é o núcleo da condenação pelos crimes de gestão fraudulenta e de lavagem de dinheiro. Os empréstimos que já foram duplamente valorados para condenar a embargante por dois crimes, são novamente valorados para justificar o aumento da pena-base pelo crime de lavagem. Trata-se de inegável obscuridade e contradição.

A culpabilidade elevada que o acórdão pretende atribuir à embargante nada mais é do que a própria conduta considerada nas condenações pelos crimes de lavagem de dinheiro e de gestão fraudulenta. Trata-se de culpabilidade inerente ao próprio tipo, já valorada no momento da condenação. As reiteradas valorações negativas de um mesmo fato em desfavor da embargante configuram manifesto *bis in idem*.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é veemente no sentido de vedar tal prática:

“TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA (LEI 6.368/76, ARTS. 12 E 14). DOSIMETRIA DA PENA. 1. Circunstâncias inerentes à conduta criminosa - propagação do mal e busca de lucro fácil - são próprias da conduta delituosa, não podendo, sob pena de *bis in idem*, atuar para justificar aumento da reprimenda. Consideração, apenas, da reincidência. 2. HC deferido, parcialmente, para reduzir a penalidade.¹⁰

Também é contraditório o argumento da elevada culpabilidade em razão dos valores dos empréstimos. Como mencionado, o acórdão considera a culpabilidade, na fase de fixação da pena-base, como grau de reprovabilidade da conduta. Ocorre que o acórdão confunde a qualidade

¹⁰ STF - HC 85507, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 13/12/2005, DJ 24-02-2006 PP-00050 EMENT VOL-02222-02 PP-00304.

quantitativa do objeto do crime de lavagem com conduta. É sobre a ação que deve incidir a reprovabilidade.

No caso, a culpabilidade não transcende àquela inherente ao próprio tipo penal de lavagem de dinheiro e o aumento da pena foi realizado em claro *bis in idem*, sendo contraditório com o teor do próprio acórdão.

O acórdão é também omisso ao afirmar que “*não há dados concretos acerca da conduta social e da personalidade de KÁTIA RABELLO*” (fl. 58.042).

Tal como ocorreu na dosimetria da quadrilha, o acordão fere o direito subjetivo de individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), na medida em que se omite na avaliação de circunstâncias judiciais favoráveis à embargante.

Os antecedentes são amplamente favoráveis. Trata-se de ré primária, com boa conduta social. Os bons antecedentes devem ser aferidos não somente por ausência de condenações prévias, mas pela conduta social, profissional, familiar. É necessário ver de forma abrangente o conceito de antecedentes para que a pena seja moldada ao seu fim preventivo especial, especialmente quando se trata de pena privativa de liberdade.

O acórdão é também contraditório ao majorar a pena-base em virtude do suposto motivo do crime, que seria “*a intenção de KÁTIA RABELLO de obter recursos indevidos para o banco Rural*” (fl. 58.042). O motivo do crime apontado no acórdão como justificativa para majoração da pena-base constitui o próprio elemento subjetivo que motivou a condenação.

O acórdão ainda apresenta contradições no que toca à exacerbação da pena-base com base na “circunstância” de as “*operações de lavagem de dinheiro se estenderem por mais de dois anos*”:

“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 KÁTIA RABELLO, uma vez que as operações de lavagem de dinheiro se estenderam por mais de dois anos” (fls. 58.042).

Qual é o sentido de considerar o período de 2 anos transcorrido entre a primeira e a última “operação de lavagem” como critério para aumento da pena? Se o período entre as supostas operações fosse de 6 meses a reprovabilidade seria menor? E se fossem 46 operações em um dia? O argumento do lapso temporal não guarda relação com a culpabilidade no caso concreto.

Necessário lembrar que, na terceira fase da dosimetria, a pena foi elevada em dois terços pelo fato de terem sido “*cometidas quarenta e seis operações em continuidade delitiva*” (fl. 58.043); e a jurisprudência do Supremo veda a utilização da reiteração delitiva na primeira e na terceira fases da dosimetria.

“EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. 1. ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA DE USO DESSE DOCUMENTO COM A FINALIDADE DE OCULTAR SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS. NÃO HÁ FALAR EM EXERCÍCIO DA AUTODEFESA. 2. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTE EM RAZÃO DE FATO AUTÔNOMO DAQUELES QUE ENSEJARAM A CONDENAÇÃO PELO USO DE DOCUMENTO FALSO. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVA EM HABEAS CORPUS. 3. REITERAÇÃO DELITIVA CONSIDERADA NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. BIS IN IDEM CARACTERIZADO. [...]”

3. Reiteração da conduta imputada ao Paciente considerada na primeira fase da dosimetria, para a fixação da pena-base, e na

terceira fase, com a aplicação da causa de aumento da continuidade delitiva do art. 71 do Código Penal. Bis in idem caracterizado.¹¹

Além das contradições resultantes da equivocada análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, subsiste, ainda contradição no que toca ao *quantum* da pena.

Conforme ocorrido na dosimetria da quadrilha, ainda que estivessem presentes as circunstâncias judiciais apontadas como desfavoráveis pelo acórdão, tais circunstâncias não autorizam o exacerbado aumento da pena-base da lavagem, fixada em 3 anos e 6 meses de reclusão.

O artigo 59 do Código Penal elenca taxativamente oito circunstâncias judiciais, e todas elas devem ser levadas em consideração na fixação da pena-base. O voto vencedor entendeu como desfavoráveis apenas três dessas circunstâncias: culpabilidade, motivo e circunstâncias do crime.

Portanto, o que se tem no caso concreto, no pior cenário— uma vez que ficou demonstrada ausência de fundamentação— é a existência de três circunstâncias desfavoráveis, três favoráveis (bons antecedentes, conduta social e personalidade da embargante) e duas neutras (consequências e comportamento da vítima). A conjugação das circunstâncias aponta flagrante contradição com o aumento de 6 meses na fixação da pena-base.

3^a fase: causas de aumento de pena

Por fim, conforme destacado, o v. acórdão é contraditório ao aplicar a causa de aumento do crime continuado no caso do crime de lavagem, se o

¹¹STF - HC 111706, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 04/12/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-246 DIVULG 14-12-2012 PUBLIC 17-12-2012.

número de operações realizadas já foi considerado na condenação e na fixação da pena, sob o argumento de circunstância desfavorável.

Mostra-se juridicamente insustentável o aumento da pena com base no artigo 71 do Código Penal, sob pena de violação ao princípio do *ne bis in idem*. Esse é o entendimento dessa Corte em precedente supracitado.¹²

Além da manifesta contradição decorrente da dupla valoração negativa das operações de lavagem de dinheiro, o acórdão é omisso ao aplicar o aumento máximo previsto no artigo 71 do Código Penal. O voto vencedor não fundamenta o motivo pelo qual considerou as 46 operações como aptas a enseja a aplicação do aumento de 2/3. Consta singelamente do voto vencedor:

“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)” (fl. 58.043).

A omissão é flagrante. Trata-se de manifesta violação ao princípio constitucional da obrigação de fundamentação das decisões judiciais previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

A jurisprudência do STF sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais é historicamente rigorosa. Um precedente em sentido contrário, vindo do Supremo Tribunal Federal em caso de tamanha repercussão, seria preocupante. Além dos já citados precedentes relatados

¹²STF - HC 111706, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 04/12/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-246 DIVULG 14-12-2012 PUBLIC 17-12-2012.

pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Ayres Britto¹³, há decisão recente de relatoria do Ministro Luiz Fux:

“Ementa: Penal Militar. Habeas corpus. Homicídio – art. 205 do Código Penal Militar. Dosimetria da pena. Fundamentação: Falta de Coerência lógico-jurídica com a parte dispositiva. Violão dos arts. 93, IX, e 5º, XLVI, da Constituição Federal. Subsistência do juízo condenatório. 1. A fixação da pena de 30 (trinta) anos de reclusão sem a demonstração de coerência lógico-jurídica entre a fundamentação e o dispositivo da sentença viola os princípios constitucionais da exigência de fundamentação das decisões judiciais e da individualização da pena, insculpidos nos arts. 93, IX, e 5º, XLVI, da Constituição Federal. (...)

4. Ordem concedida para anular a dosimetria da pena, a fim de que outra seja realizada com observância dos preceitos constitucionais atinentes à exigência de fundamentação das decisões judiciais e da individualização da pena.¹⁴

A ausência de fundamentação na aplicação da causa de aumento de pena do crime continuado em seu grau máximo fica mais clara quando se observa que tal aumento se deu com a aplicação fria e automática de uma tabela matemática trazida aos autos pelo Ministro Celso de Mello, que não possui correlação com o caso dos autos. A tabela colaciona julgados do STJ e de outros tribunais que não servem de paradigma para a dosimetria do caso concreto:

¹³ STF HC 75258, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 14/10/1997, DJ 21-11-1997 PP-60587 EMENT VOL-01892-02 PP-00367; STF - HC 97509, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 12/05/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 EMENT VOL-02375-03 PP-00960.

¹⁴STF - HC 111735, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 11/12/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 15-02-2013 PUBLIC 18-02-2013.

- (a) HC 97.181-GO, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA - referente à continuidade delitiva em crimes de atentado violento ao pudor contra duas vítimas menores de 14 anos ao longo de aproximadamente um ano;
- (b) HC 128.297/SP, Rel. Min. FÉLIX FISCHER - referente à continuidade delitiva em crimes de roubo majorado e roubo tentado;
- (c) HC 140.950/SP, Rel. Min. GILSON DIPP - referente a crimes de atentado violento ao pudor e roubo;
- (d) HC 141.884/RS, Rel. Min SEBASTIÃO REIS JÚNIO – referente à continuidade delitiva em 75 crimes de peculato;
- (e) HC 153.641/RJ, Rel. Min. JORGE MUSSI – referente à continuidade delitiva em nada menos que quatro crimes de homicídio.

Com base na tabela, o acórdão considerou que a reiteração do crime de lavagem de dinheiro, também expressa pela reiteração de operações de saques em espécie, sendo superior a seis vezes, implicaria o máximo aumento de 2/3 previsto no artigo 71 do Código Penal.

Fica evidente, contudo, a gritante diferença de natureza entre os crimes considerados neste e nos outros casos apresentados na justificação da malograda tabela, o que conduz a uma manifesta desproporcionalidade ante a adoção do mesmo critério quantitativo, matemático e objetivo para tão diversos crimes.

Pelo critério adotado, toda reiteração superior a seis vezes, não importa o crime, não importa a pena ou suas circunstâncias levará ao máximo aumento previsto no artigo 71 do Código Penal.

Evidente que seis crimes de homicídio ou de atentado violento ao pudor não podem ser igualados a seis operações de evasão de divisas, de sonegação fiscal, de descaminho ou de lavagem de dinheiro.

Trata-se de evidente ofensa ao princípio da proporcionalidade. O matemático precedente do STF esvaziaria o papel do juiz na individualização da pena de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

A condenação por lavagem de capitais se refere, segundo o que se assentou neste julgado, a evento e motivação únicos (compra de apoio parlamentar), que se valeu, em tese, de mecanismos financeiros que se pulverizam em ações, diluem-se, obrigatoriamente, em razão da pluralidade de pessoas, numa reiteração de condutas que nem de longe tem a mesma repercussão quando comparada com a repercussão da reiteração em outros tantos crimes, como os tratados pelos acórdãos tomados como paradigma.

Ao procurar um critério objetivo (matemático) o v. acórdão decidiu *contra legem*. Afinal, se a lei faculta ao juiz estabelecer o aumento pela continuidade delitiva em casa caso, oferecendo balizadas tão largas – de 1/6 à 2/3 – e libertando-o de critérios apriorísticos, o acórdão se encaminhou exatamente na direção contrária, incidindo em contradição que atenta contra o princípio da proporcionalidade, contraditoriamente invocado como inspiração e fundamento para decidir.

Portanto, é inegável o equívoco da aplicação da causa de aumento de pena do crime continuado em seu grau máximo, pois inexistiu nos autos a adequação dessa regra ao princípio da proporcionalidade.

Importante dizer que o esclarecimento da contradição contida nos votos majoritários poderá levar à modificação do julgado, dotando de efeito infringente os declaratórios, porquanto o esclarecimento que corrigir a contradição fará prevalecer os votos minoritários dos Ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Dias Toffoli que, sem a mesma contradição ou desproporcionalidade, adotaram o aumento de 1/3 em razão da continuidade delitiva.

Portanto, o acórdão é manifestamente omissivo e contraditório ao aumentar a pena fixada à embargante pelo crime de lavagem de dinheiro na fração máxima prevista no artigo 71 do Código Penal, pois tal aumento se deu em violação ao princípio do *ne bis in idem* e sem que haja a fundamentação constitucionalmente exigida, além de basear-se friamente em tabela que viola o princípio da proporcionalidade.

5.3. Dosimetria - Gestão Fraudulenta

Kátia Rabello foi condenada à pena de 4 anos de reclusão e multa pelo crime previsto no artigo 4º, caput, da Lei nº 7.4972/86.

Na primeira fase de fixação da pena pelo crime de gestão fraudulenta o acórdão fixou a pena-base em 4 anos de reclusão, muito além da pena mínima prevista de 3 anos para o delito, afirmado para tanto, equivocadamente, a existência de três circunstâncias judiciais desfavoráveis: culpabilidade, motivo e circunstâncias do crime.

Diante da ausência de circunstâncias atenuantes ou agravantes (segunda fase da dosimetria da pena) e de causas de aumento ou de diminuição da pena (terceira fase da dosimetria da pena), a pena-base estabelecida em 4 anos de reclusão foi mantida como pena final.

O acórdão apresenta omissões e contradições na dosimetria do crime de gestão fraudulenta. Não houve a obrigatoriedade fundamentação de todos os dados objetivos e subjetivos necessários a sustentar a exacerbação da sua pena-base. Mais uma vez, a pena-base da embargante foi exacerbada com violação ao princípio do *ne bis in idem*.

1ª fase: Pena-base

O v. acórdão condenatório é manifestamente omissivo quanto à elevação da pena-base do crime de gestão fraudulenta sob o argumento de uma culpabilidade elevada. A embargante teve a pena-base fixada acima do mínimo legal sem que houvesse a obrigatória fundamentação de todos os dados, objetivos e subjetivos, que justificariam a exacerbação de sua pena-base sob o argumento de uma culpabilidade destoante:

“A culpabilidade, entendida como grau de reprovabilidade da conduta, apresenta-se elevada, uma vez que KÁTIA RABELLO, na qualidade de presidente 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 revelasse inadimplidas” (fl. 58.044) (grifo nosso).

O voto condutor refere-se à culpabilidade como grau de reprovabilidade da conduta e aumenta a pena-base sob esse argumento sem atender à obrigação constitucional de descrever e fundamentar quais condutas seriam essas, em todos os seus dados subjetivos e subjetivos (art. 93,IX, CF).

Segundo o acórdão, a culpabilidade seria elevada, pois a embargante “*atuou intensamente, por exemplo, na utilização de mecanismos fraudulentos, como sucessivas renovações dos empréstimos simulados pelo grupo criminoso, de modo a impedir que essas operações de crédito se revelassem inadimplidas*”. O acórdão menciona também que os “*valores de tais empréstimos simulados eram significativamente altos*” (fl. 58.041).

O acórdão não preenche os requisitos exigidos pela rigorosa, e já citada, jurisprudência do Supremo, no que tange ao dever de

fundamentação. Mais grave, o fato dado como “exemplo” para justificar a elevada culpabilidade —empréstimos fraudulentos— é o núcleo da condenação da embargante pelos crimes de gestão fraudulenta e de lavagem de capitais. Em razão dos referidos empréstimos, a embargante sofreu condenações por dois crimes distintos; e em razão dos empréstimos teve as penas aumentadas nas duas condenações. São quatro valorações do mesmo fato em momentos distintos do julgamento. Trata-se de perigoso precedente que viola a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal.

O v. acórdão também é contraditório quando vincula os valores dos empréstimos à elevada culpabilidade. Pelo acórdão, a culpabilidade é entendida como o grau de reprovabilidade da conduta do agente. No caso, está havendo confusão entre a qualidade quantitativa do objeto do crime e a conduta. É sobre a ação que deve incidir a reprovabilidade.

Portanto, com relação à culpabilidade, inexiste fundamento válido para exacerbação da pena-base. Sua culpabilidade não transcende àquela inerente ao próprio tipo da gestão fraudulenta. A reiterada valoração negativa de um mesmo fato em desfavor da embargante configura manifesto *bis in idem*.

O v. acórdão é também omisso quando afirma que “*não há dados concretos acerca da conduta social e da personalidade de KÁTIA RABELLO*” (fl. 58.045).

Tal como ocorreu na dosimetria da quadrilha, o acordão fere o direito subjetivo de individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), na medida em que se omite na avaliação de circunstâncias judiciais favoráveis à embargante.

Seus antecedentes são favoráveis. Trata-se de ré primária, com boa conduta social, familiar. É necessário ver de forma abrangente o conceito de

antecedentes para que a pena seja moldada ao seu fim preventivo especial, especialmente quando se trata de pena privativa de liberdade.

O acórdão é também contraditório ao majorar a pena-base em virtude do suposto motivo do crime, que seria “*a intenção de KÁTIA RABELLO de obter recursos indevidos para o banco Rural* (fl. 58.045). O “motivo do crime”, apontado como justificativa para majoração da pena-base, constitui o próprio elemento subjetivo que motivou a condenação, incorrendo o acórdão novamente em manifesto *bis in idem*. Aliás, esse mesmo suposto motivo —intenção de obter recursos indevidos para o Rural— foi utilizado para “fundamentar” os aumentos das penas dos crimes de quadrilha, lavagem e gestão fraudulenta.

O v. acórdão ainda apresenta contradições no que toca à exacerbação da pena-base com base nas circunstâncias do crime:

“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 KÁTIA RABELLO, uma vez que a simulação dos empréstimos sob enfoque perdurou por mais de um ano” (fl. 58.045).

A circunstância do ilícito, considerada como desfavorável para efeitos de exacerbação da pena, nada mais é do que elemento do tipo penal de gestão fraudulenta, pelo qual a embargante foi condenada.

A reiterada valoração negativa é evidente: o mesmo fato —simulação dos empréstimos concedidos pelo banco Rural— é invocado para condenar a embargante pelo crime de gestão fraudulenta, pelo crime de lavagem de dinheiro e para majorar a pena-base dos crimes de quadrilha, de gestão e de lavagem.

O acórdão ainda apresenta contradição quando sustenta a exacerbação da pena-base pelo fato de a “simulação dos empréstimos” ter perdurado por mais de um ano.

Gestão é definida como período de administração em uma sociedade. A existência de uma sucessão de atos de gestão de uma instituição financeira, em determinado lapso temporal, é circunstância inerente ao tipo de gestão fraudulenta, não podendo ser critério autônomo para fim de aumento de pena:

“Gerir, significando administrar, reger e governar não se consuma com apenas um ato de gestão, de gerência, de administração ou de governo, exige, necessariamente, uma sucessão de atos apreciáveis num determinado contexto e lapso temporal”¹⁵ (grifo nosso).

Além das contradições e omissões resultantes da equivocada análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, subsiste, ainda, contradição no que tange ao *quantum* da pena-base.

Isso porque, conforme ocorrido na dosimetria dos crimes de quadrilha e lavagem de dinheiro, ainda que estivessem presentes as circunstâncias judiciais apontadas como desfavoráveis pelo v. acórdão –o que se admite por argumentação– tais circunstâncias não autorizam a exacerbada pena-base de 4 anos para o crime de gestão fraudulenta.

O artigo 59 do Código Penal elenca taxativamente oito circunstâncias judiciais, e todas elas devem ser levadas em consideração para a fixação da pena-base. O voto vencedor entendeu como desfavoráveis à embargante apenas três destas circunstâncias: culpabilidade, motivo e circunstâncias do crime.

¹⁵ DELMANTO, Roberto. Leis penais especiais comentadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 141/142.

Portanto, o que se tem no caso concreto, no pior cenário— haja vista que restou demonstrada a ausência de fundamentação— é a existência de três circunstâncias desfavoráveis, três favoráveis (bons antecedentes, conduta social e personalidade da embargante) e duas neutras (consequências e comportamento da vítima). A conjugação das circunstâncias aponta flagrante contradição com o *quantum* da pena.

5.4. Dosimetria - Evasão de divisas

Pelo crime previsto no artigo 22, parágrafo único, primeira parte, da Lei nº 7.492/86, Kátia Rabello foi condenada à pena 4 anos e 7 meses de reclusão e multa.

Na primeira fase de fixação da pena pelo crime de evasão de divisas o v. acórdão fixou a pena-base da embargante em 2 anos e 9 meses de reclusão, muito além da pena mínima prevista para o delito (2 anos de reclusão), afirmando para tanto, equivocadamente, a existência de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis: culpabilidade e circunstâncias do crime.

Na segunda fase da fixação da pena não incidiram quaisquer circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase da dosimetria da pena o v. acórdão aumentou a pena da embargante com base na regra do crime continuado, aplicando equivocadamente a fração máxima de 2/3 prevista no artigo 71 do Código Penal, em razão do número de operações supostamente realizadas pela mesma.

A exacerbada e injusta pena decorreu de valoração negativa de circunstâncias inerentes ao tipo, levadas em consideração no momento da

condenação, em manifesta violação ao princípio do *ne bis in idem*. No mais, a aplicação do aumento de pena previsto para o crime continuado em seu grau máximo foi contraditória e omissa, pois se deu em violação ao princípio do *ne bis in idem* e sem que haja a fundamentação constitucionalmente exigida, além de basear-se friamente em tabela que viola o princípio da proporcionalidade.

1ª fase: Pena base

Na dosimetria do crime de evasão de divisas, o acórdão considerou a culpabilidade elevada com base em três argumentos: número de operações, prestação de informação falsa ao Banco Central e valor elevado das remessas:

“A culpabilidade, entendida como grau de reprovabilidade da conduta, apresenta-se elevada, uma vez que KÁTIA RABELLO, conforme detalhado, atuou em 24 operações de evasão de divisas realizadas por meio do grupo Rural, sendo que 16 delas ocorreram através da Trade Link Bank (offshore que integrava, clandestinamente, o grupo Rural), tendo KÁTIA, inclusive, prestado informação falsa ao Banco Central, na qual negava qualquer participação do banco Rural naquela offshore. Não se pode ignorar, ainda, que os valores ilegalmente remetidos para o exterior eram significativamente elevados” (fl. 58.046).

Tais argumentos não são aptos a fundamentar aumento de pena-base a título de culpabilidade.

O acórdão parte do entendimento que a culpabilidade consiste no “grau de reprovabilidade da conduta” e aumenta a pena-base da embargante sob esse argumento, sem atender a obrigação constitucional de descrever e fundamentar quais condutas seriam essas, em todos os seus dados objetivos e subjetivos (artigo 93, IX, CF).

Mais grave, o fato dado para justificar a elevada culpabilidade –24 operações de evasão de divisas– é o que ensejou a condenação pelo artigo 22. O mesmo fato que resultou na condenação é novamente valorado para justificar aumento de pena-base. Trata-se de culpabilidade inerente ao próprio tipo, cuja valoração para fim de aumento de pena base configura manifesto *bis in idem*. A já citada jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal é veemente no sentido de vedar tal prática.

O aumento de pena pelo número de operações de evasão supostamente realizadas se deu em dois momentos da dosimetria: na fixação da pena base e, posteriormente, na aplicação da regra do crime continuado. Segundo precedente do STJ, 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*”.¹⁶

O v. acórdão também é contraditório quanto ao argumento de que número de operações e o montante dos valores supostamente remetidos ao exterior denotam elevada culpabilidade. Conforme reconhece o acórdão, a culpabilidade – no momento da fixação da pena – é entendida como o grau de reprovabilidade da conduta do agente. No caso, está havendo confusão entre a qualidade quantitativa do objeto do crime e a conduta. É sobre a ação que deve incidir a reprovabilidade.

Ainda sobre a exacerbação da pena-base com fundamento na culpabilidade, destaca-se a contradição do v. acórdão na avaliação de uma elevada culpabilidade da embargante sob o argumento de que a mesma teria prestado informação falsa ao Banco Central sobre suposta relação entre o Banco Rural e o Trade Link Bank.

¹⁶ STJ - HC 216.517/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 01/12/2011

Novamente, observa-se que o voto vencedor extrapola os limites de valoração da conduta que se pretende ter como mais ou menos reprovável, trazendo para o campo de análise da culpabilidade fatores que não possuem relação com a conduta típica em questão e que não foram objeto da presente ação penal.

Portanto, com relação à culpabilidade, inexiste fundamento válido para exacerbar a pena-base da embargante. Sua culpabilidade não transcende àquela inerente ao tipo penal de evasão de divisas e o aumento de sua pena foi realizado em claro *bis in idem*, sendo contraditório com o teor do próprio v. acórdão.

O v. acórdão é também omisso, quando afirma que “*não há dados concretos acerca da conduta social e da personalidade de KÁTIA RABELLO*” (fl. 58.046).

Tal como ocorreu na dosimetria da quadrilha, o acordão fere o direito subjetivo de individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), na medida em que se omite de avaliar circunstâncias judiciais favoráveis à embargante.

Seus antecedentes são favoráveis. Trata-se de ré primária, com boa conduta social. Os bons antecedentes devem ser aferidos não somente por ausência de condenações prévias, mas pelo histórico social, profissional, familiar. É necessário ver de forma abrangente o conceito de antecedentes para que a pena seja moldada, em medida e intensidade, ao seu fim preventivo especial, especialmente quando se trata de pena de prisão.

O acórdão ainda apresenta contradições no que toca à exacerbação da pena-base com base na “circunstância” de as “*operações de evasão de divisas se estenderem por vários meses*”.

“As circunstâncias do ilícito (ressalvadas, para evitar bis in idem, as que constituem elementares e as que já foram consideradas) mostram-se desfavoráveis à KÁTIA RABELLO, uma vez que as operações de evasão de divisas se estenderam por vários meses” (fls. 58.046/58.047).

A ressalva feita pelo v. acórdão apenas faz saltar mais aos olhos a manifesta contradição. O mesmo critério da persistência da conduta delituosa ao longo do tempo (“vários meses”), agora avaliado como circunstância, foi utilizado para aferição da “elevada” culpabilidade e é, posteriormente, na aplicação da regra do crime continuado.

A violação ao princípio do *ne bis in idem* é manifesta. Uma mesma circunstância foi valorada não duas, mas três vezes em desfavor da embargante: na culpabilidade, nas circunstâncias e na continuidade delitiva.

Além das contradições e omissões resultantes da equivocada análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, subsiste, ainda, uma contradição no que tange ao *quantum* da pena.

Tal como ocorrido na dosimetria dos demais crimes, ainda que estivessem presentes as circunstâncias judiciais apontadas como desfavoráveis pelo v. acórdão, tais circunstâncias não autorizam o aumento exacerbado da pena-base do crime de evasão de divisas, fixada em 2 anos e 9 meses de reclusão.

O artigo 59 do Código Penal elenca taxativamente oito circunstâncias judiciais, e todas elas devem ser levadas em consideração para a fixação da pena-base. O voto vencedor entendeu como desfavoráveis à embargante apenas duas destas circunstâncias: culpabilidade e circunstâncias.

Portanto, o que se tem no caso concreto, no pior cenário— haja vista que restou demonstrada a ausência de fundamentação— é a existência de duas circunstâncias desfavoráveis, três favoráveis (bons antecedentes, conduta social e personalidade da embargante) e três neutras (motivo, consequências do crime e comportamento da vítima). A conjugação das circunstâncias aponta como juridicamente insustentável a exacerbação da pena-base da embargante em 9 meses.

3^a fase: causa de aumento de pena

Por fim, conforme destacado, o v. acórdão é contraditório ao aplicar a causa de aumento do crime continuado no crime de lavagem. Conforme já demonstrado, o número de operações supostamente realizadas pela embargante já foi duplamente levado em consideração para exacerbar a pena-base sob os argumentos da culpabilidade elevada e de circunstância desfavorável do delito.

Mostra-se juridicamente insustentável utilizar o mesmo critério para o aumento de pena previsto no artigo 71 do Código Penal. Esse é o entendimento dessa Corte em precedente supracitado.¹⁷

Além da manifesta contradição decorrente da tripla valoração negativa do número de operações de evasão de divisas supostamente realizadas, o voto vencedor é omisso na aplicação do artigo 71 do Código Penal, pois não fundamenta o motivo pelo qual considerou as 24 operações como aptas a ensejar aplicação do aumento máximo previsto no artigo 71 do Código Penal. Vale citar o voto:

¹⁷STF - HC 111706, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 04/12/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-246 DIVULG 14-12-2012 PUBLIC 17-12-2012.

“Aumento a pena para 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. 58.047).

A omissão é flagrante. Não se pode flexibilizar o princípio constitucional da obrigação de fundamentação das decisões judiciais, principalmente quando se trata da aplicação de pena de prisão. O uso de argumentos de autoridade ou de afirmações genéricas não evidencia o processo mental desenvolvido pelo julgador, criando terreno fértil ao arbítrio.

A jurisprudência do STF sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais é bastante rigorosa. Um precedente em sentido contrário, vindo do Supremo Tribunal Federal em caso de tamanha repercussão, teria efeitos devastadores sobre a jurisprudência nacional.

A ausência de fundamentação na aplicação da causa de aumento de pena do crime continuado em seu grau máximo fica mais clara quando se observa que tal aumento se deu com a aplicação fria e automática da já comentada tabela trazida aos autos pelo Ministro Celso de Mello, que não possui correlação com o caso dos autos. A tabela colaciona julgados do STJ e de outros tribunais que não servem de paradigma para a dosimetria do caso concreto:

- (a) **HC 97.181-GO**, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA - referente à continuidade delitiva em crimes de atentado violento ao pudor contra duas vítimas menores de 14 anos ao longo de aproximadamente um ano;
- (b) **HC 128.297/SP**, Rel. Min. FÉLIX FISCHER - referente à continuidade delitiva em crimes de roubo majorado e roubo tentado;
- (c) **HC 140.950/SP**, Rel. Min. GILSON DIPP - referente a crimes de atentado violento ao pudor e roubo;

(d) HC 141.884/RS, Rel. Min SEBASTIÃO REIS JÚNIO – referente à continuidade delitiva em 75 crimes de peculato;

(e) HC 153.641/RJ, Rel. Min. JORGE MUSSI – referente à continuidade delitiva em nada menos que quatro crimes de homicídio.

Com base na tabela, o acórdão considerou que a reiteração do crime de evasão de divisas, também expressa pela reiteração de operações de saques em espécie, sendo superior a seis vezes, implicaria o máximo aumento de 2/3 previsto no artigo 71 do Código Penal.

Como já afirmado, há gritante diferença de natureza entre os crimes considerados neste e nos casos referidos na tabela. Pelo critério adotado, toda reiteração superior a seis vezes, não importa o crime, não importa a pena ou suas circunstâncias levará ao máximo aumento previsto no artigo 71 do Código Penal.

Evidente que seis crimes de homicídio ou de atentado violento ao pudor não podem ser igualados a seis operações de evasão de divisas ou de sonegação fiscal.

O matemático precedente do STF constitui evidente ofensa ao princípio da proporcionalidade e esvazia o papel do juiz na individualização da pena de acordo com as circunstâncias do caso concreto. A decisão ofende a jurisprudência do próprio STF.

Ao procurar um critério objetivo (matemático) o v. acórdão decidiu *contra legem*. Afinal, se a lei faculta ao juiz estabelecer o aumento pela continuidade delitiva em casa caso, oferecendo balizadas tão largas – de 1/6 à 2/3 – e libertando-o de critérios apriorísticos, o v. acórdão se encaminhou exatamente na direção contrária, incidindo em contradição que atenta contra

o princípio da proporcionalidade, contraditoriamente invocado como inspiração e fundamento para decidir.

Importante dizer que o esclarecimento da contradição contida nos votos majoritários, poderá levar à modificação do julgado, dotando de efeito infringente os declaratórios, porquanto o esclarecimento que corrigir a contradição fará prevalecer os votos minoritários dos Ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Dias Toffoli que, sem a mesma contradição ou desproporcionalidade, adotaram o aumento de 1/3 em razão da continuidade delitiva.

Portanto, o v. acórdão é manifestamente omissو e contraditório ao aumentar a pena fixada à embargante pelo crime de evasão de divisas na fração máxima prevista no artigo 71 do Código Penal, pois tal aumento se deu em violação ao princípio do *ne bis in idem* e sem que haja a fundamentação constitucionalmente exigida, além de basear-se friamente em tabela que viola o princípio da proporcionalidade.

6. Pedido

Diante do exposto, requer o conhecimento e provimento dos presentes embargos de declaração, em seus efeitos modificativos, para:

- (i) Reconhecer e sanar as obscuridades e contradições contidas no acórdão para, diante das obscuridades e contradições apontadas, decretar a inviabilidade da condenação cumulativa de Kátia Rabello pelos crimes de lavagem de dinheiro e gestão fraudulenta, com os efeitos infringentes decorrentes da modificação do voto.

- (ii) Reconhecer e sanar as omissões conditas no v. acórdão com relação ao crime de evasão de divisas para declarar a absolvição de Kátia Rabello;
- (iii) Reconhecer e sanar a contradição contida no acórdão com relação à responsabilização da embargante pelo crime de formação de quadrilha, para declarar a absolvição da embargante de tal acusação.
- (iv) Reconhecer e sanar as omissões resultantes da inexistência dos votos dos Ministros acerca da dosimetria das penas;
- (v) Reconhecer e sanar as contradições e omissões do v. acórdão quanto à fixação das penas da embargante, tendo em vista: ausência de fundamentação (art. 93, IX, CF), violação ao princípio do *ne bis in idem*, violação dos critérios estabelecidos no artigo 59 do Código Penal e violação ao princípio da proporcionalidade para que as penas sejam fixadas no patamar mínimo.

Pede deferimento.

De São Paulo para Brasília, 2 de maio de 2013.

José Carlos Dias
OAB/SP 16.009

Luís Francisco da Silva Carvalho Filho
OAB/SP 63.600

Theodomiro Dias Neto
OAB/SP 96.583

Philippe Alves do Nascimento
OAB/SP 309.369